

TEMAS PROCESALES

11

octubre
1990

El título ejecutivo frente a las nuevas categorías
de documentos

José Fernando Ramírez Gómez

La demanda ordinaria en el nuevo código judicial

Luis Carlos Reyes

Aspectos prácticos de la reforma al código de
procedimiento civil

Jaime Soto Gómez

Recurso especial

Marcos Afonso Borges

El derecho de acción

Beatriz Quintero de Prieto

Aspectos de la exhibición preparatoria de cosa
y documento

Ernane Fidelis dos Santos

Comentarios a la reforma del decreto 01 de 1984
(Código Contencioso Administrativo)

Jorge Octavio Ramírez Ramírez

TEMAS PROCESALES

Nº 11 octubre 1990

Revista del Centro de
Estudios de Derecho Procesal

Director

Orión Álvarez A.

Consejo de redacción

Jaime Soto Gómez

José Fernando Ramírez G.

Gilberto Martínez Rave

Arturo Gómez Duque

Correspondencia

Eugenio Prieto Mesa

Apartado Aéreo 50088

Medellín, Colombia

Los artículos son responsabilidad exclusiva de los autores. Es permitida la reproducción total o parcial, citando la fuente.

**Miembros del Centro de
Estudios de Derecho Procesal**

Jaime Soto Gómez

Orión Álvarez Atehortúa

Rodrigo Velilla Gómez

Eugenio Prieto Mesa

Beatriz Quintero de Prieto

Alejandro Ochoa Botero

José Fernando Ramírez Gómez

Arturo Gómez Duque

Gilberto Martínez Rave

Alvaro Mora Ramírez

Alberto Ceballos Velásquez

Jairo Duque Pérez

Fernando Ossa Arbeláez

Alvaro Vargas

Javier Tamayo Jaramillo

Alfonso García S.

Darío González Vásquez

DISTRIBUIDORA:

Biblioteca Jurídica Dík

Apartado aéreo 51838

Medellín, Colombia.

**TEMAS PROCESALES: Revista del Centro de Estudios
de Derecho Procesal**

-- nº 11 (octubre, 1990) -- Medellín, El Centro, 1990
anual hasta 1986, semestral a partir de 1987.

ISSN 0120-8519

1. DERECHO PROCESAL - PUBLICACIONES SERIADAS
El Centro...

SUMARIO:

El título ejecutivo frente a las
nuevas categorías de docu-
mentos

José Fernando Ramírez G. 5

La demanda ordinaria en el
nuevo código judicial

Luis Carlos Reyes 29

Aspectos prácticos de la re-
forma al código de procedi-
miento civil

Jaime Soto Gómez 39

Recurso especial

Marcos Afonso Borges 83

El derecho de acción

Beatriz Quintero de Prieto 101

Aspectos de la exhibición
preparatoria de cosa y do-
cumento

Ernane Fidelis dos Santos 125

Comentarios a la reforma del
decreto 01 de 1984 (Código
Contencioso Administrativo)

Jorge Octavio Ramírez R. 135

EL TITULO EJECUTIVO FRENTE A LAS NUEVAS CATEGORIAS DE DOCUMENTOS *

*José Fernando Ramírez Gómez ***

1. Nota preliminar 2. La prueba 3. La prueba por documentos 4. Influencia tecnológica en los documentos 5. Documento y título ejecutivo 6. Tratamiento del título ejecutivo en torno a la legislación vigente 7. Los riesgos de las modernas categorías documentales.

1. *Nota preliminar*

Constituye para mí un incommensurable honor cumplir la tarea investigativa que comedidamente me solicitó la Universidad Externado de Colombia, alma y cuna de la cultura jurídica nacional.

Acogiendo ese amable y grato pedido, presento a ustedes este trabajo, esta labor de investigación, por medio de la cual procuro a partir de un examen de la teoría de la prueba en general, y del medio documental en particular, encontrar y señalar todas las posibilidades y perspectivas probatorias que con respecto al título ejecutivo ofrecen las nuevas orientaciones de la prueba, concretamente del documento, por virtud de la influencia de la tecnología moderna en este medio. Influencia ella que en modo alguno podía ser ajena al título ejecutivo, si se tiene en cuenta que el documento como cosa es el soporte material de éste, su elemento estruc-

* Ponencia presentada por el autor en el II Seminario Internacional de Derecho Probatorio, celebrado en la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, agosto de 1989.

** Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal.

tural, ya que la obligación cuyo pago se pretende debe constar "en documentos", de acuerdo con la propia declaración de nuestra normatividad positiva (art. 488 del C. de P. C.). Desde luego, que con el trabajo aspiro no solamente a presentar unas posibilidades legislativas que como consecuencia del avasallamiento tecnológico se han vuelto necesidades, sino dentro del mismo marco legal actual plantear soluciones, algunas discutibles por cierto, que signifiquen aceptación de esas modernas tecnologías que decidida y definitivamente han trastocado y hasta subvertido el mundo de la economía, de la actividad mercantil, que es donde se halla el venero de las obligaciones, y por supuesto de los títulos ejecutivos que al valerse del medio documental como forma de expresión, han resultado contagiados de ese avance tecnológico, hasta el punto de hacer pasar a un segundo plano la concepción tradicional del documento como representación escrita o literal del acto o hecho jurídico. Claro está que las transferencias electrónicas de fondos, los cajeros automáticos, y en fin el movimiento interbancario electrónico, para no valernos sino de los casos más conocidos en nuestro medio, dejaron de ser una ficción, para convertirse en una realidad al margen del derecho clásico, de la idea elemental del documento escrito, que es necesario reconocerla, principalmente prohibiéndola legislativamente, y entre tanto interpretando las normas vigentes, a fin de darle justa y válida cabida. Así pues, quedan delineados los objetivos de este estudio, que como propósito final tiene motivar la discusión, porque como lo dice un autor argentino, "Señores, hemos ingresado en el mundo de la informática de la que ya en su nacimiento, no podemos prescindir. Nos ha avasallado tanto, que requiere regulación...".

2. *La prueba.*

a) **Su definición.**

Aunque en la práctica la idea sobre la prueba no ofrece dificultades, lo cierto es que en el campo de la teoría la precisión del concepto se hace indispensable como punto de partida para señalar la senda de estudios como el presente que teniendo como fin el tratamiento de un subtema probatorio, debe dejar en claro o por lo menos procurar la diaphanidad de conceptos generativos de confusión, pero basillares en el examen de fondo.

Satta anota que el término prueba pertenece al lenguaje común. Jurídicamente tiene dos aspectos, agrega: "el estático, que es el medio decisivo o relevante en la certeza de un hecho. En este sentido pertenece seguramente al derecho sustancial. El aspecto dinámico de la prueba, o sea la verificación de un hecho, es procesal, porque la verificación del hecho se produce en el proceso".

A propósito hemos partido de la opinión de Satta, porque a pesar de no ser la más técnicamente elaborada, lo cierto es que al resaltar el aspecto dinámico de la prueba como verificación del hecho en el proceso, está determinando su meollo porque no obstante la universalidad y comunidad de término, dentro de las facetas del conocimiento lo que al proceso judicial interesa es la transmisión desde las fuentes a éste y dentro de éste la manera de llegar a la conciencia del juez.

En torno a esta delimitación estrictamente judicial y ante todo procesal, la prueba será el acto o la pluralidad de actos procesales con los cuales se busca producir convencimiento en el juez o acreditar hechos anteriores y externos al proceso. "Actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios previstos o autorizados por la ley, y encaminada a crear la convicción judicial acerca de los hechos afirmados por las partes en sus alegaciones", es la definición del profesor Lino Enrique Palacio ⁽¹⁾.

b) Las fuentes y los medios de prueba.

La definición que hemos propuesto con finalidad meramente metodológica, nos enfrenta con otros dos conceptos relativamente pacíficos en el ámbito de la doctrina: Las fuentes y los medios. Las fuentes son preprocesales. Son las circunstancias o características de la cosa inspeccionada. Son los hechos o actos representados documentalmente, o sobre los cuales versa la declaración de la parte o el testigo, o del informe o del perito. Lazzaroni distingue entre fuentes creadoras, fuentes registro y fuentes indicadoras. En las creadoras el conocimiento se origina dentro de la propia fuente, siendo el sujeto quien conserva el conocimiento elaborado y él mismo lo vierte al proceso. En las fuentes registros el pensamiento está cristalizado en el registro, pasando a un segundo plano los sujetos creadores del conocimiento del registro. En las fuentes

1) Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, T. IV, Ed. Arbeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, página 331.

tes indicadoras no hay sujeto de conocimiento ni dentro ni fuera de la fuente. Estas contienen sentido referido a los hechos ⁽²⁾.

La necesidad de revelarle al juez dentro del proceso los hechos anteriores y externos a éste (objeto de la prueba), nos lleva a la idea del vehículo transmisor de las fuentes, de los métodos, instrumentos o medios a través de los cuales el juez obtiene el conocimiento. Pues bien, esos métodos o instrumentos, son en definitiva los medios de prueba. De manera que entre la fuente y el proceso el medio es el puente, que tratándose de las llamadas fuentes creadoras (según terminología prestada) estaría constituido por la confesión, el testimonio y el peritaje; en las fuentes registro por los documentos, los informes y las reglas de experiencia, y en las indicadoras por los indicios, la inspección y las conductas procesales ⁽³⁾.

c) Número y clase de los medios de prueba.

En relación con el número y clase de los medios de prueba se puede dar noticia de tres teorías: La legalista que enumera taxativamente los medios de prueba; la "doctrina analógica" que acepta "la intencionalidad taxativa de la enumeración, pero afirma que la enumeración es taxativa en cuanto a géneros y no taxativa en cuanto a especies", entendiéndose que por analogía tienen cabida los medios que origina el avance tecnológico. La tercera tesis propugna por una enumeración referencial o simplemente ejemplificativa de los medios de prueba. En esta línea se ubica nuestro Código de Procedimiento Civil al consagrar en el artículo 175 que sirven de prueba "cualesquiera otros medios..." y ratificarlo el artículo 251 estableciendo que constituye documentos "todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, ...".

La libertad probatoria que admite la última de las teorías, pero que tampoco es completamente ajena a la segunda, permite al juez y a las partes valerse de los distintos medios probatorios que la tecnología ofrece, específicamente de las técnicas modernas reflejadas en la prueba por documentos, porque por lo regular no es que se originen nuevos medios o instrumentos de prueba,

2) Lazzaroni, Luis J., *El conocimiento de los hechos en el proceso civil*. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, páginas 52 y ss.

3) Lazzaroni, Luis J., *Opus cit.*, páginas idem.

sino que a los tradicionales se les aplica los esos sí nuevos métodos técnicos y científicos que operan en el campo de la obtención de la prueba, así como en el control de su veracidad y en la misma valoración que de ella hace el juez, siendo el mundo de los registros el más revolucionado de todos. De ahí que Vittorio Denti partiendo de distinguir entre la prueba como “los medios de los cuales podemos servirnos para la demostración del thema probandum”, de la prueba como “procedimiento probatorio” o actividades realizadas por el juez y las partes para adquirir los medios de prueba y traerlos al proceso y la prueba como resultado del procedimiento probatorio o convencimiento del juez, concluya que la “cientificidad” de la prueba se debe tener en cuenta en el tercero de los significados, es decir, en el “resultado de la prueba”, constituido por la valoración a la cual llega el juez acerca de la existencia del factum probandum, porque ese carácter científico no se localiza en los métodos adoptados, “sino que debe ser individuado con referencia a las funciones institucionales del juez”. No parece tener en cambio significado apreciable, agrega Denti, hablar de “cientificidad” con relación al empleo del término prueba en el sentido de “medio de prueba”, en cuanto al factum probans puede ser documento, testimonio o indicio, pero no es, en sí mismo, ni científico ni acientífico. Lo mismo debe decirse en cuanto a la prueba como procedimiento probatorio, puesto que, también si la asunción de la prueba comporta el empleo de medios técnicos particularmente complejos (como puede acontecer, por ejemplo, en los experimentos judiciales), se trata siempre de actividades procesales preordenadas para adquirir instrumentos de conocimiento de los hechos y como tales susceptibles de calificación sólo en función de su disciplina normativa”⁽⁴⁾.

3. *La prueba por documentos.*

a) **Definición de documento.**

Denomínase documentos, en sentido lato, dice Palacio, a todo objeto susceptible de representar una manifestación del pensamiento, con prescindencia de la forma en que esa representación se exterioriza⁽⁵⁾.

4) Denti, Vittorio, *Estudios de derecho probatorio*, E. J. E. A., Trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1974, página 266.

5) Palacio, Lino Enrique, *Opus cit.*, página 418.

En idéntico sentido al del autor argentino se pronuncia la mayor parte de la doctrina: Chiovenda, Kisch, Prieto Castro, Rosenberg, Devis Echandía, entre otros. El documento, que entre otras cosas es acto extraprocesal, es indiferente a la clase de los signos como al objeto en que ellos se plasman que requiere sí de una aptitud representativa. Al respecto el profesor Parra Quijano sostiene que "No importa la materia de la cual esté hecho el documento; ella puede ser arcilla, papiro, pergamino, papel, piedra, cintas, magnéticas, etc.; puede decirse que de cualquier materia que permita representar", que es lo que en definitiva señala el artículo 251 del C. de P. Civil al calificar como documento en general, "todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo".

La tesis del documento como cosa mueble, sostenida por Guasp, aunada a la función representativa, considerada esencial por Carnelutti, Betti, Florian, Gentile, Liebman, etc., determina la estructura gnoseológica del documento permitiendo excluir del concepto objetos muebles que no obstante tener "un sentido indiciario o residual carecen de sentido convencional", como la piedra, el cuchillo o revolver que produjo la lesión, o la ropa ensangrentada del occiso. No basta entonces, la eventualidad del transporte al proceso para obtener la idea de documento, sino que a ella es consustancial la representatividad, porque si ésta se elimina, como lo predica el profesor Devis, se amplía demasiado el concepto de documento, "para comprender también esas llamadas piezas de convicción u objetos materiales no representativos (como los vestidos, los arreos, las simples telas, los objetos que sirvieron de arma accidental), que son objetos probatorios eventualmente generadores de prueba indiciaria" (6). En cambio la materia que contiene el acto documentado, como se anotó, no importa a la estructura gnoseológica del documento, por cuanto tal representación puede darse en papel, madera, película, fotografía, cinematografía, cintas de grabación, etc. Claro está, como luego se verá, que algunos documentos habida consideración del acto que habrán de contener en cuanto a la materia están regulados legalmente. Con todo, para nadie hoy día es dudoso, que entre los documentos deben considerarse aquellos que conteniendo signos de información y comunicación, automáticamente producen las máquinas modernas (computadores, sismógrafos, aparatos de laboratorio y medicina, etc.).

6) Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la Prueba*, Ed. Dike, Tomo II, Medellín, 1987, página 491.

b) Clases de documentos.

Sobre los documentos la doctrina ensaya múltiples clasificaciones. Empero para el objeto de esta tarea, como mojones que marcan pauta deben distinguirse las siguientes clases:

Por el contenido

Desde este punto los documentos se clasifican en declarativos, representativos y declarativo-representativos. Los declarativos comportan una declaración de la persona, insertan declaraciones de voluntad. Los representativos no contienen declaración, apenas hacen una representación alegórica, como ocurre con las fotografías, dibujos, planos, mapas, etc. Los declarativo-representativos, también llamados mixtos, combinan los precedentes, es decir, participan de sendos elementos, como sucede en el video-disco, o las cintas de video-tape o casete con sonido.

Por la función

De acuerdo con su función, dice Lino Enrique Palacio, los documentos pueden clasificarse en constitutivos o meramente probatorios de los actos jurídicos, de modo tal que su falta de otorgamiento determina la nulidad de tales actos. En tales supuestos, agrega, la función del documento es doble, pues no solamente configura requisito de validez del acto, sino que además constituye el único medio de prueba admisible para acreditar su existencia ⁽⁷⁾.

Por supuesto que en torno a los documentos declarativos y de acuerdo con el ángulo de la función, vale una subclasificación entre "dispositivos e informativos" según que constituyan, modifiquen o extingan actos jurídicos, como en el caso del documento que contiene el contrato, el pagaré, el cheque o la letra de cambio, o apenas dejen constancia de un hecho como las historias clínicas o la información sobre un desarrollo cronológico.

Por su origen

Por este aspecto el artículo 251 inc. 2º del C. de P. C. C., clasifica los documentos en públicos y privados, calificando como público el otorgado por un funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención, y como privado el que no reúne los requisitos para ser documento público.

7) Palacio, Lino Enrique. *Opus cit.*, página 421.

A su vez, considerando el mismo ítem del origen se pueden clasificar en documentos de parte y documentos de terceros, según que la autoría esté o no en la parte contra la cual se va a hacer valer. Desde luego que esta última subclasificación redundante en el valor probatorio del documento llevándonos a otra clasificación.

Por la certeza sobre la autoría

Por este aspecto los documentos se dividen en auténticos y no auténticos, conforme a la certeza que exista acerca de la persona que los "ha firmado o elaborado", según la propia declaración del artículo 252 del C. de P. C. El documento público se presume auténtico, el privado puede o no serlo.

En relación con esta clasificación, por lo pertinente que resulta para el trabajo que nos ocupa, es importante hacer notar el carácter diferencial entre la veracidad y la autenticidad, como lo explica Jairo Parra Quijano, ya que mientras que la veracidad significa conformidad de las cosas con el concepto que de ellas forma la mente, la autenticidad es saber quién es el autor de un determinado documento. Una persona —dice el tratadista mencionado— puede ser autora de un documento y reconocer su autoría, pero puede contener un acto que no es veraz, que no corresponde a la realidad, ya que por el contrario, se ha documentado un acto no real. La autenticidad tiene que ver con la identificación del autor del documento; en cambio, la veracidad tiene que ver con la realidad del acto documentado, en el amplio sentido del vocablo" (8).

Por lo demás, la doctrina general ha aceptado que los documentos también se pueden clasificar en instrumentos obligacionales e instrumentos no obligacionales, identificando por los primeros los otorgados con la intención de producir efectos jurídicos en el campo de las obligaciones, originándolas, modificándolas o extinguiéndolas, y por los segundos los carentes de dicha intencionalidad.

4. *Influencia tecnológica en los documentos.*

Las legislaciones procesales modernas, entre ellas la nuestra, al lado del sistema tradicional del documento literal o escrito, tam-

8) Parra Quijano, Jairo, *Tratado de la Prueba Judicial. Los Documentos*, T. III, Ed. Librería del Profesional, Bogotá, 1987, página 74.

bién identificado como “concepción estructural”, donde el documento se asocia con los signos del lenguaje, sin importar eso sí la materialidad de la documentación (papel, cartón, tela, madera), han venido acogiendo el llamado sistema técnico o “concepción funcional” y dejando de lado la idea del documento como necesariamente referida al instrumento escrito o a la firma. Bajo esta segunda concepción doctrinal no importan ni los signos de la representación ni mucho menos el elemento material, razón por la cual además de los clásicos documentos escritos se entienden como tales las fotografías, las cintas cinematográficas, los discos, las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, para no utilizar sino algunos de los ejemplos que trae el mismo artículo 251 del Código de Procedimiento Civil colombiano, por consiguiente ubicado en la segunda escuela.

Desde luego que en las legislaciones de ahora conviven los dos sistemas. Fue en el siglo XIX y en la primera mitad de éste cuando por razones históricas primó la concepción estructural, que sin haber sido abolida, por fuerza de la revolución tecnológica tuvo que abrir vía a la concepción funcional, que era la única que permitía estar a tono con los avances de la ciencia y de la técnica que avasalladoramente se manifestaban en la empresa comercial moderna, influyendo de contera en el derecho: el del trabajo, el mercantil, el fiscal y también el procesal que bajo la presión de las necesidades tecnológicas se vio compelido a cambiar definitivamente las reglas tradicionales de la prueba, para acoger en su seno esas nuevas técnicas, que si bien es cierto, como antes se anotó (2.c), no originaron nuevos medios, sí jugaron rol basilar en la formación y obtención de la prueba, así como en el control de la veracidad y en la valoración judicial.

“Los Códigos deben reconocer figuras procesales que han entrado en vigencia, así la ley no las haya establecido aún”, decía sabiamente el doctor Morales Molina en conferencia dictada en la facultad de derecho de la Universidad de Chile. Cuando la ciencia procesal, agregaba, empieza a imponerse no se puede resistir, pues se trata de un fenómeno social que se traduce primeramente en la jurisprudencia y la doctrina. Pues bien, ese fenómeno social que no es otro que el creado por los modernos sistemas de computación con las transferencias electrónicas de fondos y toda la automatización bancaria, donde por completo ha quedado suprimido el soporte del papel, cambiando en forma absoluta la concepción del mercado y la propia interrelación negocial que es su campo de acción, es el que clama por un reconocimiento legal en todos los

órdenes, incluyendo el del título ejecutivo, porque lo claro es que lo previsto en el artículo 251 es mínimo frente a la revolución tecnológica que hoy nos arrolla.

Aceptando la realidad de esos avances tecnológicos y reconociendo que al margen del derecho clásico estaban quedando una serie de mecanismos, desde el 12 de julio de 1980 la prueba del derecho francés ha estado sometida a una profunda modificación, dejando como parte del pasado el tradicional y viejo régimen de la prioridad reconocida a la prueba escrita. Por supuesto que no se trata de establecer otros privilegios, porque en definitiva los medios probatorios están en igual nivel. Se auspicia apenas la aplicación de los modernos criterios científicos en los campos de la obtención y valoración de la prueba. Juristas holandeses como Xavier Linaut de Bellofonds y Allain Ollande, especializados en derecho informático, propugnan por una real apertura de espacio legal para los modernos sistemas de computación que como ejemplos claros de registros son venero permanente de documentación.

5. Documento y título ejecutivo.

a) El título ejecutivo.

Antes de abordar el estudio del título ejecutivo frente a los sistemas de la prueba por documentos, resulta lógico y por qué no decirlo pedagógico traer a colación algunas nociones fundamentales y necesarias para dicho examen.

Como preliminarmente se anotó, el documento es el elemento estructural del título ejecutivo, porque si bien es cierto que el documento, muchas veces no es necesario para adquirir el crédito, sí lo es para ejercitarlo en un proceso ejecutivo. De ahí que Liebman proponga la tesis del "documento legitimación", para dar fundamento a la función legitimadora del documento como condición sine qua non para el título ejecutivo, porque como con insistencia se dice, jamás puede haber ejecución sin un documento que ostente la calidad de título ejecutivo (nulla executio sine título).

Chioventa advierte que en todo título ejecutivo es necesario tener presente y diferenciado un doble significado y elemento sustancial y formal: "a) el título en sentido sustancial es un acto jurídico

co del que resulta la voluntad concreta de la ley; b) el título en sentido formal es el documento en que el acto está contenido" (9). Por su parte Carnelutti dice que el título ejecutivo es el documento que representa una declaración de voluntad del juez, o de las partes, y Prieto Castro al describir la estructura del título ejecutivo, señala que formalmente es un documento que contiene una obligación de prestación definitivamente establecida, líquida, vencida y exigible (10).

De manera que la idea formal del título ejecutivo como documento es universal en el ámbito de la doctrina y la legislación. Así lo declara expresamente el artículo 488 del C. de P. C. C., al establecer que la obligación debe constar en documentos, sin que importe si el contrato o acto jurídico generador de la obligación ad solemnitatem exija la formación documental, porque lo imperativo es que si se eleva una pretensión de pago declarada en una demanda enderezada a originar el proceso ejecutivo, la obligación debe estar contenida en un documento reuniendo los requisitos que la ley preceptúa; porque lo realmente interesante no es la función sustancial y solemne del documento, que es extraprocesal, sino su función probatoria que sucede dentro del proceso. Por lo anterior discrepamos de quienes sostienen el carácter de requisito ab solemnitatem del documento en el título ejecutivo, porque en nuestro sentir éste es puramente ad probationem de la obligación cuyo pago se pretende mediante el proceso ejecutivo, porque vuelve y se repite, la función sustancial del documento es ajena al proceso, pues lo que a éste incumbe es la obligación documentada.

Claro está que no cualquier documento puede servir de apoyo para la ejecución. No; se requiere de un documento que bastándose así mismo produzca en el juez la certeza necesaria para proceder a la ejecución porque no debe olvidarse que este proceso parte de la incontroversia; "... que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él..." es la expresa terminología del artículo 488 del C. de P. C. C. Prueba plena que la ley reconoce con respecto a los documentos públicos que presume auténticos, basada en el criterio que salvo contadas excepciones ellos son verdaderos, que es el mismo tenido en cuenta, sumado a razones de orden económico, para extender la presunción

9) Chiovènda, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, Ed. Revista de Derecho Privado, ed. 2ª, Madrid, 1954, página 359.

10) Prieto Castro, Leonardo, *Derecho Procesal Civil*, Ed. Revista de Derecho Privado, Tomo II, Madrid, 1969, página 262.

10. a documentos privados específicamente mencionados (títulos-valores, pólizas de seguros, bonos emitidos por sociedades comerciales, certificados, títulos de almacenes generales de depósito, etc.). De manera que con relación a los documentos públicos se sienta una regla general de autenticidad que les confiere fuerza probatoria plena para efectos de la ejecución; en cambio, tratándose de documentos privados la presunción legal de autenticidad es excepcional, siendo la regla el otorgamiento de ella por voluntad del obligado a través de la diligencia de reconocimiento (notarial o judicial).

En conclusión, la exigencia de plena prueba que en definitiva se colige de la autenticidad del documento queda referida a la verdad de la auturía y a la verdad de los signos, pero no a la verdad del pensamiento o de la declaración de voluntad expresada.

b) Condiciones de la obligación documentada.

Someramente digamos que la obligación incorporada al documento público o privado aducido como título ejecutivo debe reunir tres requisitos; así:

Debe ser expresa

Debe estar perfectamente determinada y especificada. Se debe declarar precisamente lo que se quiere dar a entender. En otras palabras, "no valen, pues, las expresiones meramente indicativas o representativas de la existencia de la obligación, o de las características, partes y términos afectos a la obligación, ni tampoco las expresiones presuntas; salvo el caso de la confesión ficta, y en éste, únicamente respecto de las preguntas asertóricas formuladas al interrogado que no compareció"⁽¹¹⁾. No pueden exigirse ejecutivamente, entonces, las obligaciones implícitas.

Por atentar contra la condición en comentario, las obligaciones contraídas en clave, jeroglíficos o signos ininteligibles, no prestan prima facie mérito ejecutivo, porque lo que se requiere con esta condición es que con la inicial percepción (leer u oír) el juez sepa quiénes son los sujetos, acreedor y obligado; cuál el objeto de la obligación y desde cuándo se debe.

11) Mora, Nelson R., *Procesos de ejecución*, Tomo I., Ed. Temis, ed. 2ª Bogotá, 1973, página 94.

Debe ser clara

Los elementos de la obligación deben aparecer en forma inequívoca. El contenido ambiguo y dudoso atenta contra la claridad. El documento debe ofrecer diáfananamente los elementos de la obligación en forma precisa y sin que sea necesario acudir a abstracciones razonativas ni a circunstancias aclaratorias extrañas al título, sin que exista óbice para que el título conste en una pluralidad o complejidad documental con unidad jurídica, como bien lo han aceptado la doctrina y jurisprudencia nacionales y externas.

Que sea exigible

La obligación debe ser pura y simple porque así nació, o porque habiendo estado sujeta a plazo o condición, aquél se venció o ésta se cumplió.

c) Tendencias legislativas sobre el título ejecutivo.

Tres son las tendencias que como política legislativa se identifican al respecto: la de la enumeración taxativa de los documentos que tienen fuerza de título ejecutivo (*numerus clausus*), la cual restringe e impide que el carácter se pueda predicar de las nuevas categorías documentales que ofrece la evolución de los negocios y la neotecnología. El sistema que se limita a señalar las condiciones que debe reunir el documento y la obligación en él documentada para prestar el mérito ejecutivo, el cual permite un constante acondicionamiento con las modernas circunstancias. El tercer sistema es prototipo de los mixtos, por cuanto se implementa con fundamento en los elementos precedentes, es decir, no sólo establece las condiciones abstractas del título ejecutivo, sino que hace relación específica de algunos documentos que por ministerio legal tienen el mérito.

En el último sistema, el mixto, se localiza la legislación colombiana, donde existe una norma general, el artículo 488 del C. de P. C. C., señalando los requisitos que debe cumplir el documento que contiene la obligación para prestar mérito ejecutivo, pero a la vez admite la presencia de títulos ejecutivos definidos directamente por la ley, como la copia del acta de la asamblea de copropietarios sobre la obligación de pagar expensas comunes (Ley 182 de 1948 y decreto 1365 de 1986); la copia del Consejo o Junta de Administración de Cooperativas para el cobro de cuotas (Ley 134 de 1931, artículo 50); el certificado de la Superintendencia

Bancaria para obtener el pago de sobregiros (Ley 133 de 1948, artículo 1^o), etc.

Como antes se dijo, la consagración de un sistema abierto, como lo es el colombiano en la normativa del artículo 488, permite la entrada de esas modernas expresiones que ofrecen la tecnología y la informática donde la forma material de las obligaciones en papel escrito quedó reducida al limitado espacio de comunidades estáticas, porque lo imperante en la dinámica de la interrelación negocial-mercantil de los grupos desarrollados es la automatización de los cambios donde la obligación nace y la orden de pago se da bajo una forma electrónica, de cintas magnéticas.

d) Influencia de la técnica en el título ejecutivo.

Hasta no hace poco la historia del título ejecutivo fue la historia del documento escrito, porque los derechos y las obligaciones se probaban por escrito. Empero, hoy día, aunque el predominio de la prueba escrita se mantiene porque por disposición legal algunos actos se sujetan a la solemnidad sustancial de las escrituras públicas o privadas, lo cierto es que el panorama tradicional está precisado a cambiar por el influjo de la tecnología moderna que planteando cosas nuevas origina transacciones sin lugar a redacción escrita, porque el mismo soporte material del papel ha desaparecido. Los pagos por transferencia electrónica de fondos, los giros bancarios de igual linaje, los contratos informáticos y la telemática en general, constituyen el hecho social que no se puede desconocer.

Ahora, si el documento ha sido estrujado de una manera tal por la sofisticación de la técnica hasta el punto de hacer surgir de él nuevas expresiones y categorías, el título ejecutivo no podía permanecer inmune a ese fenómeno, si se tiene en cuenta que aquél constituye la estructura de éste. Con razón dice Carlos Correa que “uno de los efectos materiales de la diseminación de las aplicaciones informática, será una reducción drástica de la circulación del papel, lo cual acarreará con el creciente uso de la telemática importantes efectos en la actividad interempresarial, en la banca, seguros y en el comercio exterior, y especialmente sobre los medios de prueba, tanto respecto del contenido de los actos como de la identidad del emisor”.

De modo que la influencia de la técnica en el título ejecutivo resulta innegable, como que es objetiva y lógica. Ante ese he-

cho lo imperioso es el ofrecimiento de posibilidades jurídicas y a ello nos encaminamos.

6. *Tratamiento probatorio del título ejecutivo en torno a la legislación vigente.*

a) **La doctrina tradicional.**

Como antes se dijo, hasta ahora la historia del título ejecutivo ha sido la historia del documento escrito. Es más, se ha ligado indisolublemente a la condición de la firma.

El anterior criterio no ha sido ajeno a la doctrina y jurisprudencia nacionales que restrictivamente se ha desarrollado en el punto objeto de debate en torno a las mencionadas categorías, tal vez considerando que en ellas estriban la seguridad y certeza que deben adobar el título ejecutivo, olvidando que esas pautas no fueron sentadas legalmente, porque el artículo 488 apenas se refiere a "documentos" en sentido general y el artículo 489 al regular la diligencia previa de reconocimiento lo hace refiriéndola a la simple idea de documento, sin indicar para nada la firma o los signos de representación. De manera que dentro de esa concepción general de documento, tienen y deben tener cabida las modernas gamas de expresiones y categorías de éste, porque eso fue lo querido por el legislador de 1970 al consagrar en el artículo 251 la doctrina funcional del documento ⁽⁴⁾.

b) **Neointerpretación de las normas.**

Documentos no firmados

Una de las limitaciones para aceptar como título ejecutivo los documentos que ofrece la técnica moderna, estaría, según se vio, en la ausencia de firma en muchos de ellos, porque se parte de la idea que esa inscripción manuscrita identifica al autor.

Al respecto acotemos como prueba, que lo importante en el documento según lo advierte Carnelutti es definir para quién o por orden de quién se hizo. Desde luego que esa autenticidad en

4) DENTI, Vittorio. *Estudios de derecho probatorio* E. J. E. A. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, 1974, página 266.

muchos casos la confiere la firma y de tal exigencia no nos podemos sustraer cuando la ley así lo ha establecido, como ocurre con los documentos notariales (escritura pública) o con los títulos valores. "En cambio, como lo dice el profesor Devis Echandía, si la ley se limita a exigir un escrito o documento privado (¿confunde uno con otro?), como requisito ad probationem, sin reclamar la firma, puede suplirse ésta, para que se le reconozca eficacia probatoria, con el reconocimiento u otras pruebas de su legitimidad, además de la prueba (por confesión, testimonio o indicios) de que fue elaborado como constancia de haberse realizado el acto jurídico documentado y no como simple proyecto o borrador; si esta doble prueba no se produce, el documento existirá, pero carecerá de eficacia probatoria" (12).

Ahora bien, de todas maneras, debemos dejar como verdad inconcusa, que una cosa es el documento como solemnidad ad substantiam actus, preprocesal, y otra el documento dentro de su función probatoria, procesal, particularmente tratándose del documento como título ejecutivo, porque en este punto sí debemos aceptar que en Colombia el documento obligacional, para distinguirlo del no obligacional, acogiendo terminología de Betti, en manera alguna requiere de la firma, porque como antes se anotó, el reconocimiento que la ley estatuye no está referido a este aspecto, como sí sucede en Chile donde para abrirle pasa a la vía ejecutiva, se tiene que reconocer la firma porque la única fuente de la obligación documentada es la firma del deudor.

La asimilación de la huella dactilar a la firma, como ocurre bajo ciertas circunstancias en los documentos notariales, empieza a significarnos que lo importante es la identidad del autor del documento, cualquiera sea la forma de lograrla. El legislador mercantil nuestro admitió la sustitución de la firma por un sello, bajo responsabilidad de quien se valga de éste. Por lo demás, el mérito ejecutivo de documentos no suscritos o manuscritos por el deudor, o no creados por él, para ir más lejos, no es tratamiento exótico en nuestra legislación. A propósito se pueden considerar el acta de la asamblea de la propiedad horizontal y la certificación de la Superintendencia Bancaria acerca de sobregiros.

Así las cosas, la falta de firma no se opone a la existencia del título y menos a la autenticidad del documento, no solo porque el Código de Procedimiento Civil Colombiano no lo exige, sino porque como lo tiene dicho la doctrina universal, el juez puede cono-

12) Devis Echandía, Hernando, *Opus cit.*, página 530.

cer los documentos por otros medios probatorios, sin que éstos pierdan su carácter de prueba, como cuando el documento en idioma extraño debe ser traducido por intérprete, o cuando para otros casos debe acudirse al diligenciamiento de un reconocimiento o al examen pericial.

— Documentos no escritos

Otra de las cortapisas que se halla para dar entrada a la tecnología moderna con respecto al título ejecutivo, radica en la ausencia de la escritura como signo de representación, que se nota en la mayoría de esas categorías, donde hasta el papel como soporte desapareció, para dar paso a cintas magnéticas o de otro tipo, frente a las cuales ni siquiera cabe la asimilación al escrito.

Aceptado como está por la jurisprudencia y doctrina universal es la existencia de una serie de expresiones documentales (documentos) a las cuales ha dado origen la tecnología moderna, por lo menos en nuestro régimen probatorio no es necesario para su asimilación que haya autorización expresa de la ley, porque ellas quedan incluidas en el género de la prueba documental, de acuerdo con lo establecido por los artículos 251 y 488.

Empero, tratándose de su función como título ejecutivo, a algunas de las expresiones documentales modernas se les podría atribuir deficiencia en cuanto a la claridad y discusión sobre la autenticidad. Sin embargo ese es punto que teóricamente se supera si se atina a acudir a otros medios de prueba para acreditar esas calidades, sin que ello desnaturalice el carácter documental de la prueba, más cuando no es necesario que el título ejecutivo conste en un sólo documento, sino que éstos pueden ser plurales, y aun de distinta clase, como cuando a través del documento escrito se reconoce la declaración o grabación hecha en una cinta de casete. De ahí que se sostenga por parte de un autor nacional que las grabaciones magnetofónicas reconocidas, en las cuales se declare una obligación en favor de una persona y a cargo de otra, o las insertadas en películas cinematográficas sonorizadas, o en video-tape parlante, por ser documentos declarativos prestan mérito ejecutivo, como sin duda alguna también lo prestaría, agregamos, la confesión extraproceso grabada conforme a la autorización del artículo 109 del C. de P. Civil.

En relación con la forma de darle autenticidad a las grabaciones, y particularmente sobre si para ellas puede operar el reconocimiento tácito, a fin de obtener por medio de ese modo el título que preste mérito ejecutivo, el profesor Parra Quijano plan-

tea dos hipótesis: Una expuesta por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que asimila la grabación a un instrumento no firmado ni manuscrito por la parte a quien se opone, para cuyo valor probatorio se exige la aceptación expresa de la parte o de sus causahabientes, conforme al artículo 269 del C. de P. Civil ⁽¹³⁾. La otra, cosecha del autor citado, que asimilando la grabación a instrumento firmado o manuscrito, admite la viabilidad del reconocimiento tácito. En concreto dice: "Si se asimilan las grabaciones a instrumentos no firmados ni manuscritos, no solamente se desvirtúa el alcance del artículo 269 del C. de P. C., sino que se patrocina la mala fe de las partes, pues les bastaría con guardar silencio para que el documento no pudiera ser apreciado. Procediendo de acuerdo con lo dicho, esto es afirmando que la voz de la otra persona es la que está grabada, si ésta no la desconoce queda reconocida tanto la voz como el contenido; por ello, se recomienda que, quien pretenda este tipo de reconocimiento, diga, claramente, qué contiene la grabación" ⁽¹⁴⁾. Luego se agrega que la tesis la reconoce el artículo 2712 del Código Civil italiano.

De todas maneras, para el objetivo de este trabajo, cualesquiera de las tesis resulta indiferente, ya que por sobre todo lo propuesto es demostrar cómo el título ejecutivo puede constar en una grabación meramente verbal o en un video-casete, aunque para efectos de la autenticidad y reconocimiento de la voz y contenido, se comparte en un todo la exposición del doctrinante, porque como él lo predica el artículo 269 está concebido para el documento donde la individualización del autor es elemento extraño, que no es el caso de las grabaciones de cualquier tipo o de los video-tape parlantes, donde al documento se integran elementos perfectamente individualizantes e identificativos, como son el timbre de la voz considerado como elemento inimitable y personalísimo. Por consiguiente, a la grabación magnetofónica se le pueden aplicar las normas sobre reconocimiento expreso o tácito, amén de que previamente, para efectos de la ejecución, se puede acudir a procedimientos técnicos, de entera credibilidad en la actualidad, como es la espectrografía que fundada en la comparación de espectrogramas determina la autoría e identidad de quien produce la voz.

Haciendo a un lado los documentos informáticos y con ellos las cintas magnéticas, que en principio podría asignárseles un valor probatorio presuntivo, se debe concluir que de acuerdo con el

13) *Gaceta Judicial*, Tomo CXLIII, página 602.

14. Parra Quijano, Jairo, *Opus cit.*, página 167.

contenido del art. 488 del C. de P. Civil, cualquier clase de documento es idóneo para contener la obligación. Con todo, y de eso sí no cabe duda, deben ser documentos declarativos contentivos de declaraciones de voluntad donde conste la obligación en forma clara, expresa, y unívoca; lo cual también puede predicarse extensivamente de los documentos mixtos, esto es, declarativo-representativos donde predomina el primer factor, que es el expresivo de la declaración obligacional. En cambio de los documentos representativos no se puede hacer idéntico predicamento porque su contenido puede dar cabida a interpretaciones plurales y equívocas y eso no lo resiste el título ejecutivo.

✓ *Documentos informáticos*

Aunque con los documentos informáticos y en general con los registros magnéticos, se podría correr la aventura de un ensayo doctrinal con fundamento en las normas vigentes parece más atinado aceptar la orfandad legislativa y mejor aprovechar el momento creado, para implantar una verdadera política de reconocimiento y reglamentación del llamado derecho informático y de la prueba que origina.

Por ello, con ocasión del acápite anterior, a propósito dejamos de lado el cuadro que ofrece la telemática y la electrónica modernas, que se presenta como completamente extraño para las reglas del derecho clásico, no sólo por la pérdida del papel, sino porque la firma de los registros magnéticos se cambió por una clave o por un código con desmedro de la certeza absoluta de la identidad de quien tiene acceso, no obstante la confiabilidad técnica o matemática de los sistemas.

A decir verdad, en este campo todo está por hacer. La prueba informática puede ser tomada de tres maneras: a) como presunción o indicio (así la presenta Parra Quijano); b) como complemento de prueba escrita, y bajo éste tratamiento en consideración a que la prueba no se desnaturaliza cuando para su conocimiento se acude a otros medios, se abre un panorama amplio para ella dentro de las normas vigentes; y c) constituir el comienzo de una prueba escrita.

Cualquiera sea la opción válida para el momento, lo claro es el vacío legal y la necesidad de una política de ese orden sobre el tema. En Gran Bretaña la tendencia se orienta por reconocerle a los documentos informáticos el valor de un principio de prueba por escrito, y cuando ambas partes han participado en el tratamiento del documento aportado como prueba, no accidentalmente, sino

como algo previsto, aceptarlo como prueba apta, idónea. En Estados Unidos se exige una participación directa del autor del acto en la confección del documento informático y que el material informático sea tipo standard. Así se deduce entonces su validez probatoria, no siendo admisible la oposición cuando el documento es de uso habitual en los casos.

De otra parte, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, ha recomendado la admisibilidad probatoria de los documentos informáticos, bajo las siguientes condiciones mínimas: fidelidad, exhaustividad, ausencia de lagunas, orden en la conservación y que los sistemas permitan la restitución en cualquier instante de las informaciones registradas, todo en forma directamente legible.

En definitiva el sistema debe ser protegido y la interrelación negocial tutelada, so pena de seguirla dejando al garete. De manera que aun acudiendo al superado sistema de la prueba legal, indispensable resulta el tratamiento legislativo, porque como antes se dijo, a través de él se expresa la voluntad obligacional de la interrelación mercantil y bancaria del momento.

7. *Los riesgos de las modernas categorías documentales.*

Orientados por un pensamiento no futurista, sino realista, y partiendo de las concepciones que sobre el documento y el título ejecutivo estatuye la legislación procesal civil colombiana: teoría funcional en el artículo 251 y la teoría mixta del artículo 488, hemos propuesto, bajo el criterio de estas normas, una solución interpretativa que permita acoger como documento idóneo para el título ejecutivo las nuevas categorías documentales: cintas de grabación, discos, video-tape parlantes y aun las cintas magnéticas del movimiento interbancario. Sin embargo, lo deseable no es llegar a la aceptación de ellas por la vía de la interpretación de textos legales que por lo general no dejan de ser parcos, sino, como ya se propuso, afrontar el problema con una sana política legislativa, donde a partir de un regular tratamiento se implementen los mecanismos legales que faciliten la tarea en el mercado y la empresa modernas.

A pesar del avasallamiento y la influencia que antes se notió, frente a esas nuevas perspectivas del título ejecutivo se siente

temor porque de pronto la certidumbre del derecho que es el punto de partida del proceso ejecutivo se podría ver tocada, ya que no obstante la técnica de los sistemas y la misma precisión matemática, la manipulación, la pérdida de identidad, la posibilidad de error y aun la ininteligibilidad de la declaración obligacional, se arguyen como insuperables cuellos de botella.

En primer lugar digamos que esas preocupaciones no son algo distinto al estigma dejado por la concepción del documento escrito como única forma de la representación. Ciertamente, como lo afirma René Savatier y también Denti, las técnicas no necesariamente se utilizan en beneficio de la verdad, ni el progreso de la ciencia garantiza el encuentro de ésta, porque pueden serlo también en beneficio de la mentira y del error. Ellas moralmente son neutras. El dilema entre la verdad y la seguridad jurídica siempre se podrá plantear con relación a cualquier medio de prueba, incluido el documento escrito que en mi opinión ofrece un campo más amplio de alteración por cuanto es menos restringido el acceso y mínima la calificación exigida. De manera que la alteración de la información entre la fuente y el proceso judicial, es un punto de deficiencia de la prueba que siempre se podrá dar sin que se le pueda atribuir a un medio en particular, sino al sistema procesal vigente.

Angelo Pero Sereni en su estudio sobre el proceso civil en los Estados Unidos, explica cómo allí "tanto los jueces togados como los jurados muestran una tradicional aversión y desconfianza por las afirmaciones y deposiciones escritas y también por los documentos, aversión y desconfianza debidas al hecho mismo de que la Corte no siempre está al corriente de las circunstancias en que tales actos y documentos se formaron. Hay, en cambio, una predilección notable por el testimonio oral, en cuanto el mismo consiente a la Corte a apreciar de visu cómo se produce el testimonio, y al adversario proceder a la cross examination del testigo, y así determinar su atendibilidad y la corrección de la declaración" ⁽¹⁵⁾.

Entonces, el problema en principio no es del medio. La idiosincrasia innata y formada por la legislación juega papel fundamental en el proceso de aceptación. Desde luego que el peligro de la falsificación inquieta a los expertos, porque el estado de la técnica de los registros informáticos todavía no da las máximas garantías; pero esa inquietud que se planteó con

15) Lazzaroni, Luis J., *Opus cit.*, página 58.

1. los documentos escritos tampoco siempre 25

respecto a las grabaciones sonoras y visuales-parlantes, por la eventualidad de la alteración o mentirosa producción por la imitación de voces o montajes, que actualmente se puede estimar disipada por el avance en la técnica y sistemas de identificación e individualización de la voz (espetrógrafo y oscilógrafo). En Estados Unidos de América se han hecho investigaciones que significan que la identificación de la voz se puede hacer con un margen de error del 0.35% y la IAVI (International Association Of Voice print Identification), descarta el error con apoyo en la identificación por audiograma vocal (el profesor Devis en su obra Pruebas judiciales al tratar el punto de las grabaciones y la comparación de voces, duda del método espectrográfico).

Inicialmente se tuvo idéntica desconfianza con relación a la fotocopia por la facilidad de su manipulación a través de los montajes fotográficos y no obstante hoy se acepta como prueba.

Así pues, el peligro de la falsificación no es más que un tabú mental, porque la falsedad documental como delito contra la fe pública, siempre será posible cualquiera que sea la categoría del medio, es decir, siempre se podrá hacer aparecer como auténtico y revelador de verdad, signos representativos que dan cuenta de hechos anteriores, cuando no son auténticos o mienten sobre lo representado.

Por supuesto que la confianza colectiva debe ser tutelada, implementándose mecanismos legales de prudencia y atento control en su valoración, así como una adecuada protección ética, porque como lo sostiene Denti, "las reglas probatorias deben conmensurarse además de la valoración, por parte de la conciencia social, de la idoneidad para su empleo por parte de los jueces singulares, a las características de la propia sociedad en la que los procedimientos probatorios están destinados a ponerse en práctica".

Otro tanto sucede con la posibilidad del error, que no es descartable. Ya la Corte de Casación Francesa y la Corte de París, esta última el 31 de mayo de 1983, han tenido la oportunidad de examinar en la práctica yerros en los sistemas informáticos y dar soluciones plausibles. La primera frente a una alegación que sostenía que el error de contabilidad era producto de una mala utilización y defectuoso procedimiento electrónico, declaró que cualquiera hubiera sido el defecto del procedimiento utilizado, el recurrente debía ser calificado como de mala fe en la medida en que él no había tenido sus libros de contabilidad conforme a los requisitos del Código de Comercio. Por su parte la Corte de Pa-

rís en el proceso de un administrador de una sociedad, al verificar un desorden en la contabilidad, no aceptó el argumento de que la "tenue" irregularidad era consecuencia de la adopción de un sistema informático.

A decir verdad, el quid del asunto no está en la posibilidad del error ni en la de la alteración, que no son exclusivas de las categorías tecnológicas de la prueba documental, sino en la denominada "ilegitimidad de la prueba", que como tema se ha hecho más actual por el avance tecnológico. Piénsese en la información que se le sustrae al computador o el mismo documento que se hurta, o en la grabación obtenida subrepticamente, sin consentimiento de quien habla.

El anterior tema, que apenas planteamos, tiene un contenido tan profundo e interesante desde el punto de vista probatorio, que por sí sería suficiente para otro trabajo, porque es en esa frontera donde está el muro que detiene y arredra ante el uso de determinadas técnicas probatorias, que sin más pueden conducir a la violación de inalienables derechos de la persona humana, relativos a la integridad física o moral, o a la privacidad o intimidad.

El examen de las llamadas pruebas ilegítimas, "illegally obtained", conforme a la terminología de los ingleses y norteamericanos, que por razones sociológicas son los que más se han ocupado del fenómeno, impone distinguir en el procedimiento probatorio dos etapas: la producción de la prueba y la admisión en el proceso, porque como lo dice Cappelletti, en verdad, el problema de las pruebas en sí y por sí admisibles y eficaces, pero creadas u obtenidas con un acto ilícito, plantea la cuestión de si la ilícita obtención o la ilícita constitución reacciona o no sobre el posterior momento de la admisión en juicio, haciendo ilegítimo también este segundo momento.

La jurisprudencia externa (Italia, USA, Inglaterra), no ha dado soluciones uniformes. A veces se ha defendido la eficacia de prueba así obtenida, pero en otras no, en unos y otros casos acudiendo a fundamentos puramente éticos. Allorio sienta una regla de ineficación, salvo la aquiescencia de la parte contra la cual se hace valer. Cappelletti en *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*, comparte la regla de la proposición de Allorio, pero controvierte la excepción habida consideración del carácter de orden público que tienen las normas procesales que gobiernan los límites subjetivos y objetivos de la admisibilidad de las pruebas.

Entre nosotros, el profesor Devis Echandía, al señalar los requisitos para la validez del documento como medio de prueba, sienta toda una teoría de invaluables servicio práctico: a) que se haya elaborado consciente y libremente (sin fuerza, sin dolo, que no se esté en estado de inconsciencia, provocado o natural, agregamos); b) que se lleve al proceso de un modo legítimo (que no se haya violado el derecho de propiedad de las partes o terceros, ni se use la violencia o el dolo); c) que se hayan cumplido las formalidades legales para su formación, como cuando se trata de instrumentos públicos; d) que si se trata de copias se cumplan los requisitos legales para su expedición y e) que se lleven al proceso en la oportunidad y forma legal.

Para finalizar digamos, que cualquiera sea el aspecto de las dificultades y problemas que pueda ocasionar la aceptación de esas modernas especies y categorías de documentos, pírrico sería el argumento frente al ese sí grave problema de dejar olímpicamente en el olvido la expresión natural del mercado y empresa modernas.

Bogotá, agosto de 1989

LA DEMANDA ORDINARIA EN EL NUEVO CODIGO JUDICIAL *

*Luis Carlos Reyes ***

1. Breve visión general 2. Demandas ordinarias 3. Requisitos de la demanda ordinaria de mayor cuantía 4. Gestiones posibles en la demanda 5. Documentos que deben acompañarse con la demanda 6. Otros requisitos de la demanda.

1. Breve visión general.

El derecho a demandar es de antigua data, pero el Estado lo ha reglamentado en los diferentes pueblos, adaptándolo a las exigencias de los tiempos.

Conforme a este derecho, toda persona, natural o jurídica, puede acudir al órgano jurisdiccional competente a presentar su pretensión, frente a otra persona, de la cual exige su satisfacción.

La persona que formula la pretensión se denomina demandante y aquella contra la cual se ejerce es la demandada.

Obviamente que cada parte puede estar compuesta por más de una persona y entonces hay litisconsorcio, el cual merece estudio especial. Pero lo usual, o frecuente, es el proceso entre partes unipersonales.

* El nuevo código judicial de la República de Panamá fue adoptado mediante la ley 29 del 25 de octubre de 1984 y empezó a regir el 1º de julio de 1986.

** Ex-Magistrado de la Corte Suprema de Panamá y doctor Honoris Causa de la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla, Colombia.

El escrito mediante el cual se ejercita el derecho de acción, sea mediante proceso ordinario, sumario o especial, recibe en todos los ordenamientos procesales que conocemos, la genérica denominación de demanda. Así lo han denominado todos los códigos procesales de Panamá, a saber: el Colombiano de la época departamental, en vigor hasta 1917; el primero de la era republicana adoptado por la Ley 2 de 1916, vigente de 1917 a 1987, y el Código Judicial actual expedido por la Ley 29 de 1984, modificado por la Ley 18 de 1986, el cual entró a regir el 1º de abril de 1987.

Así tenemos, pues, que por demanda se entiende el escrito mediante el cual se ejerce el derecho de acción ante el órgano jurisdiccional. Este escrito recibe también el nombre de libelo, derivado de la palabra latina *libellus*, con significado equivalente a demanda, por lo cual quizás sea redundante la expresión libelo de demanda utilizada por los artículos 304 del Código de 1917 y 654 del actual.

El ilustre jurista Eduardo Couture nos dejó, entre sus muchos legados, la siguiente definición de demanda:

“Es el acto procesal introductivo de instancia por virtud del cual el actor somete su pretensión al juez, con las formas requeridas por la ley, pidiendo sentencia favorable a su interés”. (Fundamentos de Derecho Procesal Civil, edición póstuma, 1958).

A esta concisa y sabia definición arribó el maestro uruguayo, porque en sus años postreros había concluido que la acción:

“Es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión”. (Ob. cit.).

Y nos agrega que corrige su anterior pensamiento, de la acción como derecho cívico, y lo cambia por *poder jurídico*, pues, según expresa, este poder lo consagra el Artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, concebido como sigue:

“Artículo 10: Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

En Panamá podríamos añadir que el derecho a demandar hace parte del Derecho de Petición a las autoridades, consagrado en todas las Constituciones Políticas de la República, v. gr., en el artículo 17 de la Constitución de 1904, en el artículo 46 de la de 1941, en el artículo 42 de la de 1946 y en el artículo 41 de la de 1972, reformada en 1983.

2. *Demandas ordinarias.*

Según el artículo 651 del nuevo Código Judicial, existen dos clases de demandas ordinarias: las de mayor cuantía, cuando ésta exceda de mil balboas, y las de menor cuantía, cuando es de mil balboas o menos.

En la cuantía se incluye la cantidad líquida que se demanda y los intereses vencidos y no pagados, que para estos efectos se agregan al capital, no así las costas (art. 652).

Aunque corresponde al actor señalar la cuantía, el demandado puede cuestionarla, e incluso el juez está facultado para ordenar su corrección, de oficio o a solicitud de parte, a tenor de los artículos 675 y 676, *ibidem*, pues si bien no aparece en el actual Código una disposición específica, como la contenida en el artículo 303 del Código subrogado, siendo la cuantía uno de los requisitos de la demanda (numeral 8 del artículo 654) obviamente queda comprendida en las reglas generales sobre corrección contempladas en los artículos 675 y 676.

3. *Requisitos de la demanda ordinaria de mayor cuantía.*

Estos vienen enumerados en el Artículo 654, (antes 304) del Código Judicial, así:

“Artículo 654. El libelo de demanda deberá contener:

1. Nombre y apellido de las partes, con expresión de la clase de proceso a que se refiere, puestos en el margen superior de la primera plana del libelo;

2. Designación del juzgado al cual se dirige la demanda;

3. Nombre y apellido del demandante y el número de su cédula de identidad, si es persona natural y la tuviere; y en otro caso, su nombre y el de su representante. En ambos casos debe expresarse la vecindad, la calle y el número de la habitación, oficina o lugar de negocio. En el mismo escrito de demanda deberá expresarse también el nombre, vecindad, domicilio y cédula del apoderado.

Las generales no serán necesarias cuando la información aparezca en el poder otorgado, en el caso de que la demanda se formule a continuación del poder y se presente copia del mismo para el traslado;

4. Nombre y apellido del demandado, si es persona natural; y en otro caso, su nombre y el de su representante.

En ambos casos deberá expresarse, la vecindad, calle y número donde tenga el demandado su habitación, oficina o lugar de negocio. Si el demandante desconoce la dirección del demandado, así lo hará constar bajo juramento y pedirá su citación por medio de edicto emplazatorio. El juramento se entenderá prestado por la sola formulación de la solicitud de emplazamiento.

Las generales no serán necesarias cuando la información aparezca en el poder otorgado, y éste se formula con la demanda y se presente copia del mismo para el traslado;

5. La cosa, declaración o hecho que se demanda; y si se demandase pago de dinero, la expresión de la cantidad que se reclama; caso de que ella se exprese en más de determinada cantidad, se entenderá que se pide dicha cantidad más un balboa (B/. 1.00), y el demandado no podrá ser condenado a más de la suma de dichos dos guarismos. Cuando se formulen en varias pretensiones, se presentarán en el mismo libelo por separado;

6. Los hechos que sirvan de fundamento a las pretensiones, determinados y numerados en cifras o por medio del adjetivo ordinal correspondiente;

7. Las disposiciones legales en que se funda la demanda; y,

8. La cuantía de la demanda; si lo demandado no fuera exclusivamente el pago de dinero. Este requisito no es necesario en los procesos que por su naturaleza no tienen cuantía”.

Veámoslos, en detalle:

Los requisitos 1 y 2 son de fácil comprensión y prácticamente similares a los contenidos en el artículo 304 del anterior Código, aunque nos parece mejor el término genérico “tribunal”, que antes utilizaba el numeral 2, pues no todas las demandas se presentan en un Juzgado. Las hay aquellas que, por razón de competencia, se deben dirigir a los Tribunales Superiores y a la Corte Suprema de Justicia.

Al requisito número 3 se le ha adicionado un segundo inciso, según el cual no será necesario repetir las generales del demandante y de su apoderado, cuando la información aparezca en el poder otorgado y la demanda se formule a continuación del poder con copia del mismo para el traslado. Esta modificación es conveniente, pues elimina repeticiones innecesarias.

El requisito número 4, si bien reitera en esencia la disposición contenida en el artículo 304 del Código Judicial subrogado, trae dos innovaciones saludables, a saber:

- 1ª) la exigencia de juramento sobre el desconocimiento de la dirección del demandado, como indispensable para pedir su citación por medio de edicto emplazatorio, la cual se encamina a evitar, en lo posible, las falsedades que se venían dando al respecto, dado que, en caso de perjurio, habrá lugar a la acción penal respectiva, según el artículo 1002, literal c), del mismo Código; y,
- 2ª) la dispensa de las generales del demandado, cuando éstas aparezcan en el poder otorgado, en la forma que ya vimos en el caso del demandante.

El requisito número 5 es muy importante, pues exige que se exprese “la cosa, declaración o hecho que se demanda, y si se demandase pago de dinero, la expresión de la cantidad que se reclama”. Este es el llamado petitorio o *petitum* de la demanda, en el cual todos los procesalistas requieren la mayor claridad y precisión, por su gran influencia en la sentencia.

Debe recordarse, para el efecto, que el tribunal no puede conceder más de lo pedido, pues en términos generales debe amoldar su decisión al pedimento, salvo contadísimas excepciones, que confirman la regla.

Efectivamente, los artículos 470 y 978 del novísimo Código establecen:

“Artículo 470. La decisión debe recaer sobre la cosa, cantidad o hecho disputado, declaración solicitada o el punto controvertido. Si se ha pedido menos de lo probado, sólo se concederá lo pedido. Si el demandante pidiera más, el juez sólo lo reconocerá el derecho a lo que probare.

Sin embargo, en procesos de relaciones de familia o relativos al estado civil, el juez de primera instancia podrá reconocer pretensiones u ordenar prestaciones aun cuando no estén pedidas, siempre que los hechos que las originen hayan sido discutidos por las partes en el proceso, estén debidamente comprobados, se relacionen con las peticiones de la demanda y con la causa de pedir”.

“Artículo 978: La sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda o con posterioridad en los casos expresamente contemplados y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas, si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último”.

El petitorio puede ser simple, es decir, contentivo de una sola pretensión, pero también alterno, sobre todo en los procesos declarativos, en los cuales es perfectamente factible formular peticiones principales y subsidiarias, a tenor de los artículos 666 y 978 del Código Judicial.

En esta especial acumulación de pretensiones, ellas deberán presentarse separadamente, aunque en el mismo libelo (art. 654, num. 5, final), para que todas sean resueltas en la sentencia.

Aquí no hay innovación, puesto que el Código subrogado lo autorizaba en sus artículos 310 y concordantes.

El requisito número 6, referente a los hechos de la demanda, si ha sufrido variantes en el nuevo Código, observables cuando se le compara con el subrogado de 1917.

En efecto, en el artículo 304 del Código de 1917 se les denominaba “hechos en que se funda la demanda” y ahora se les identifica como “los hechos que sirvan de fundamento a las pretensiones”, esto es, de manera más apropiada, pues, en verdad, los hechos fundamentan la pretensión o pretensiones del demandante.

Pero el cambio fundamental lo constituye la eliminación de la prohibición del empleo de calificativos o de circunstancias envolventes de apreciación, introducida por la Ley 25 de 1962, pues el artículo 304 original no las contenía.

Conocemos opiniones adversas a estas modificaciones del nuevo Código en cuanto a los hechos de la demanda. No obstante me cuento entre quienes las respaldan, por varias razones, a saber:

1) Es apropiado darles a los hechos la denominación de fundamentos de la pretensión, por ser más concreta;

2) La absoluta objetividad en la redacción de los hechos, buscada por la reforma de 1962, casi nunca se logró, por factores independientes de la voluntad de las partes y de sus apoderados. Contrariamente, esta exigencia dio lugar a múltiples solicitudes de corrección, con el consecuente retraso en el trámite y el recargo de trabajo para los tribunales, sin que a la postre se obtuviese una real eliminación de los calificativos o las circunstancias que envolvían apreciación; y

3) Las mencionadas exigencias y prohibiciones fueron también eliminadas del escrito de contestación de la demanda, mediante el artículo 669 numeral 6 del nuevo Código Judicial, y por lo tanto, existe tratamiento similar para ambas partes.

El requisito número 7 exige al demandante invocar “las disposiciones legales en que se funda la demanda”. Aquí salta a los ojos la eliminación de la palabra “específicas” que contemplaba la Ley 25 de 1962.

No obstante lo anterior, estimo que la supresión no significa que en el escrito de demanda se pueda invocar ahora el derecho de manera genérica, o global. v. gr., citando los Códigos Civil, de Comercio, Administrativo, Agrario, etc., o sus títulos o capítulos, pues ha de advertirse que cuando el requisito habla de “las disposiciones legales en que se funda la demanda”, obviamente requiere cita de las normas de derecho pertinentes.

Así lo había entendido la jurisprudencia nacional, incluso antes de la reforma de 1962. En efecto, sobre este particular la Corte Suprema dictaminó:

“En relación con este punto, la Corte que, en beneficio de la administración de justicia desea ver erradicadas ciertas prácticas inconvenientes, se permite observar que la cita de una sección o de un título o de un capítulo de un Código para

determinar el derecho del actor en un juicio, es viciosa y, por lo mismo, no llena cumplidamente el requerimiento de la ley al respecto...”.

(Corte Suprema, Ramo Civil, Sentencia del 8 de octubre de 1943, R. J., Nº 10, 1943, pág. 23).

Y en sentencias posteriores, como la del 30 de julio de 1985, reiteró su dictamen.

Consecuentemente, la eliminación de la palabra “específicas”, en el mencionado numeral 7 del artículo 654 del nuevo Código Judicial, a mi juicio simplemente quiso relevar al demandante de precisiones excesivas, por aquello de que el Juez conoce o debe conocer el Derecho. *Jura novit curia*. Pero la norma exige, cuando menos, una guía eficaz para el juzgador y las partes, tendente a la debida orientación del proceso.

El requisito número 8 del Artículo 654 del Código Judicial exige el señalamiento de la cuantía de la demanda, con dos salvedades:

- 1º Cuando se demanda exclusivamente el pago de dinero, y
- 2º En los procesos que por su naturaleza no tienen cuantía.

La razón de la primera dispensa es obvia, pues el principal propósito del señalamiento de la cuantía es definir la competencia y ubicar la tramitación correspondiente (incluida la posibilidad del recurso de casación) y estas circunstancias quedan definidas suficientemente, sin más adiciones, cuando se demanda el pago de dinero.

La segunda dispensa también es obvia. Se trata de aquellas demandas que por su naturaleza no tienen cuantía, como, por ejemplo, las demandas relativas al estado civil (filiación, divorcio, adopción, impugnación de la paternidad, etc.) o las assertivas puras, o declarativas de la existencia o inexistencia de un hecho, y las demás de igual índole, en las cuales no hay discusión patrimonial.

La cuantía —ya lo expresamos antes— incluye la cantidad líquida que se demanda y los intereses vencidos y no pagados, no así las posibles costas, a tenor del artículo 652 del Código Judicial.

Cabe agregar, no obstante, que según el artículo 666 *ibidem*, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones, la cuantía se determinará por la suma de los valores de todas ellas, y, si se formulan pretensiones principales y subsidiarias, sólo se computará el valor de las primeras.

4. *Gestiones posibles en la demanda.*

Conviene destacar la permisión saludable, contenida en el artículo 657 del nuevo Código, que autoriza la proposición de pruebas en el escrito de demanda, sin necesidad de reiteración posterior, y sin perjuicio de que si hubiere período de apertura del proceso a pruebas, éstas puedan ser adicionadas o complementadas. Es una innovación conveniente porque facilita la aducción de cualquier clase de prueba en la demanda. El Código anterior la limitaba solamente a las de carácter documental, en sus artículos 305 y 1101.

5. *Documentos que deben acompañarse con la demanda.*

Con la demanda de las personas jurídicas y contra éstas es necesario, para su admisión, acompañar prueba de la existencia de la sociedad y de su representación legal, consistente en certificación del Registro Público, conforme a los artículos 582, 583, 585 del Código Judicial y 296 del Código de Comercio.

No obstante lo anterior, cuando el demandante exprese, bajo juramento, imposibilidad de cumplir la exigencia, el artículo 660 del Código Judicial ofrece justas soluciones destinadas a que esta circunstancia no frustre su derecho a demandar, desde luego que con justificadas sanciones para el que falte a la verdad.

Sin embargo, cónsono con la reconocida urgencia de las medidas cautelares, en ellas no se requiere la mencionada prueba de la existencia y representación de las personas jurídicas, siempre que se caucionen los posibles perjuicios (art. 585). Desde luego que posteriormente deberá acompañarse con la demanda correspondiente, para su admisión.

6. *Otros requisitos de la demanda.*

Debe solicitarse la audiencia del Ministerio Público, en los procesos donde por mandato legal tiene éste intervención como

defensor de los intereses nacionales, municipales o sociales, v. gr. procesos contra el Estado, o de relaciones de familia, o relativos al estado civil, o de interdicción, o de enajenación o gravámenes de bienes de incapaces, etc.

No debe olvidarse, por último, la imperiosa necesidad que la demanda se presente oportunamente, esto es, antes que ocurra la prescripción de la acción respectiva, según los plazos establecidos en la ley substancial. Para el efecto, el nuevo código contempla el mecanismo para interrumpir la prescripción, de la siguiente manera:

“Artículo 658: La presentación de la demanda interrumpirá el término para la prescripción de cualquier pretensión que se intente, siempre que antes de vencerse el término de la prescripción se haya notificado la demanda a la parte demandada, o se haya publicado en un periódico de circulación nacional diaria o en la Gaceta Oficial un edicto emplazatorio o un certificado del secretario del juzgado respectivo en el cual se haga constar dicha presentación”.

Sobre este particular, el Instituto Panameño de Derecho Procesal dictaminó, previo estudio, que a tenor del artículo 483, del Código Judicial, la efectividad de los avisos o emplazamientos *judiciales* queda satisfecha con su publicación en un diario de circulación nacional, o sea, sin necesidad de su publicación en la Gaceta Oficial.

La opinión razonada del Instituto se dio a conocer en comunicado bajo la firma de su ilustre presidente el Lic. Jorge Fábrega Ponce, publicado en todos los medios de comunicación, entre ellos en el diario La Estrella de Panamá del día 16 de septiembre de 1987, y además en la interesante obra *Estudios Procesales* del Licenciado Jorge Fábrega P., Editora Jurídica Panameña, 1988, Tomo I, páginas 431-433.

ASPECTOS PRACTICOS DE LA REFORMA AL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

*Jaime Soto Gómez **

Aspectos Generales

Alguien dijo que el genio se conoce en la síntesis. Por eso se dice que definir es obra de genios: la definición es una máxima síntesis.

Y por eso desengaña el Código Civil, en cuanto muchas de sus normas adolecen de inútil e innecesaria profusión, aparejada con un buen estilo literario, defecto aquel que se destaca si se compara con algunos códigos extranjeros, como el Civil y el de la Familia de Costa Rica y el Civil mejicano, modelo de concisión.

Para Carnelutti, "la superioridad del derecho natural sobre el positivo se halla simbolizada en la sencillez del Decálogo comparada con la complicación del Código penal" ⁽¹⁾.

De profusión y reglamentarismo adolecía el C. P. C. colombiano de 1931. Según cita del panameño Jorge Fábrega P. (Proyectos y Códigos Procesales Civiles), para el procesalista Niceto Alcalá-Zamora y Castillo la extensión ideal de un código procesal son 700 artículos y el límite máximo tolerable son 800. Dentro de la extensión ideal estaba nuestro C. P. C. de 1971, con una estructura técnica, que solo exigía algunos complementos o modificaciones, en general, más mejoras de forma que de fondo.

Pero, aunque la reforma deroga algunas disposiciones suyas y nominalmente mantiene el resto de la numeración anterior, ado-

* Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal.

1) *Teoría General del Derecho*, 1983, página 75. V. páginas 57 y 123.

90
→ lece de profusión y reglamentarismo, hasta caer en el casuismo, como el contemplar soluciones para errores particulares del juez (arts. 308 y 687), en lugar de someterlos a la regla general de los recursos comunes.

Igual que el C. C., incurre en el error de repetir normas generales en regulaciones especiales, además del lapso de repetir normas en un mismo cuerpo: v. gr., en el art. 52 emplea dos formas para decir que la solicitud de intervención, adhesiva (coadyuvancia) o litisconsorcial, es procedente antes que se pronuncie sentencia de única o segunda instancia; en los arts. 193 y 316 se repiten normas del art. 35, en relación con diligencias en el exterior; el art. 96 dice algo implícito en el 99 sobre excepciones mixtas y en los arts. 302 y 306 sobre excepciones de mérito, como lugar adecuado para ello, con salvedad en el art. 470 (proceso divisorio); en los arts. 138 y 351 menciona un mismo auto apelable; en el 144 repite algo dicho en el 100; en el 338 dice dos veces (aptes. 1 y 2) que el auto es apelable; en el art. 338 repite dos veces la norma del art. 34 de que el funcionario comisionado debe resolver sobre la apelación al final de la diligencia; en los arts. 416 y 417 dice que son aplicables los arts. 337 y 338 y en el 424 que son aplicables el 338 y el 339, siendo así que lo que requeriría mención sería la excepción; y en el art. 557, apte. 5, se hace una remisión innecesaria, por obvia, al art. 392.

Ejemplos de profusión son un rodeo para decir que el curador "ad litem" solo tiene facultades defensivas, no dispositivas (arts. 46, 101 y 489); igualmente, en perífrasis empleada en el art. 199 para decir que los representantes de determinadas entidades públicas no pueden rendir confesión, espontánea ni provocada; en emplear perífrasis, en el art. 310, para decir que contra el auto que corrige errores aritméticos u otros errores formales caben los mismos recursos "ordinarios" que cabían contra el auto corregido; en un primer inciso introductorio, innecesario, en los arts. 392 y 424; y en decir "por este Código o por otra ley", en el art. 138, en lugar de "por la ley", expresión técnica usual, etc.

Hace conminaciones estériles al juez, en los arts. 184 y 307, sin que se advierta norma disciplinaria que tipifique la falta; lo cual conduce a procesos disciplinarios por adivinación, con sanciones discrecionales o adivinadas (arbitrarias), fenómeno que ya es común y puede resultar agravado.

En relación con indicios agrava el sistema de la tarifa legal de pruebas, tímidamente adoptado en algunas normas anteriores.

nd.) En los arts. 82 y 85, hace disponible por las partes la acumulación de pretensiones.

En tanto que los arts. 72, 319, 337, 338, 384, 450, 513, 686 y 687 hacen referencia expresa al art. 307, los arts. 59, 73, 78, 80, 505 y 510 solo la hacen tácita, con peligro de confusión para intérpretes estrictos.

Hace énfasis en la saneabilidad de nulidades (principio ignorado u olvidado), como regla general, con excepción inadecuada.

Llama proceso verbal sumario uno que no es sumario, sino de única instancia (art. 439).

Deja vigentes problemas graves de competencia y de representación en materia de sucursales y agencias de sociedades.

No define expresamente la eliminación de la ^{sustanciación} de la apelación y la progresión de la cuantía para efectos de casación (párrafo 1º del art. 366), con el desequilibrio que la carga de la sustentación crea entre el apelante principal y el adhesivo, exento de ella.

Se verán otras normas redundantes, como la exigencia de que los procesos ejecutivos sean de la misma jurisdicción, que hace el apte. 3 del art. 541.

Como aspectos positivos, se advierte deslinde de funciones del juez, puramente jurisdiccionales, y del secretario, auxiliares, administrativas y de comunicación; y simplifica actuaciones suyas y de subalternos.

Acorta y simplifica notificaciones y emplazamientos.

Agiliza algunas comunicaciones, mediante telegrama local.

En materia de pruebas, aclara y unifica (art. 252) y elimina la confusión que creaban los arts. 68 a 74 del C. de Co., en relación con libros y papeles de comercio, artículos que subrogaban el 271 del C. P. C., el cual se restablece, en favor de la claridad.

Propicia la sentencia de mérito, contra la inhibitoria, y la condena en concreto, a costa del principio de no empeorar la situación del apelante (arts. 309 y 357).

Establece mecanismos ágiles y útiles en la apelación.

Con todo, al contrario del buen criterio y la voluntad unificadora y conciliadora que indica el C. P. C. de 1971, la reforma

deja traslucir oposición y tensión de criterios, dispersadores de esfuerzos, características del C. de Co., aunque sin las incongruencias y contradicciones ostensibles de éste.

Trataremos algunos temas en particular.

Designación de Auxiliares de la Justicia (art. 9º)

Un aspecto positivo de la norma es el de destacar que los auxiliares de la justicia son terceros frente al proceso (absolutos o indiferentes), de suerte que no están sometidos a la carga procesal de informarse por medio de estados (art. 314); por lo cual las providencias no se ejecutorian para ellos mientras no les sean notificadas personalmente o por medio de comunicación directa; lo cual evita errores contrarios, de jueces de mal criterio.

El remitir a decreto reglamentario que “dispondrá... lo concerniente a honorarios” de ellos, como lo hace la norma, ratifica el concepto de que el Dto. 2.265 de 1969 no está vigente (aunque puede servir de guía).

Competencia privativa de los jueces civiles de circuito de Bogotá (art. 17)

La norma que el nuevo artículo sustituye es el art. 614 del C. de Co., que subrogaba el primitivo art. 17, nuevamente expedito.

La reforma hace desaparecer incongruencia formal que existía entre el art. 17 primitivo y los arts. 366, apte. 4 (casación), 414, apte. 17, y 441 (trámite abreviado) y entre estas normas del C. de Co., y elimina tesis errónea de que el C. de Co. derogó tales normas procesales y adscribió al Consejo de Estado la competencia que ellas asignaban a los jueces mencionados.

Así, al regular derechos del inventor perjudicado en su derecho por culpa extracontractual o contractual, el art. 541 establece que “la competencia corresponde al juez”.

En el caso contemplado en el art. 562, “las condiciones de la licencia podrán ser notificadas por la misma autoridad que las aprobó”, por el trámite de un incidente antes, hoy por proceso verbal de dos instancias (art. 427, apte. 12).

El art. 563 permite al titular de la patente y a “los otros beneficiarios de la licencia... solicitar del juez su terminación”, y luego dice que “la solicitud se tramitará en la misma forma y por

el funcionario indicado en el artículo anterior” (norma que, además de la contradicción ostensible advertida, en relación con juez y autoridad administrativa, tiene relación con los arts. 58 y 61 de la Const. Nal., para bien y para mal, respectivamente).

Según el art. 590, la oposición al registro de marca la tramita la misma oficina de propiedad industrial (Superintendencia de Industria y Comercio).

El art. 609 establece el procedimiento abreviado para efectos que se verán en su lugar, igual que se verá el trámite del art. 613.

Los arts. 549, 567, 578, 580, 591, 595, 596 y 601 se refieren a actuaciones administrativas, impugnables ante el Consejo de Estado, según el art. 612.

Y el art. 613 (sustituido, como se vio) se refería a los casos de los arts. 539, 554, 581 y 587, para establecer indemnizaciones deducibles judicialmente.

La nueva norma mantiene el error de alejar la justicia en relación con el nombre comercial y la enseña, que generan problemas locales.

Con razón, al discutirse el punto en la Subcomisión Asesora de la Reforma del Código de Comercio, el doctor Pachón manifestó considerar que se debe perseguir “al infractor... en el sitio donde se comete la infracción, pues justicia alejada no es justicia” ⁽²⁾. Justicia distante es inoperante.

Se hará referencia a los arts. 609 y 613.

Poderes del Comisionado (art. 34)

Faculta al comisionado para resolver sobre apelaciones, lo cual debe hacer al final de la diligencia, norma innecesariamente repetida, como se dijo.

En lugar de abreviar, el inciso segundo alarga el trámite, al exigir auto que decreta la incorporación al proceso de lo actuado por el comisionado, con el fin de evitar sorpresas al interesado, en forma contraria a la experiencia de que normalmente éste mantiene vigilancia de la comisión.

2) Jesús M. Carrillo Ballesteros y Francisco Morales Casas, *La Propiedad Industrial*, Edit. Temis, Bogotá, 1973, página 272.

Dentro del criterio de saneabilidad de las nulidades, como regla general, que refuerza la reforma, el artículo limita la oportunidad para alegar nulidad por falta de competencia territorial del comisionado, al momento de iniciar la práctica de la diligencia.

Comisión en el Exterior (art. 35)

Este contiene una variación en la mera redacción y hace una recomendación al cónsul de Colombia, de que actúe.

En relación con la práctica de pruebas en el exterior, el art. 193 permite simplificar la comisión, omitiendo el envío por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores (trámite que sí mantiene el art. 316 para notificaciones).

Deberes del Juez (art. 37)

El artículo mantiene el principio de que hay demandas relativamente ineptas o de ineptitud saneable y demandas absolutamente ineptas o de ineptitud insaneable, y los arts. 82 y 85 amplían este concepto, según se vio.

Poderes Disciplinarios del Juez (art. 39)

Establece que las multas por desobedecimiento a órdenes se impondrán a favor del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia (en lugar de la Caja Nacional de Previsión Social), y, en cambio, el art. 394 establece que las que el Código dispone por actuaciones abusivas se imponen a favor de la entidad que determina la ley, lo cual no tiene explicación clara.

Impedimentos del Ministerio Público (art. 42)

Elimina la decisión del juez sobre impedimentos y recusaciones de funcionarios que actúan como Ministerio Público y asigna ello al superior del mismo funcionario.

Otros cambios son de mera forma.

Curador "Ad Litem" del Incapaz (art. 45)

Con respecto a alimentos, el Ministerio Público y el defensor de familia están legitimados para obrar por el menor (art. 448).

Funciones y Facultades del Curador "Ad Litem" (art. 46)

El curador "ad litem" sólo tiene facultades defensivas (no dispositivas); es un mero defensor de oficio del demandado au-

sente; por lo cual no puede contestar la demanda, en sentido formal, aunque lo haga materialmente; cosa que omitía decir el art. 10.

El art. 101, en el apte. 4 del par. 2º, y el 489 dicen eso, en forma profusa, aquel diciendo que, en la audiencia, el curador no puede admitir hechos, y el 489 no confiriéndole ninguna facultad dispositiva.

El curador sólo puede proponer excepciones y vigilar el debido proceso.

Agencias y Sucursales de Sociedades Comerciales en Colombia (art. 49)

El art. 49 disponía que las sociedades domiciliadas en Colombia constituyeran apoderados que las representen “en lugares donde establezcan sucursales o agencias, en la forma indicada en el artículo 48”; y que, “si no los constituyen, llevará su representación quien tenga la dirección de la respectiva sucursal o agencia”.

Pero, en discordancia parcial con el art. 114 del C. del Co., el art. 263 del mismo estatuto, en forma contradictoria establece que las sucursales son administradas “por mandatarios con facultades para representar a la sociedad”; que, si “en los estatutos no se determinan las funciones de los administradores de las sucursales”, se deberá otorgarles un poder, por documento auténtico; y que, a falta de tal poder, se presumirá que tienen “las mismas atribuciones de los administradores de la principal” o sea que, en primer lugar, permite violar la garantía de terceros limitando las atribuciones del administrador y, en segundo lugar, permite probar en contra de la presunción, con perjuicio de ellos, en todo caso, violando los principios de agilidad, certeza y seguridad que caracterizan el derecho mercantil (a los cuales Agustín Vicente y Gella agrega los de rapidez, rigidez y simplicidad, que también salen mal librados en la extraña norma citada).

Y el art. 264 ib. permite ampliamente burlar la seguridad de terceros, privando al administrador de la agencia de poder para representar a la sociedad.

En su apte. 7, el art. 23 del C. P. C. establece que, en procesos contra una sociedad, relacionados con “asuntos vinculados a una sucursal o agencia” es competente, a prevención, el juez del domicilio principal y el del lugar de la sucursal o agencia. Pero

esto conlleva la complicación de la notificación de la admisión de la demanda al representante de la sociedad, en su domicilio, con la consiguiente dificultad.

No tuvo efecto advertencia oportuna hecha a voceros de la comisión redactora de la reforma, tendente a la corrección de las erróneas normas criticadas.

Llamamiento de poseedor o tenedor ("laudatio o nominatio auctoris") (art. 59)

Es uno de los casos en que se omite la referencia al art. 307, aunque éste es aplicable.

Poderes (art. 65)

El artículo reformado distinguía entre poder "extendido ante cónsul colombiano", o sea otorgado por escritura pública, que no exigía autenticación de la firma del cónsul, y poder otorgado por documento privado, no extendido ante cónsul, sino autenticado por cónsul colombiano, el cual sí requería autenticación de la firma del funcionario.

92 } La norma sustitutiva establece que en el exterior sólo se puede otorgar poder extendiéndolo ante cónsul colombiano o ante funcionario local que determine la ley del lugar, y que sólo en este caso se requiere autenticación de la firma del funcionario, en la forma dispuesta en el art. 259.

No se sabe si la experiencia enseñó que el poder meramente autenticado por cónsul presentara problemas o peligros.

La nueva norma limita y encarece el poder, y no abrevia el trámite.

93 } El art. 25 de la Ley 57 de 1887, reformado por el art. 4º de la Ley 20 de 1974, y los arts. 263, 1.332 y 1.333 del C. de Co., normas especiales, no exigen escritura pública para la constitución de poder general con facultad para actuar en procesos.

Terminación del Poder (art. 69)

Este artículo es fuente indirecta de procesos disciplinarios, por violación del art. 56 del Dto. 196 de 1971, por ignorancia o mala fe de abogados.

No tuvo eco una norma propuesta, como freno a la violación de la norma disciplinaria, de imponer al sustituto, solidariamente

con el mandante, los honorarios a favor del mandatario sustituido, a menos de probarse justificación de la sustitución.

Responsabilidad Patrimonial de Apoderados y Poderdantes (art. 73)

La norma dispone que en determinados casos se imponga al apoderado la obligación de responder solidariamente con el cliente por perjuicios causados a la otra parte, y dice que se enviará copia de lo pertinente a la autoridad competente para que adelante la investigación disciplinaria que quepa contra el abogado.

Pero, en primer lugar, no siempre la falta de éste es típica, de suerte que puede no haber lugar a sanción disciplinaria; y, en segundo lugar, el Tribunal Disciplinario sostuvo que, si se impone la sanción de responsabilidad solidaria, no se puede sancionar por la respectiva falta disciplinaria, porque sería sancionar dos veces por la misma falta (violación de la cosa juzgada, en términos procesales). Pero tal tesis no tiene fundamento frente a una norma que distingue entre la falta procesal y la profesional, aunque la distinción parezca sutil o bizantina, así como el estatuto disciplinario distingue entre el delito y la falta disciplinaria, para hacer compatibles las sanciones respectivas (arts. 61 y 71 del Dto. 196 de 1971). Por otra parte, la reforma es posterior y especial con respecto a la norma procesal penal.

Temeridad o Mala Fe (art. 74)

La norma sustitutiva agregó el texto “o trámite especial que haya sustituido a éste” (incidente), con referencia histórica casuista, no técnica.

Aunque se afirme que la norma asimila las dos figuras, son distintas. La temeridad es más simple que la mala fe, así como ésta es más simple que el dolo (arts. 63 y 1.515 del C. C.).

Temeridad es imprudencia, inconsideración, falta de fundamento.

Así, el solo obrar por ignorancia de la ley (no por error en su interpretación) es temeridad, como el obrar con base en una norma derogada, por ejemplo, no el afirmar la existencia de un derecho inexistente, que ya exige el carácter de manifiesta. En general, mala fe implica obrar a sabiendas de la ilicitud de lo que se hace (como en el caso contrario al art. 768 del C. C., en acto extraprocesal).

Para Carnelutti, "jurídicamente, buena fe es voluntad conforme al derecho, o sea, voluntad del derecho; por consiguiente, no solo "opinio juris". Así se explica por qué la opinión del derecho, cuando es debida a una voluntad deficiente, no constituye buena fe, y de ahí la conocida equiparación entre mala fe y culpa grave" (3).

"El dolo es el grado máximo de la desobediencia" (4).

Imposibilidad de acompañar la prueba de la existencia o representación del demandado (art. 78)

El apte. 2 contiene uno de los casos en que se omite remitir expresamente al trámite del art. 307 para la liquidación de perjuicios, aunque se debe aplicarlo.

Demanda contra herederos, demás administradores de la herencia y cónyuge (art. 81)

En el primer inciso, el artículo se refiere a demanda contra herederos indeterminados y determinados en proceso de conocimiento.

En el segundo se refiere a demanda de la misma naturaleza contra herederos conocidos, testamentarios o abintestato, y, en seguida, a notificación de mandamiento de pago a tales herederos, cuyo silencio en repudiar la herencia toma como aceptación de ella "para efectos procesales".

En el tercer inciso echa al demandante la carga absoluta de comprobar que no hay proceso de sucesión, pues no se refiere a que "se conozca proceso de sucesión", sino a que no haya tal en curso, al exigir que, si existe, la demanda se dirija "contra los herederos reconocidos en aquel y los demás indeterminados, o solo contra éstos, si no existen aquellos, contra el albacea con tenencia de bienes o el curador de la herencia yacente si fuere el caso, y contra el cónyuge si se trata de bienes o deudas sociales"; a pesar de que, en el apte. 14, el art. 23 permite que se adelante en lugar desconocido (lo cual se presta a burlas especialmente en el caso de muerte accidental).

La norma no debió tomar la base objetiva de que se esté adelantando proceso de sucesión, sino la subjetiva de que, racional-

3) *Op. cit.*, página 292.

4) *Ib.*, página 293.

mente, se sepa que se está adelantando, para poner a salvo de nulidad procesal la ignorancia de buena fe del demandante que demanda a herederos indeterminados por esa causa. Ella exige interpretación benigna por parte de los jueces, en gracia de la lealtad procesal.

El que curse proceso de sucesión con herederos indeterminados indica que puede haberlo iniciado el cónyuge, en un caso excepcional, o un acreedor; y contempla demanda iniciada contra el cónyuge, en relación con "bienes o deudas sociales", hipótesis de las cuales la de deudas sociales puede ser común, pero la de bienes sociales es restringida a ciertas acciones, como la relativa a bien social que presuntamente se deba, o una real de servidumbre.

Ya la norma no impone a los acreedores la carga de iniciar el proceso de sucesión del deudor para poder demandar ejecutivamente a los herederos determinados en él, o al curador de la herencia yacente, como debía hacerlo antes.

Acumulación de Pretensiones (art. 82)

En su apte 3, el art. 85 desvirtúa la norma de este artículo, en cuanto no permite al juez controlar el cumplimiento del inciso complementario relativo a requisitos necesarios para la procedencia de la acumulación, sino que defiere a la parte demandada el proponer o no la excepción previa respectiva (art. 97, apte. 7), de suerte que el juez sólo puede controlar el cumplimiento de los tres apartes del citado art. 82.

Litisconsorcio Necesario e Integración del Contradictorio (art. 83)

La reforma agrega el último inciso, que puede tener aplicación en relación con comunidad sobre cosa mueble (aun sometida a registro, en cuanto la posesión puede probar algo distinto de lo que consta en él).

Presentación de la Demanda (art. 84)

Precisa el sentido de la autenticación de la demanda, por autenticación de la firma, que implica identificación de quien la presenta. (No la admite ante cónsul).

Es importante distinguir entre esta autenticación formal y una autenticación informal e inútil contemplada en la primera parte del art. 73 del Dto. 960 de 1970 (a la cual haremos referencia a propósito del art. 280).

Sobra anotar que para el Ministerio Público no hay que presentar copia de anexos, porque no es demandado, sino solo de la demanda, en el caso del art. 651, apte. 2, pero tampoco en los demás casos, por no ser demandado.

Para efectos del art. 85, las copias no son anexos, luego no se someten al régimen de éstos, por virtud del principio de favorabilidad. ("Inclusio unius, exclusio alterius").

921. < Según eso, la omisión de copia de anexos no determina inadmisión de la demanda con término preclusivo de cinco días, sino mera inadmisión indefinida.

Inadmisibilidad y rechazo de plano de la demanda (art. 85)

En el apte. 1, solo se cambió requisitos "legales" por "formales". Mantiene igual el 2.

En el 3 se incorporan detalles del 3 del artículo sustituido; pero, como se dijo, amplía el efecto del art. 82, porque amplía la posibilidad de acumulación, a voluntad de las partes.

El 4 aclara un concepto de la norma sustituida.

El 5 y el 6 son el 5 anterior dividido en dos apartes.

El 7 es nuevo, aunque está implícito en otras normas.

Mantiene el principio de rechazo por falta de jurisdicción o de competencia y por caducidad (civil o simple, no compleja). ?

Incorpora la norma que ordenaba remitir al juez competente la demanda rechazada por incompetencia.

Traslado de la Demanda (art. 87)

Reproduce la forma de darlo, en armonía con el art. 314. El art. 505 extiende éste al mandamiento de pago, con la salvedad de que la omisión solo es impugnabile en reposición.

Sustitución, retiro y reforma de la demanda (ya no "adición") (arts. 88 y 89)

El art. 89 ya no contempla adición de la demanda, sino reforma solamente.

Pero con respecto al proceso ejecutivo permite reformarla dentro de los tres días siguientes al vencimiento del término para proponer excepciones, término contrario al criterio de celeridad que inspiró la reforma, hasta el punto de ser dudosa su exequibilidad. El inciso siguiente permite incluir nuevas pretensiones.

De los aptes. 4 y 5 se deduce que el ejecutado tiene nuevo término para proponer excepciones, equivalente a nuevo traslado.

Interrupción de la prescripción, inoperancia (impedimento) de la caducidad y constitución en mora. Ineficacia de la interrupción y operancia de la caducidad (arts. 90 y 91)

? Igual que en el art. 85, en estos artículos se habla de la caducidad simple o civil, no de la compleja o comercial (que incluye la cambiaria).

Caduca la tutela jurídica sustancial del estado, prescribe un derecho frente a un particular.

El C. C. llama prescripción muchas caducidades, relativas al estado civil, a la posesión y al contrato de compraventa, etc., las cuales el art. 2.545 llama prescripciones de corto tiempo. Las que sí son tales son las contempladas en los arts. 2.542, 2.543 y 2.544 (relativas a créditos).

Pero, a pensar del tenor literal, lo que dice el contenido de los arts. 90 y 91 citados es que las diligencias dispuestas en el 90 suspenden la caducidad y que una sentencia favorable a la pretensión impide la caducidad o interrumpe o extingue la prescripción.

El doctor Ricardo Uribe Holguín reconoce que la prescripción no se interrumpe civilmente sino por sentencia condenatoria (en sentido amplio) ⁽⁵⁾.

Falta de contestación de la demanda (art. 95)

El anterior art. 95 contenía una tímida tarifa legal probatoria, al ordenar al juez apreciar como indicio contra el demandado la falta de contestación de la demanda, sin precisar qué clase de indicio; lo cual a veces va contra la realidad, o sea contra las reglas de la experiencia, pues la falta de contestación puede deberse también a ignorancia, indigencia, falta de abogado disponible, etc.

Pero el artículo reformativo ya impone una tarifa legal fría y severa, al imponer la calificación de indicio grave, a menos que la ley le asigne otro efecto, como en los arts. 417 y 424 (entrega del tradente al adquiriente y lanzamiento de arrendatario de inmueble, etc.), en lugar de admitir siquiera la posibilidad de que las circunstancias indiquen otra cosa.

5) *De las Obligaciones y del Contrato en General*, Ediciones Rosaristas, 1980, página 233.

El sistema de la tarifa legal de pruebas afecta el derecho de defensa, por lo cual la norma es de dudosa exequibilidad, además de ir contra las reglas de la experiencia, contra la vida misma. Por otra parte, no abrevia.

Otra cosa es que el juez pueda “deducir indicios de la conducta procesal de las partes”, como prevé el art. 249, en forma lógica, a la luz de esas reglas.

El indicio no puede ser sanción, sino mera probabilidad.

Se hará referencia a los arts. 210, 232, 238 y 246, en sentido análogo.

Actas de Audiencias y de Diligencias (art. 109)

La reforma hace fe en el juez y en los subalternos, para no exigir firma de testigo ajeno al acto en este artículo, así como en los arts. 208, 228 y 315, etc. En armonía con ello se debe interpretar el 246, aunque diga que “el acta será firmada por quienes hayan intervenido en la diligencia” (de inspección judicial), y que “las declaraciones de testigos se suscribirán a medida que se reciban, si es posible”.

Cierre Extraordinario de Juzgados (art. 112)

En armonía con el art. 121, los términos no corren contra el interesado por cierre del despacho, porque no tuvo acceso para ejercer su derecho, lo cual no tiene relación con las publicaciones y es razón para que el art. 407 ordene contar corridos los días de la publicación, o sea solares o calendario, como dice la norma.

Copia de Actuaciones Judiciales (art. 115)

Aunque la norma facilita la expedición de copias, mediante la diferencia entre copias tomadas del proceso y copias extraprocesales, cuya autenticación permite el art. 253.

Incidentes (arts. 135 y ss.)

La reforma varió el concepto de incidente: el Código tomaba el incidente principalmente por el aspecto del contenido o fondo: cuestión accesoria, en el sentido de cuestión procesal, en general, incluyendo probatoria, en especial; por lo cual incluía en este concepto el conflicto de competencias, impedimentos y recusaciones, acumulación de procesos y ampara de pobreza, y no incluía el trámite de liquidación del art. 308, porque no se refería a cues-

ción procesal, sino de fondo, de suerte que se tomaba como trámite complementario.

La reforma mira principalmente el aspecto formal del trámite y convierte el complementario del art. 308 en incidente, en el art. 307, por razón de la forma.

Rechazo de Incidentes (art. 138)

Elimina la referencia al art. 136, por considerarla innecesaria; pero éste es concurrente con aquél, o sea que en el 138 está implícita la referencia a él.

Como se dijo atrás, el art. 351 repite norma de este sobre apelación del auto que niega la apertura del incidente.

Causales de Nulidad (art. 140)

Con analogía con el campo extraprocesal, en el procesal se da el fenómeno de la inexistencia material o absoluta, por falta de un elemento necesario para la existencia del acto, como la firma del juez, en caso previsto en el art. 358; formas de nulidad; y formas de ineficacia como sanción, en los arts. 6º, apte. 5, y 392, apte. 9, del C. P. C. (con omisión de mención en la reforma de un caso en el art. 424, correspondiente al 434 del Código, quizá por innecesaria); fenómenos a los cuales los arts. 354, 362 y 376 agregan una ineficacia naturales, como efecto de decisiones superiores, no ya como sanción.

Como reconoció la Sala Penal de la H. Corte, en sentencia del 29 de enero de 1947, las causales de nulidad corresponden a ataques a "las bases mismas de la organización judicial" y a violación flagrante del derecho de defensa, principios establecidos en el art. 26 de la Const. Nal.

De las oportunidades para afirmar, para probar y para alegar, como medios de ejercer la defensa, cuantitativamente, el más usado es la prueba (por lo cual su restricción viola el derecho de defensa, como está dicho).

En relación con su validez, los actos procesales se rigen por estos principios: 1) instrumentalidad o funcionalidad, según el cual ellos obedecen a un fin último: la aplicación del derecho sustancial, y a uno próximo: el cumplimiento de las garantías constitucionales; 2) de conservación: los actos nulos tienen efecto en aquellos en que no se apartan del fin, son divisibles, como en el caso de prueba contradicha trasladada de proceso viciado por

otro concepto (art. 185 ib.); 3) principio de legalidad o especificidad; la causal tiene que estar señalada en la ley; 4) principio de finalidad o trascendencia: no hay nulidad sin perjuicio (lo que algunos autores llaman "indefensión"); 5) principio de la declaración judicial: la nulidad no opera de pleno derecho o por ministerio de la ley (como sí hace la ineficacia); 6) la H. Corte agrega el de protección, "a la parte cuyo derecho fue cercenado"; y, 7) el de saneabilidad, como regla general, manifestación de principios constructivos del proceso, tendientes a su subsistencia, su progreso y su eficacia.

La reforma hace énfasis en éste (arts. 34, 145, 358 y 439), hasta el punto de que en un caso del art. 145 el solo silencio sanea, como en el C. P. C. de 1931.

La excepción es la insaneabilidad, contemplada en el último inciso del art. 144, según el cual no es saneable la nulidad causada por falta de jurisdicción, por incompetencia funcional, por violación del apte. 3 del art. 140 y por trámite inadecuado, entendiendo por tal el que restringe el ejercicio del derecho de defensa (no el que amplía la oportunidad para ejercerlo); y no se advirtió que puede ser más grave la causal 6ª, por cercenamiento de toda oportunidad de defensa, saneable, sin embargo, como hubiera ocurrido en caso anecdótico relatado por Pedro Aragoneses así: "Es muy conocida aquella anécdota del juez recién incorporado a un juzgado y del oficial practicón. Al dar cuenta éste a aquél de una demanda compleja, el juez, todavía en la técnica de los casos prácticos en la cabeza, le dijo: 'Traiga usted un papel, que voy a hacer la sentencia'. Y el oficial, respetuosamente, le advirtió: 'Señor Juez, aquí tenemos la *costumbre* antes de dictar sentencia, de dar traslado de la demanda a la otra parte'" (6).

⤵ A pesar de defectos advertidos, la reforma mejora el Código, con eliminación de reglamentarismo y oscuridad de éste.

En el art. 142 se habla, acertadamente, de incapacidad de la parte o del apoderado, alegable "dentro de los cinco días siguientes al en que haya cesado" (lo cual implica la afirmación de esto, en el escrito de proposición, para que la solicitud sea procedente); y el art. 172 incurrir en el error de hablar de enfermedad grave, para tales efectos.

6) *Técnica Procesal* (Proceso de Cognición y Juicio Verbal), Aguilar, 1958, página 339.

Nulidades en procesos de ejecución y en otros en que haya remate de bienes (art. 141)

La norma procesal citada concede amplia beligerancia al inútil art. 1.434 del C. C., igual al 1.377 del C. C. chileno y equivalente al 1.420 del ecuatoriano, menos erróneo, que dice: "Los títulos ejecutivos contra el difunto lo serán igualmente contra los herederos; pero éstos no podrán ser demandados ni ejecutados dentro de los ocho días siguientes al de la muerte de la persona a quien hayan sucedido. Si no hubieren aceptado la herencia, el demandante podrá pedir al juez que los obligue a declarar si la aceptan o la repudian, conforme a este Código; y, mientras gocen del plazo para deliberar, podrá nombrarse un curador de la herencia, con quien se siga el pleito o ejecución, sin que sea necesaria la notificación judicial del título".

7 | Porque el gobierno no ha tenido facultades para derogar el art. 1.434 citado se explica su subsistencia, pero no la complicación procesal adicional a él.

No se aceptó la propuesta de suplir la notificación judicial del título, imposible en la práctica, según enseña la experiencia, por una notificación presunta mediante publicación ajustada al art. 320 del C. P. C., sino que, en armonía con el art. 489, se adicionó ella con la designación de un curador "ad litem", al cual se hace la inútil notificación; quien no puede siquiera defender a los herederos, porque la recibe en una oportunidad en que ni siquiera hay proceso, como que no se sabe siquiera si se pronunciará mandamiento de pago; de suerte que el curador "ad litem" no puede pagar, ni oponerse o defender a los herederos; por lo cual su designación dilata, encarece y complica inútilmente, como mero acto teatral.

7 | Porque su exequibilidad resulta dudosa, es de desear su eliminación, por la vía de la inexequibilidad.

7 | Mientras tanto, es de esperar que, por lo menos, con criterio sensato, se entienda que lo que aparentemente rige con respecto a créditos civiles no puede regir con respecto a créditos comerciales, por no caer dentro de un estatuto especial, propio, caracterizado por los principios de agilidad, certeza, rapidez, rigidez y simplicidad, como se hizo notar, a propósito del art. 49.

Aunque los arts. 2º y ss. del C. de Co. se contradicen y contrarían principios de hermenéutica, el art. 1º, en armonía con el 823, se ajusta a los principios de la ley especial, que es indivisible

y excluyente y llena sus vacíos con analogía consigo misma (principio de integración), al contrario de la ley general, que es divisible y concurrente; aunque Alfredo Rocco (Principios de Derecho Mercantil) califica el derecho comercial de "singular, excepcional o anómalo"; lo cual equivale a especialísimo.

Así, no se concibe la aplicación invasora de una norma civil en un campo en que la celeridad en la solución de conflictos y la estabilidad de las relaciones jurídicas se armonizan mediante el establecimiento de términos tan breves para la impugnación de actos como el de caducidad de dos meses (art. 191) y ejercicio de otros derechos como quince días, un mes, tres y cuatro meses (arts. 718 y 729), seis meses (531, 791 y 938), tres años (789), un año (790 y 882), dos años (941, 943 y 1.220), cuatro años (756 y 1.206) y cinco años (256 y 1.081), etc.; todo lo cual hace especialmente inconcebible la aplicación de la criticada norma civil con respecto a títulos valores, de vida efímera, especialmente al cheque.

Requisitos para alegar la nulidad (art. 143)

Como se hizo notar antes, este artículo empieza repitiendo el art. 100, sin la salvedad de que la nulidad sea insaneable.

Saneamiento de la Nulidad (art. 144)

Como también se hizo notar, en el último inciso hace insaneable una nulidad menos grave que la generada por la causal 6ª, sin consideración a que se haya cumplido el derecho de defensa; y el apte. 4 declara saneada la nulidad "cuando, a pesar del vicio, el acto cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa", lo cual desvirtúa aquel rigor.

Se pensaría que la norma del apte. 6 prevalece sobre la del 4, por ser especial y posterior; pero sobre ellas prevalece el principio constitucional, desarrollado en los arts. 4º y 5º de la Ley 153 de 1887, en armonía con el 9º, como norma de hermenéutica, según la cual "la doctrina constitucional es... norma para interpretar las leyes" y sirve "para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales, oscuras o incongruentes". Ese criterio inspiró el art. 186 del C. P. C., para permitir la abreviación máxima del trámite por cumplimiento de la prueba necesaria.

Causales de Recusación (art. 142)

En la causal 5ª, se mantiene "dependiente", en sentido privado, como se toma en el art. 224 (asalariado, mayordomo, cho-

fer, etc.), no en el de "subalterno" oficial como indica el art. 155, al permitir que el juez conozca del proceso en que su secretario tenga interés.

La causal 12ª, en cuanto se refiere a consejos o conceptos extraprocesales, armoniza con el art. 101 y aproxima el proceso civil nuestro al canónico y al austríaco, basado en un código tomado como modelo, sistemas en los cuales el juez es un director activo y efectivo del proceso. Entonces sí se puede decir, con Carlos de la Vega Benayas (Introducción al Derecho Judicial), que "el juez es parte imparcial interesada en el acto de hacer justicia".

Causales de Interrupción (art. 168)

A propósito del art. 140, se hizo anotación pertinente a "incapacidad", que es lo acertado; pues hay enfermedades mortales, graves, latentes, que aún no incapacitan para litigar.

Oportunidad adicional para la práctica de pruebas a instancia de parte y preclusión (art. 184)

Como en otras normas, v. gr., el art. 307, en el segundo inciso se aplica el principio de economía procesal y el de celeridad, aun a costa del interés público en la producción de la prueba, concepto que corrobora el título "preclusión".

Norma Jurídica Local y Extranjera (art. 188)

En el último inciso, mantiene la tarifa legal de prueba, al exigir la concurrencia de dos testigos, con la consiguiente restricción viciosa del derecho de defensa.

Requisitos del Interrogatorio de Parte (art. 207)

En el apte. 4, el art. 430 establece una excepción, limitando las preguntas a diez, con peligro del derecho de defensa.

Confesión Ficta o Presunta (art. 210)

Ya se ha criticado el hecho de que, en el tercer inciso, aplica la viciosa tarifa legal de calificar "a priori" un hecho como indicio grave.

Y, si el hecho no admite la prueba de confesión, no tiene sentido considerar la conducta como indicio grave: si la confesión no prueba el hecho, menos puede hacerlo un indicio, ni siquiera como complemento de otra prueba. Lo que no admite prueba de confesión solo admite una prueba escrita específica.

Efectos de la Desobediencia del Testigo (art. 225)

La norma omite exigir al juez cerciorarse de que el testigo fue debidamente citado. Se debe llenar la omisión, en ese sentido.

Limitación de la Eficacia del Testimonio (art. 232)

Es lamentable que no se haya aceptado derogar esta norma, que creemos confusa e inútilmente complicada, según procedemos a explicar.

Como se insinuó a propósito del art. 140, igual que en el campo procesal, en el extraprocesal se da el fenómeno de la inexistencia material o absoluta (natural) de un hecho o de un acto jurídico, cuando aquél no ha ocurrido o éste no se ha celebrado ⁽⁷⁾.

Y la ley y la doctrina reconocen otros actos jurídicos meramente aparentes, que realmente son inexistentes, también absoluta o materialmente.

Estos son complejos y aquellos son simples (los material o absolutamente inexistentes, naturalmente inexistentes).

Así, el tratadista Valencia Zea considera inexistente el acto jurídico de un infante: (porque para algo hace la ley la distinción entre meramente impúber e infante):

Se ha entendido que la falta de uno de los elementos que relaciona el art. 1.502 del C. C., como el consentimiento, determina la inexistencia del acto; y, sin embargo, puede parecer existente, como el de la simulación absoluta: ninguna de las partes quiere un resultado jurídico (sino material, como ocultar los bienes de una a sus acreedores) ⁽⁸⁾.

7) En el *Romance Sonámbulo*, de García Lorca, un gitano no consiente en permutas propuestas por el otro, así:

—Compadre, quero cambiar
mi caballo por su casa,
mi cuchillo por su espejo,
mi montura por su manta.
Compadre, vengo sangrando
desde los puertos de Cabra.
—Si yo pudiera, mocito,
ese trato se cerraba.
Pero yo ya no soy yo,
ni mi casa es ya mi casa.

8) V. *Curso de Derecho Civil Positivo Francés*, por Louis Jossérand, vol. 1, traducido por el doctor Lucrecio Jaramillo Vélez e impreso por La Pluma de Oro, 1977, página 151, y *De las Obligaciones en el Derecho Civil Colombiano*, por Eudoro González Gómez, Edit. Pequeño Foro, página 130.

El art. 1.865 del C. C. contempla un caso en que no hay compraventa, por falta de precio (aunque las partes hayan intentado el contrato). Y en los arts. 2.081 y 2.112 (vigentes, aunque se discute, según el art. 332 del C. C.) se contemplan casos en que no hay sociedad, absolutamente, o con uno de los contratantes.

Pero este caso de inexistencia no tiene interés especial desde el punto de vista probatorio; por lo cual solo se hace referencia a él para distinguirlo de los dos géneros que sí interesan, según estamos viendo.

En armonía con el art. 824, en su segundo inciso, el art. 898 del C. de Co. involucra esta forma compleja de inexistencia material o absoluta y la inexistencia jurídica, formal o relativa, que veremos en seguida; y, a la vez, elimina distinción que hace el C. C. sobre omisión de formalidades distintas (escritura pública y documento privado), que veremos adelante. (D. A. Bello habría dicho inexistencias “natural” y “civil”).

En efecto, este caso no es igual de simple jurídicamente al de matrimonio celebrado ante funcionario administrativo distinto de notario o cónsul (inspector, secretario, etc.), o al acto dispositivo de inmueble que se celebre verbalmente o por documento privado, etc.

El art. 1.500 del C. C. define como solemne el contrato que “está sujeto a la observación de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil” (sino meras obligaciones naturales, según el art. 1.527, apte. 3).

No distingue la norma entre escritura pública, que podemos llamar “solemnidad compleja, completa o plena”, y documento privado, que podemos llamar “solemnidad simple, sencilla o incompleta”. Pero otras normas sí lo hacen, según veremos.

El art. 1.502 citado no incluye la solemnidad como elemento de validez.

Para el doctor Ricardo Uribe Holguín, algunas de “las formalidades especiales” a que está sujeta la formación del contrato solemne son impuestas por la ley en consideración a la naturaleza de éste; otras son exigidas en atención a la calidad o el estado de las personas que celebren el contrato; “ejemplos de las formalidades de la primera clase son el escrito” en que se debe “consignar el contrato de promesa (artículo 89 de la Ley 153 de 1887)” y la escritura pública necesaria en relación con disposición de inmuebles (enajenación y gravámenes); y “ejemplos de la segunda

clase de formalidades son las que la ley tiene establecidas para ciertos contratos que celebran los representantes legales de los incapaces (artículos 303, 304, 483, 485, 487, 489, 491, 493, 501, 502 y otros" ⁹⁾.

90. { Pero luego afirma que la omisión del instrumento público exigido por la ley como solemnidad genera inexistencia, de acuerdo con el art. 1.760 del C. C. (en armonía con el 1.500); y que la "omisión de requisitos o formalidad prescrito por la ley en consideración a la naturaleza misma del contrato" genera nulidad absoluta ⁽¹⁰⁾; lo cual resulta aplicable solamente a la omisión de documento privado, cuando la ley lo exige como solemnidad. (Arts. 1.740 y 1.741 del C. C.). (A propósito del art. 6º ib., en 1943, la H. Corte no reconoció la inexistencia jurídica, como no la admiten algunos doctrinantes). ?

Pero, aunque el art. 1.500 se refiere especialmente a contrato, el art. 1.527 completa la idea, extendiéndola a actos jurídicos en general (como testamento).

Los arts. 187, 232 y 265 del C. P. C. forman un solo cuerpo, con errores comunes, tomados de normas sustanciales ya comentadas.

En su primer inciso, el art. 232 contiene una norma casuista, incrustada en el capítulo De la Declaración de Terceros, en el sentido de que "la prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia (jurídica) o validez del acto" ("o contrato", agrega, redundantemente). (El primer paréntesis no corresponde al texto).

11) En primer lugar, ninguna prueba, por eficaz que sea, como la confesión o la inspección judicial, suple la solemnidad legal; luego no es la prueba de testigos solamente la que no la suple. Así, el documento privado auténtico tampoco suple la escritura pública, si la ley la exige.

Y, en segundo lugar, si pruebas normalmente plenas no la suplen, menos puede hacerlo una prueba inferior, como la indicaria; y el juramento sólo vale cuando la ley lo autoriza (arts. 211 y 212).

Así, tal inciso es impreciso, erróneo y redundante.

9) Ob. cit., páginas 246 y 247.

10) Ob. cit., página 313.

Pero él tiene un aspecto práctico positivo: simplificó y unificó los efectos de la falta de solemnidad (compleja, completa o plena y sencilla o incompleta), por el aspecto práctico, en cuanto la falta de la segunda forma de solemnidad tampoco admite prueba que la supla; lo cual elimina la declaración de la nulidad respectiva: sencillamente, el juez no encuentra probado el acto, por la omisión dicha.

El art. 265 repite errores comentados, con redundancia, reproduciendo defectos del art. 1.760 del C. C.

Las tres normas procesales comentadas (arts. 187, 232 y 265) se refieren a inexistencia *jurídica* sin darle esta denominación, necesaria para evitar confusiones.

El primer inciso del art. 232 debería ser un inciso del art. 187 y decir que *ninguna prueba podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia jurídica o la validez de un acto.*

Existe una sanción jurídica más severa que la inexistencia jurídica, figura que la ley civil apenas esboza, y que el art. 897 del C. de Co. establece en forma amplia, la cual priva al acto ^{esta} del efecto de generar obligaciones naturales. (La doctrina tiende a eliminar éstas, de modo que las dos figuras se asimilarán).

El art. 158 del C. de Co. establece que “toda reforma del contrato de sociedad comercial deberá reducirse a escritura pública”; el art. 362 establece que “la cesión de cuotas implicará una reforma estatutaria”, lo cual implica que requiere escritura pública, luego sobraba decirlo. Sin embargo, la ley lo dice en forma complicada. Así, en el art. 330 establece que “los socios comanditarios podrán ceder sus cuotas en la forma prevista para los socios en las sociedades de responsabilidad limitada” (sin decir que bajo la misma cesión) cosa que establece el art. 338 en otra forma con respecto a “las partes de interés de los socios colectivos y las cuotas de los comanditarios”; lo cual haría suponer la sanción de la inexistencia jurídica, de acuerdo con el art. 898 citadas atrás. Y, sin embargo, con respecto a las sociedades de responsabilidad limitada, el art. 366 establece que “la cesión de las cuotas deberá hacerse por escritura pública, so pena de ineficacia”,...

Falta actualizar el segundo inciso del art. 232, que también se refiere a inexistencia, sin determinarla, como *material* (material simple).

Por otra parte, el art. 784 del C. de Co., en el apte. 12, omitió relacionarla, a pesar de lo cual existe como excepción que cabe

✓✓ contra el título valor: inexistencia material o absoluta del negocio jurídico (subyacente) que dio lugar a la creación del título valor, como cuando se suscribe uno por el precio de una compraventa que no se celebró, de tal suerte que resulta correspondiendo a una obligación sin causa. (Art. 1.524 del C. C.).

El inciso comentado deberá ser también uno del art. 187, pero con otra redacción.

Vuelve él a hablar de "inexistencia", sin determinarla, pero ya en el sentido de inexistencia *material* o *absoluta*, de que hemos hablado.

Tenemos, pues, que en los arts. 187 y 265 y en el primer inciso del art. 232 se habla de inexistencia relativa, jurídica o formal, y en el segundo inciso del art. 232 de la material o absoluta, pero sin especificar una y otra en cada caso. Eso hace imprecisas tales normas.

En primer lugar, bien se ve que tal norma no tiene relación directa con el testimonio, sino que contiene una norma general, que cabría bien en el art. 187 o, sino, en el capítulo relativo a documentos.

Está en el art. 232 porque éste sustituye, con errores, los arts. 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887, que hacían relación inadecuada a testimonios, en lugar de hacerla a pruebas de valor inferior al de la escrita, en general.

Lo primero que se advierte en tal inciso es un defecto de forma: se refiere a "contrato o convención", siendo así que ésta es género y aquel es especie de ella; luego sobra "contrato" en este caso, en forma análoga a lo que ocurre en los arts. 187 y 265, que se refieren a "acto o contrato", siendo éste especie de aquello (el género máximo, acto, que comprende la convención, la cual, a su vez, comprende el contrato).

Según él, cuando se trata de probar obligaciones surgidas convencionalmente o el correspondiente pago la falta de documento o de un principio de prueba por escrito se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia (material o absoluta) del respectivo acto, a menos que la falta se justifique por una de estas causas, enunciadas taxativamente: "que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerla", "o que por su valor y la calidad de las partes se justifique la omisión".

Se ha afirmado que tal norma no constituye introducción de la tarifa legal de prueba. Pero si alguna prueba exige apreciación

racional es el indicio; luego no armoniza con este sistema que la ley califique un hecho como indicio grave (no como indicio, en general, sino con la calificación dicha).

< Pero el inciso corresponde a un acontecer normal, apreciado a la luz de principios racionales, como los de la lógica o las reglas de la experiencia.

95.11 Según eso, para que la omisión comentada constituya indicio grave, tiene que corresponder a un común acontecer: que normalmente la gente constituya prueba escrita de ciertos actos. En tal caso la omisión será anormal y hará dudar de la existencia material de ellos.

El doctor Bernardo Trujillo Calle (pág. 55) cita a Savigny, en el sentido de que "todas las obligaciones de alguna importancia se concluyen habitualmente por actos escritos (títulos, etc.), en lugar de simple convención verbal". Pero él se refería a una cultura distinta a la nuestra.

Así mismo, en el Discurso Preliminar del Proyecto de Código Civil Francés, que a la vez dice que "la prueba testimonial es la prueba natural de los actos recientes" (pág. 84), Juan Esteban María Portalis dice que "en todas las naciones civilizadas, la escritura es la prueba natural de los contratos. Sin embargo, conformándonos a todas las leyes precedentes, autorizamos la prueba por testigos en los casos en que existe un principio de prueba por escrito. Mas este principio de prueba por escrito no es necesario en los negocios mercantiles que se consuman en bolsa, en la plaza pública o en una conversación imprevista" (pág. 92).

El pueblo nuestro no escribe ni lo indispensable, y a veces ni intelectuales lo hacen, como hace notar Miguel Angel Asturias, en Latinoamérica y Otros Ensayos (pág. 64), diciendo que, con motivo de investigaciones sociales que se hacen, "en relación con la música, demos por caso, o bien relacionadas con el folklore, estudiosos europeos hemos visto —dice— que han escrito a Latinoamérica más de mil ochocientas cartas y apenas sí han recibido 30 ó 40 respuestas. A profesores universitarios, a especialistas, a personas responsables, al parecer responsables, han ido tales cuestionarios y muy pocos han sido los que se han molestado en contestar".

Solo personas o entidades organizadas consignan por escrito sus actos jurídicos. La omisión por parte de ellas sí hace dudoso el acto respectivo: v. gr., los bancos y las compañías de seguros obran así. De esta suerte, aunque bajo el C. de Co. anterior el con-

trato de seguro era consensual, las compañías de seguros lo celebraban por escrito (a pesar de la póliza prestar mérito ejecutivo contra ellas, de acuerdo con la Ley 105 de 1927).

En cambio, por ejemplo, aunque para dos carretilleros \$ 40.000,00 o más pueden ser todo su patrimonio, luego no es un valor exiguo para ellos, lo más probable es que no negocien por escrito, sobre tal valor, aunque no tengan relaciones estrechas entre sí, sino de meras referencias, y no estén en imposibilidad de obtener una prueba mínima escrita. Sencillamente, no están educados para negociar por escrito, y no entienden la necesidad de ello, como otras personas de otros medios sociales no entienden otras exigencias jurídicas (como casarse, disponer de inmuebles por escritura pública, etc.).

Así aunque según el art. 944 del C. de Co., "el comprador tiene derecho a exigir del vendedor la formación y entrega de una factura de las mercaderías vendidas con indicación del precio y de su pago total o de la parte que hubiere sido cancelada" (con derecho de reclamar contra el contenido de ella dentro de los tres días siguientes, bajo sanción de tenerla por irrevocablemente aceptada), no es común que el comprador lo haga.

Y, aunque bajo sanciones establecidas en el art. 65, los arts. 23 y 24 del Dto. 2.503 de 1987 exigen expedición de facturas o documentos equivalentes por determinadas operaciones, aun a personas no comerciantes, es común que ello no se cumpla.

Así, para efectos tributarios, a las personas o entidades que tengan la calidad de comerciantes, con excepción de entidades financieras, ejerzan profesiones liberales o presten servicios inherentes a éstas, o enajenen productos de la actividad agrícola o ganadera tales normas exigen expedir factura o documento equivalente y conservar copia de él, por cada operación que realicen, no constitutiva de enajenación de activo fijo, independientemente de su calidad de contribuyentes o no de impuestos administrativos por la Dirección General de Impuestos Nacionales; lo cual se puede sustituir por tiquete expedido por máquinas registradoras.

Los no comerciantes que enajenen bienes producto de actividad agrícola o ganadera solo deberán hacerlo si la operación vale más de \$ 100.000,00.

Los comerciantes minoristas no constituidos en sociedad, cuyos ingresos netos provenientes de su actividad comercial en el año inmediatamente anterior no exceden de \$ 7'000.000,00 y cuyo

patrimonio bruto en ese año no sea superior a \$ 19'500.000,00, que no tengan más de dos establecimientos de comercio pueden suplirla con comprobante interno.

Así si frecuentemente no se cumplen exigencias expresas de la ley, no es racional entender aquella omisión como indicio grave de inexistencia material del acto.

Otro error de la norma es referir la exigencia solamente a obligaciones de origen contractual, siendo así que personas o entidades organizadas normalmente obtendrán prueba escrita del pago de una obligación de origen distinto: v. gr., de culpa extracontractual: no es verosímil que una persona organizada no obtenga prueba escrita del pago que haga por un daño causado culposamente. En ese punto la norma tampoco corresponde a la realidad.

No es jurídica, pues la carga de la prueba que establece en forma compleja, en cierta forma, doble.

Así, resulta ilógico que, si a un profesional, por ejemplo, se le imputa culpa extracontractual, solo haya de soportar una carga sencilla de la prueba; y, en cambio, si se le atribuye un acto jurídico de su especialidad profesional y él no suscribió documento, haya de empezar por desvirtuar el presunto indicio que él mismo creó, con la omisión.

Lo que debió decir el inciso es: *si se trata de probar obligaciones que usualmente las partes hagan constar en cierto escrito mínimo o extinción de ellas, el juez podrá apreciar adversamente la falta de éste, en forma racional.*

Así, la forma de interpretar y aplicar racionalmente tal norma es averiguar en cada caso de obligación contractual o de extinción de cualquier obligación si es normal en la parte que afirma la obligación o la extinción obtener cierta prueba escrita de los actos de la naturaleza del que se discute: en caso positivo, si lo obtuvo, o, en caso contrario, por qué no lo hizo, o si desapareció y, en este caso, por qué causa.

Finalmente, importa el concepto de principio de prueba por escrito.

Fiel a su sistema de no dar definiciones, el C. P. C. no lo define. El derogado art. 93 de la Ley 153 de 1887 la definía como "un acto escrito del demandado o de su representante que haga verosímil el hecho litigioso", sin considerar que proviniera del demandante, para desvirtuar afirmación suya.

El es un acto escrito de la parte contraria que haga verosímil lo que se afirma contra ella, o el acto que se le atribuye ⁽¹¹⁾.

La doctrina y la jurisprudencia admiten como equivalencia a principio de prueba por escrito una confesión judicial, total o parcial, que contenga un mínimo exigido por la Ley sobre el acto que se discute: que lo haga verosímil, creíble.

Honorarios de los Peritos (art. 239)

El art. 370 eliminó la sanción para la falta de pago con deserción del recurso de casación y ejecutoria de la sentencia, y el art. 388 eliminó la sanción de no apreciar la prueba por la falta de pago de los honorarios.

Por su parte, el art. 391 remite al cobro de los honorarios por la vía ejecutiva del art. 508 ib., que hace referencia a la forma de notificación en la forma dispuesta en el art. 205.

Documento Auténtico (art. 252)

No se adicionó el apte. 2 con inclusión del caso de protocolizar el documento, que es un reconocimiento de autenticidad, equivalente a inscribirlo en un registro público.

Ni se logró la eliminación del apte. 5, por innecesario, pues no contempla una forma especial de establecer la autenticidad del documento, sino un simple caso de prueba trasladada, relacionado con los arts. 185, 253 y 254.

Su inciso final amplía la relación de documentos que se presumen auténticos y elimina la confusión de tesis expuestas por los doctores León Posse Arboleda ⁽¹²⁾ y Luis F. Hello Kattah ⁽¹³⁾ en relación con el art. 793 del C. de Co., que parecía reformar el art. 252 procesal civil con respecto a títulos valores.

11) Luis Muñoz toma esta noción incompleta del derecho argentino: "Cualquier documento público o privado que emana del adversario, de su autor, o de parte interesada en la contestación, o que tendría interés si viviera (arts. 64, 290 y 1.160 Cod., de Com., y 1.191 y 1.193, Cód. Civil)". (Derecho Comercial - Contratos, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1960, páginas 311, 315 y 468).

12) *Los Títulos Valores en el Código de Comercio*, 3ª edición, 1980, página 34.

13) *De los Títulos Valores en General*, Bogotá, 1973, páginas 219, 221, y 222.

El nuevo artículo mantiene por fuera los documentos a que se refiere el art. 53 de la Ley 57 de 1931 (sustitutivo del art. 42 de la Ley 28 de 1931), art. 53 de redacción antitécnica, reformado por el aspecto fiscal y por el formal, en éste por el C. de Co., en relación con títulos valores, cuyo texto dice: "Los recibos, vales, notas de pedido, cuentas de cobro y demás documentos análogos acostumbrados entre comerciantes y en algunos establecimientos, como clubes, hoteles, restaurantes, etc., en que se hacen ventas al por menor, tendrán la fuerza de una confesión judicial acerca de su contenido, siempre que sean reconocidos ante juez competente por el que los firmó. Si expresaren una suma líquida de dinero, de plazo vencido, prestarán mérito ejecutivo, aunque estén expedidos en papel común, siempre que se les adhieran y anulen estampillas de timbre nacional por valor del doble del señalado en la Ley 20 de 1932. Las estampillas se anularán por el tenedor de dichos documentos, en la forma prescrita por la citada ley y en cualquier tiempo, antes de iniciar la acción ejecutiva.

"Si no indicare plazo alguno, podrá el acreedor, previos los requisitos exigidos en el inciso anterior, reconvenir al deudor, y una vez constituido en mora, exigir su pago por la vía ejecutiva.

"La disposición contenida en este artículo no comprende los instrumentos negociables de que trata la Ley 46 de 1923".

Aportación de Documentos - Valor Probatorio de las Copias (arts. 253 y 254)

Se dijo reforma consistente en que el secretario es quien autentica las copias, en lugar del juez.

A propósito del art. 115, se dijo la diferencia entre copia de actuación judicial, a que él se refiere, y copia de documento extraprocesal, que ya no puede autenticar el juez ni el secretario, sino el notario.

Por otra parte, estas normas mantienen impropiedad en el texto e incongruencia con el art. 268; pues la copia que vale tanto como el original es la auténtica de documento auténtico. La de documento no auténtico exige doble prueba de autenticidad: del documento original y de la copia misma.

Y el art. 268 restringe el valor de copia de documento privado, el cual exige original en principio.

Aportación de Documentos Privados (art. 268)

No se obtuvo la corrección del error formal de considerar una sola como tres hipótesis, pues en ninguno de los tres aparentes casos el interesado tiene el original en su poder. En eso se resumen los tres.

Fecha Cierta (art. 280)

No se obtuvo la adición a este artículo de un inciso que dijera, sencillamente, que la sola autenticación de firma solo da fecha cierta al documento; adición que evitaría la confusión que crea la primera parte del art. 73 del Dto. 960 de 1970, estéril para efectos jurídicos distintos del de fecha cierta; al cual hicimos referencia a propósito del art. 84 del Código.

Inspecciones Judiciales y Peritaciones (art. 300)

La reforma permite pedir peritación sin inspección judicial; pero exige citación de “la persona contra quien se pretende hacer valer esa prueba”.

La norma sustituida daba el carácter de prueba incompleta, llamándola indicio, al “dictamen producido sin citación de la contraparte”. La reforma eliminó esta regla.

Así, en el art. 489, permite que, aun con intervención de mero curador “ad litem”, el dictamen grafológico constituya prueba de la autenticidad del documento presentado como título ejecutivo.

Esto es aplicable al proceso de lanzamiento (art. 424) y puede superar la prueba sumaria exigida en el apt. 1 del art. 448, con respecto a alimentos.

Contenido de la Sentencia (art. 304)

Mientras la norma sustituida hacía disyunción entre “razones de equidad” y “fundamentos legales y jurídicos”, la sustitutiva contempla razonamientos de equidad como concurrentes con razonamientos legales y doctrinarios; de suerte que aquella hacía referencia directa al art. 38, en su apte. 1, y la norma sustitutiva indica aplicación del art. 37, en su apte. 8, en el sentido de reconocer autonomía a la equidad como fundamento de la sentencia de derecho, con ampliación de la función que los arts. 32 del C. C. y 5º de la Ley 153 de 1887 reconocen a la equidad natural, de mero auxiliar para la interpretación de la ley.

Para Carnelutti, “a la *equidad*, que es justicia del derecho, o sea conformidad del precepto con la regla ética, se le ha denominado por eso justicia del caso aislado. Cuando la conformidad no afecta ya a un precepto, sino a una regla, una parte grande o pequeña de la equidad se desvanece” ⁽¹⁴⁾.

Ello permitirá, entre otros casos, resolver uno frecuente, contemplado, en forma defectuosa, en el art. 514 del proyecto de Código de Derecho Privado del doctor Arturo Valencia Zea (no repetido en su proyecto de Código Civil, arts. 503 y ss. y l.238), en el sentido de que, “si en el momento de morir una persona o de sufrir un daño en su cuerpo, salud u otro derecho de la personalidad, no tuviere capacidad productiva... los padres tienen derecho a ser indemnizados por los gastos de crianza, instrucción y establecimiento realizados”, así como a compensación moral, a la cual también tienen derecho “los hijos, el cónyuge y la concubina o concubinario”.

Congruencia (art. 308)

Este, como el apte. 2 del art. 368, agrega los hechos de la demanda como elemento de la congruencia de la sentencia.

Resolución sobre excepciones (art. 306)

En el último inciso, se mantuvo una redacción equívoca, que parece indicar que todas las nulidades y la simulación del acto (pues contrato es especie del acto jurídico, género) requieren ser propuestas, a pesar de la enunciación taxativa que hace el primer inciso ⁽¹⁵⁾.

Principio General (art. 307)

Como se hizo notar, a propósito del art. 135, el art. 307 toma el concepto de incidente por la forma, no por el contenido, incluyendo como incidente lo que el art. 308 tomaba como trámite complementario, relativo a cuestión principal, concepto corroborado en el apte. 4 del art. 351.

Como se hizo notar atrás, los arts. 59, 78, apte. 2, 505 y 510 aluden al trámite del art. 307 (incidente); el art. 80 hace refe-

14) *Ob. cit.*, página 74.

15) Para Carnelutti, “un ente es una especie, considerado en su diferencia con otros entes; es un género, considerado en su igualdad con ellos”. (*Ob. cit.*, página 25).

rencia indirecta, mencionando incidente; y los arts. 319, 337, 339, 384, 450, 513, 686 y 687 la hacen directa.

Por cierto, así como la imposición de costas a quien promueve o afronta un trámite infundadamente tiene un fundamento claro y objetivo, no resulta claro qué perjuicios distintos puede causar, en cuanto no se ha considerado que ellos puedan ser morales, a menos que se entienda que la aversión del Código al litigio infundado lleva a sancionar como perjuicio la sola incomodidad moral que él causa; lo cual implica notable avance cultural.

Aclaración (art. 309)

En el primer inciso se omitió determinar la oportunidad en que proceden la solicitud de aclaración de la sentencia y la aclaración de oficio, de suerte que se debe aplicarles el segundo inciso, relativo a autos, de acuerdo con el espíritu de la norma y con el art. 5º ib.

No se logró que se estableciera la autorización expresa de apelación subsidiaria de apelación y adición de la sentencia, a pesar de lo cual sigue siendo posible, según el espíritu de celeridad del estatuto.

La adición y la aclaración de autos dejaron de ser formas de reposición (art. 348), de suerte que no tienen el trámite de éste, sino decisión de plano.

Corrección de Errores Formales (Aritméticos y Otros) (art. 310)

El artículo se refiere a errores "formales", y el primer inciso se refiere a recursos "ordinarios", como se hizo notar atrás.

Adición (art. 311)

En el primer inciso, no se obtuvo la corrección de que el de ejecutoria es término hábil para la adición de oficio y para solicitarla, como en el caso de la aclaración, cual es el sentido de la norma.

Con respecto a aclaración se hizo referencia a frustración relativa también a adición, lo cual no impide que ésta se pida como principal y apelación como subsidiaria, según el espíritu de máxima celeridad de la reforma.

Ejecución de Sentencias (art. 335)

Este excluye de su solución el caso de que el proceso verse sobre cosa secuestrada, porque en tal caso la entrega se hace mediante orden que el juez da al secuestre.

En el caso contrario, si la sentencia condena al pago de una suma de dinero, a la entrega de cosa mueble no secuestrada o al cumplimiento de obligación de hacer, el demandante podrá pedir la ejecución de la sentencia, dentro del mismo proceso, en el plazo de sesenta días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o a la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior, según el caso. (La entrega de un inmueble es obligación de hacer).

La demanda puede referirse también al pago de sumas de dinero liquidadas por costas antes de la sentencia, siempre que no se esté ejecutando separadamente por ellas.

Inexplicablemente, la norma no se extiende a la ejecución por las costas de la sentencia de primera instancia, porque no son sumas a que se haya condenado en una sentencia, según el art. 307, y porque su liquidación puede exceder de los sesenta días que la norma da de plazo para ello.

Hay que entender, sí, que oportunamente se podrá acumular la demanda por ellas en el mismo proceso, según el espíritu del Código.

Norma análoga a la inicial sienta el Código en relación con sumas pendientes de actualización.

“Vencidos tales términos, solo procede ejecución separada”.

La norma definió este punto, a la vez que mantuvo distinción discutible sobre costas.

Procedencia (de la Apelación) (art. 351)

Como se hizo notar inicialmente, la reforma no define expresamente la derogación de la carga de sustentar la apelación (art. 57 de la Ley 2ª de 1984), que va contra la máxima celeridad que ella introduce en el proceso, por lo cual apenas se puede deducir su derogación tácita (también en gracia del principio de igualdad jurídica de las partes, para que el apelante adhesivo no quede en ventaja con respecto al principal, como se hizo notar atrás).

El apte. 4 repite norma del segundo inciso del art. 138.

El apte. 8 adiciona y amplía el 147, en relación con nulidades.

El 10 debió referirse a otros autos señalados “en este Código”, no “en la ley”.

*Procedencia de súplica y oportunidad para proponerla -
Trámite (arts. 363 y 364)*

Hay incongruencia formal entre los dos artículos, en cuanto aquel se refiere a “la sala de que forma parte el magistrado ponente” y ésta al “magistrado que sigue en turno al que dictó la providencia, quien actuará como ponente para resolver”, que es lo lógico.

Distintos Trámites (art. 397)

Este y el 435 llaman procedimiento verbal sumario el de única instancia (que no es sumario).

La reforma dejó vigente el art. 613 del C. de Co., sin completar un trámite deficiente y violatorio del derecho de defensa que establece; artículo que tácitamente exige presentar con la demanda plena prueba del derecho del demandante y ordena dar traslado al demandado, por tres días, se supone que para que pueda defenderse, y no le da oportunidad para probar en su favor, lo cual constituye la grave violación de su derecho de defensa (art. 26 de la Const. Nal.); por lo cual hay que entender que el juez debe señalar oportunidad para ello, acorde con la celeridad que inspira las normas (arts. 3º y 5º del C. P. C.): el del proceso verbal de mayor y menor cuantía (de dos instancias), en lo pertinente (arts. 427 y ss.).

Según el citado art. 613 (relativo a los arts. 539, 554, 581 y 597), “de la demanda se dará traslado a la otra parte por el término de tres días, vencido el cual se evaluará por peritos la compensación o la cuota del comunero.

“En firme el dictamen, el juez decidirá de plano” (que es lo irregular).

Restitución del Inmueble Arrendado (art. 424)

En el proyecto de C. P. C. de 1956 se incluían el lanzamiento (art. 1.070) y la entrega del tradente al adquiriente (art. 1.089) entre los procesos ejecutivos, y se extendía el trámite a la restitución de cosas entregadas en tenencia a título distinto de arrendamiento, si el derecho a la restitución se acreditaba con título que prestara mérito ejecutivo (art. 1.087); porque correspondían a

casos en que el derecho del demandante “es indiscutible”, al decir de la comisión redactora (art. 397 de la publicación oficial); lo cual concuerda con el concepto de Vécovi sobre procesos monitorios.

Aquellos dos procesos conservan cierta analogía (art. 417).

La reforma cambió el apte. 1 del art. 434, que exigía acompañar a la demanda “prueba siquiera sumaria del contrato de arrendamiento” (arts. 279 y 298).

Cuando la ley se refiere a prueba, simplemente, se refiere a prueba plena que no exige contradicción ni ratificación. Cuando quiere referirse a prueba inferior extrínsecamente emplea expresiones como la de “prueba siquiera sumaria”, “principio de prueba por escrito”, etc.

En el apte. 1 del art. 424 actual se sustituye la prueba documental sumaria por plena prueba, con la expresión “prueba documental del contrato de arrendamiento suscrito por el arrendatario”; lo cual da entrada al dictamen grafológico contradicho, como se dijo a propósito del art. 300.

En relación con lanzamiento de vivienda urbana, en lugar del apte. 4 del par. 1, se aplica el apte. 1 del art. 24 de la Ley 56 de 1985, como ley especial, favorable al arrendatario; en lugar del apte. 2 del par. 3, el apte. 2 del citado art. 24; y, en lugar de los aptes. 1 y 2, el apte 3 y el inciso del citado art. 24.

Por innecesaria, como contraria a la prohibición general del art. 6º del Código (observancia de las normas procesales), la reforma eliminó la norma según la cual se tienen por no escritas las estipulaciones que hagan más gravosa la carga del demandado por falta de pago (apte. 2 del par. 2); y eliminó el apte. 8 del art. 434, relativo a encontrarse en el inmueble, al practicarse la diligencia, “a una persona que habita allí, que se diga enferma y con peligro de la vida si se desaloja”.

Asuntos que comprende (el proceso verbal de dos instancias) (art. 427)

El Código lo llama “de mayor y menor cuantía”, y llama “sumario” el de única instancia, como se hizo notar a propósito del art. 397.

Al someter a este trámite, en el apte. 12 del par. 2, todo otro trámite que el Código de Comercio “ordene resolver mediante pro-

ceso abreviado”, comprende lo que regula el art. 562 del C. de Co., como se dijo, a propósito del art. 17, y la protección al nombre comercial y a la enseña, que los arts. 609 y 611 del C. de Co. sometían al trámite abreviado.

Intereses y Título Ejecutivo (art. 488)

El ejecutante tiene la carga probatoria de presentar título ejecutivo que los comprenda, a menos que se trate de los intereses legales que determina el art. 1.617 del C. C., los cuales se deducen de pleno derecho o por el solo ministerio de la ley (“iura novit curia”). Sin embargo, inexplicablemente, en el tercer inciso, el art. 537 exige al ejecutado un tardío “certificado de tasa de interés” (art. 884 del C. de Co.), a pesar de que es el ejecutante quien tiene la necesidad de probarlo, desde la demanda, como se dijo.

Intervención de Curador “Ad Litem” (art. 489)

Según el art. 196, para confesar es necesario, entre otros requisitos, tener “poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado”.

Como se dijo a propósito del art. 46, el curador “ad litem” del demandado ausente es un mero defensor de oficio; lo cual corrobora el art. 101, en el apte. 4 de su par. 2º (Iniciación), en cuanto le exige su concurrencia solo a defender a su representado.

Según el citado art. 489, “en la demanda ejecutiva se podrá pedir que previamente se ordene el reconocimiento del documento presentado, el requerimiento para constituir en mora al deudor, o la notificación de la cesión del crédito o de los títulos ejecutivos a los herederos”; y, si no fuere posible notificar personalmente el auto que dispone la práctica de alguna de las diligencias anteriores, se procederá a designar curador “ad litem”, tal como se prevé en los artículos 318 a 320, para que con él se surta la diligencia.

Además de lo dicho a propósito de los arts. 141 y 300, se observa que, a pesar del texto forzado del art. 1.960 del C. C., lo que éste y el 1.961 significan es que el deudor no paga mal si paga al cedente por no estar informado de la cesión; luego la notificación de ésta es una carga del cesionario para impedir un pago erróneo. Pero al tiempo de la demanda ejecutiva ella es innecesaria, porque el juez va a notificar al deudor omisivo (ordinariamente moroso) a quién debe pagar, luego no hay posibilidad de que pague erróneamente (actividad aquella que la ley suple con respecto a los títulos valores, exigiendo la exhibición del título pa-

ra el cobro, y que hubiera podido suplir con respecto a títulos civiles, al exigir la presentación del título ejecutivo al juez). En todo caso, la notificación al curador "ad litem", mero defensor de oficio, resulta absolutamente inútil, pues, si el deudor no ha pagado, al cedente ni al cesionario, menos posibilidad hay de que lo haga aquel; luego su designación es dispendio inútil de dinero, actividad y tiempo; de suerte que no abrevia ni mejora el trámite, por lo cual su regulación es de exequibilidad discutible.

Trámite igual exige la reforma con respecto a la constitución en mora cuando no se logra notificar judicialmente al deudor para tal fin, requisito que consiste en la intimación al deudor de que cumpla, intimación que la reforma traslada al curador "ad litem", como si éste tuviera medios para cumplir por su representado, a quien ordinariamente ni siquiera conoce.

Como se hizo notar a propósito del art. 300, la reforma sustituye un proceso de conocimiento por un incidente, en relación con el art. 275; lo cual guarda armonía con el art. 513, que ya no exige prueba sumaria ajustada al art. 279 para decretar embargo y secuestro previos, sino un título cuyo contenido se ajuste al art. 488, aunque no tenga la calidad de auténtico (sin perjuicio de que la medida fracase, si no se logra probar tal calidad).

Reducción o pérdida de intereses, reducción de la pena, hipoteca o prenda; y fijación de la tasa de cambio para el pago en pesos de obligaciones constituidas en moneda extranjera (art. 492)

En el apte. 7, el art. 427 somete al trámite verbal de mayor y menor cuantía (de dos instancias) "la reducción de la pena, la hipoteca y la prenda en los casos señalados en la ley, salvo (sic) norma en contrario", disposición que reemplaza el apte. 10 del art. 442, que se refería a "reducción de la pena o de la hipoteca o prenda en los casos señalados en la ley, sin perjuicio de que pueda pedirse en el proceso en que se demanda el cumplimiento de la obligación".

Pero, así como la ley no reconoce rescisión por lesión enorme con respecto a muebles, por el menor aprecio que demuestra por ellos, ni el C. C. (arts. 2.409 y ss.) ni el de Co. (arts. 1.200 y ss.) establecen reducción de la prenda.

En cambio, el C. C. establece tal reducción con respecto a obligaciones personales en los arts. 1.601 (pena) y 2.231 (intereses de mutuo) y 2.455 (hipoteca), reducción que la doctrina considera forma de rescisión.

Finalmente, el art. 884 del C. de Co. establece la pérdida de intereses que excedan de los comerciales respectivos (de plazo o de mora).

Si no se han pagado, solo procede la pérdida de los pactados, mediante el incidente mencionado.

Los que se hayan pagado, al perderse como tales, generan la excepción de compensación de capital.

Ejecución por perjuicios, correspondiente a obligaciones de dar o de hacer (arts. 493, 495 y 499)

El art. 495 complementa el 493, relativo a ejecución por obligación de dar especie mueble o géneros distintos de dinero, o de hacer. (Como se anotó a propósito del art. 335, la obligación de entregar un inmueble es de hacer, hacer entrega).

Pero el art. 495 daba una innecesaria oportunidad posterior de cinco días para pedir el pago de perjuicios por el incumplimiento de la obligación, y la reforma unificó la oportunidad, de suerte que hay que pedir conjuntamente una y otra cosa, aquella como principal y ésta como subsidiaria. Es una abreviación acertada.

El incumplimiento por el demandante de la carga procesal dicha, de pedir perjuicios, acarrea la terminación del proceso y la extinción de la obligación del ejecutado, que se declaran en auto inapelable, si éste no cumple la obligación, según el último inciso. (La omisión dicha equivale a renuncia a indemnización). (Esta norma no cuenta para efectos del art. 539).

En relación con especie mueble, el Código se refería a obligación de dar (que el C. C. y el C. de Co. entienden en el sentido de transmitir el dominio, aunque el art. 1.216 de éste dice “bienes dados en prenda”, como decía el C. P. C. de 1931, y el nuevo art. 426 procesal civil repite el error del 438 anterior de decir “muebles dados en arrendamiento”), concepto complejo aquel, de dar (traditar), distinto del de entregar, que es simple (material).

Sin embargo, solo por variar la redacción, el art. 495 se refiere a la “no entrega” de la cosa mueble o de géneros distintos de dinero (por no tradición).

Así mismo, la norma nueva mantiene la facultad de señalar una cantidad como intereses, facultad que no es absoluta, sino relativa, pues la ley señala las tasas de interés, civil y comercial, luego el ejecutante no puede sino someterse a ellas, señalando la obligación como de uno u otro género (civil o comercial).

Ejecución por Obligación Alternativa (art. 496)

La nueva norma abrevia la anterior, suprimiendo un previo requerimiento al deudor para que manifieste la prestación que escogía para cumplir, y disponiendo que el demandante la escoja en la demanda, para el caso de que el deudor no cumpla, en el término de cinco días que tiene para ello.

Pero no se opone a la pretensión por perjuicios, en subsidio de aquella.

La reforma abrevia y es acertada.

Notificación del mandamiento ejecutivo, apelación y condenación al pago de perjuicios (arts. 505 y 510)

El art. 505 agrega la notificación por conducta concluyente (art. 330).

La reforma vuelve al sistema del C. P. C. de 1931, de disponer la notificación al ejecutado de la concesión de la apelación del auto denegatorio del mandamiento de pago.

Se deduce que, en el caso de haberse pedido la designación de curador "ad litem", en conformidad con el art. 318, negado el mandamiento de pago y apelada la denegación, también hay que proveer a la designación de tal curador, para que represente al demandado en la apelación.

El último inciso, según el cual "cuando se revoque el mandamiento ejecutivo se condenará al ejecutante en costas y perjuicios", genera comentario hecho a propósito del art. 307.

Lo mismo ocurre con el art. 510, en el apte. d) del par. 2, en cuanto impone también pago de perjuicios en el caso de prosperar todas las excepciones de mérito propuestas.

Como se hizo notar en su lugar, el art. 505 omite decir que los perjuicios se liquidan según el art. 307, cosa que sí dice el art. 510.

Eficacia de la Sentencia (arts. 507 y 512)

El primer inciso del art. 507 y el 537 se refieren a terminación del proceso por pago.

El segundo inciso del art. 507 se refiere al caso de que no se haya cumplido la obligación oportunamente y no se propongan excepciones, aunque no dice aquello.

En el tercer inciso se refiere a que “en la revisión de que trata la parte final del inciso primero del numeral 3 del artículo 509, el juez declare terminado el proceso por no existir título que amerite la ejecución”, norma que no existe en el citado art. 509.

El art. 512 del Código era redundante, porque solo tenía por objeto ratificar la derogación del art. 1.030 del C. P. C. de 1931, según el cual la sentencia de excepciones y la de pregón y remate no fundaban, decía, la excepción de cosa juzgada y, en consecuencia, se podía revisarlas por la vía ordinaria.

Diciendo el art. 332 que “la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada”, sobre el mismo objeto, por la misma causa y entre partes idénticas jurídicamente, sobra que el art. 333 excluya expresamente las proferidas en procesos de jurisdicción voluntaria, ya excluidas por aquel.

Por lo mismo sobra que el art. 512 diga que “la sentencia que resuelva las excepciones de mérito hace tránsito a la cosa juzgada”; pero se justifica la referencia a la salvedad 3 del art. 333, relativa a la que declare “probada una excepción de carácter temporal, que no impida iniciar otro proceso al desaparecer la causa que dio lugar a su reconocimiento”; y no se justifica la salvedad 4, relativa a sentencia que contenga “decisión inhibitoria sobre el mérito del litigio”, porque esa no resolvió las excepciones de mérito.

De todo este conjunto de normas innecesarias la única que resulta útil es la salvedad 4, en cuanto reconoce que el proceso ejecutivo puede terminar por sentencia inhibitoria (porque no se logró evitarla, a pesar de lo dispuesto en los arts. 37, apte. 4, 77, apte. 7, y 252, apte. 3).

Embargo y Secuestro Previos y Reducción de Embargos (arts. 513 y 517)

En una primera parte, el art. 513 adiciona el art. 684, agregando una lista de bienes inembargables; en dos partes determina el trámite relativo a embargo y secuestro previos, propiamente; y en otra establece limitación al embargo y al secuestro, en armonía con el art. 517, a fin de evitar el abuso del derecho, con excesos.

Pero el 513 y el 684, en su apte. 5, mantienen la desprotección de los arts. 154 y 344 del C. Laboral a la remuneración de los descansos legales.

Aparte de lo dicho anteriormente en relación con el art. 513 citado, él elimina la sanción de levantamiento de oficio de medi-

das previas por no notificación del mandamiento de pago dentro de los dos meses siguientes a su pronunciamiento, que era fuente de errores y discusiones.

Embargo y secuestro dentro del proceso y bienes inembargables (arts. 514 y 684)

El inciso final del art. 514 remite al inciso final del art. 513; pero la naturaleza de las medidas exige la aplicación de todo el artículo en lo pertinente, en cuanto no pugne con aquel, pues los dos solo se diferencian por la oportunidad en que se aplican.

En los aptes. 10 y 11 del art. 684 se mantiene salvedad relativa a crédito proveniente del precio de los respectivos bienes (utensilios de cocina, muebles de alcoba, ropas de la familia y utensilios o instrumentos de trabajo necesarios para la persona contra quien se decreta el secuestro); salvedad que llena parcialmente un vacío de la ley comercial (vacío inexistente en otros países), y justifica en ese punto el uso de la complicada factura cambiaria comercial.

Liquidación del crédito y de las costas y entrega de dinero (arts. 521 y 522)

El art. 521 hace énfasis en que el crédito y las costas se liquidan por separado, lo cual corrobora el art. 522, y da oportunidad al demandante y al demandado de presentar la liquidación de aquél (no de éstas).

En su tercer inciso, el art. 537 da a entender que el ejecutado mismo puede liquidar las costas, lo cual resulta simple con respecto a gastos del proceso, pero no con respecto a agencias en derecho, cuya tasación compete al juez.

En el párrafo c) del apte. 6, se habla de liquidar conjuntamente todos los créditos y costas.

Los arts. 521, apte. 3, y 522 aplican el sistema ágil de apelaciones, permitiendo la división del trámite, consistente en proveer al remate de bienes y la entrega del dinero mientras se surte la apelación interpuesta contra la aprobación de la liquidación, en la parte que no sea objeto de apelación.

Señalamiento de fecha para remate (art. 523)

El Código exigía que estuviera en firme la liquidación del crédito para proceder a ello, y que lo pidiera cualquiera de las partes, para ordenar el remate.

La reforma establece que, si está en firme la sentencia que ordena seguir la ejecución o rechaza las excepciones, el demandante puede pedir éste.

Una vez en firme la liquidación del crédito cualesquiera de las partes puede pedirlo.

El segundo inciso exige que no haya incidentes ni recursos pendientes relativos a los bienes rematables.

En desorden contrario a la lógica, en los incisos cuarto y quinto, establece, innecesariamente, por obvio, que el juez señale “la fecha del remate con la debida anticipación” para que se pueda cumplir la exigencia de que el remate no se efectúe “antes de diez días contados desde aquel en que se fije el aviso”, y que, “si quedare desierta la liquidación, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 533”, que señala nuevas bases para el remate.

Su último inciso contiene una norma nueva lógica, según la cual “ejecutoriada la providencia que señala fecha para el remate, no procederán recusaciones al juez o al secretario: éste devolverá el escrito sin necesidad de auto que lo ordene”; norma que se explica porque la actuación a que se refiere, por mecánica, ya no admite parcialidad del juez o del secretario en ningún sentido.

Citación de acreedores con garantía real (art. 539)

Además de tener redacción innecesariamente complicada, su segundo inciso parece contradecir el primero, para decir solamente, que los acreedores que no hagan valer su derecho en el primer término toman el proceso en el estado en que esté, en el segundo, así: el primer inciso exige a los acreedores citados personalmente hacer valer sus derechos “dentro de los treinta días siguientes a la citación”, y el segundo dice que, si vencido tal término no los hubieren hecho valer, solo podrán hacerlo dentro del término señalado en el art. 540 (“hasta la diligencia de remate de bienes, o la terminación del proceso por cualquier causa”, anterior a tal remate, se entiende: cumplimiento de la obligación (art. 507), extinción del crédito (último inciso del art. 529), entrega del bien objeto de la obligación de dar (art. 535) y pago (art. 537), no por extinción de la obligación y del proceso, en el caso del art. 495, que no da tal oportunidad, como se hizo notar en su lugar).

El tercer inciso hace una discriminación innecesaria, de discutible exequibilidad, porque no abrevia ni mejora el trámite: si al acreedor se designó curador “ad litem”, éste tiene que hacer

valer el crédito en proceso separado, dentro del mismo término señalado en el art. 540, ante el mismo juez que conoce del proceso principal, exigencia que no tiene sentido claro.

Vencido tal término rigen las normas generales sobre competencia.

El cuarto inciso conmina al curador, con la sanción prevista en el apte. 1 del art. 55 del Dto. 196 de 1971, para que haga "las diligencias necesarias para informar lo más pronto posible al acreedor" a quien representa, de la existencia del proceso; lo cual no tiene explicación fácil, pues pocos medios más que el juez podrá él emplear con tal fin, ya que el juez empleó los disponibles.

En el último inciso se establece la posibilidad de acumular los procesos, en forma que pudo propiciar en los dos primeros incisos.

Acumulación de Demandas (art. 540)

En el apte. 5, establece la posibilidad de que "antes de la sentencia que ordena llevar adelante la ejecución cualquier acreedor" solicite declarar que su crédito goza de determinada causa de preferencia, o que se desconozcan otros créditos; pero no determina el trámite; aunque se contempla también la posibilidad de que estén cursando excepciones; de donde se deduce que debe ser por la vía incidental.

Acumulación de Procesos Ejecutivos (art. 541)

el apte. 3 forma parte del primer inciso, como requisito de acumulación: que los procesos correspondan a la misma jurisdicción; pero esto sobra, porque el primer inciso cita el art. 157 y éste hace la misma exigencia lógica.

the first of these is the fact that the
the second is the fact that the

the third is the fact that the
the fourth is the fact that the

the fifth is the fact that the
the sixth is the fact that the

the seventh is the fact that the
the eighth is the fact that the

the ninth is the fact that the
the tenth is the fact that the

the eleventh is the fact that the
the twelfth is the fact that the

the thirteenth is the fact that the
the fourteenth is the fact that the

the fifteenth is the fact that the
the sixteenth is the fact that the

the seventeenth is the fact that the
the eighteenth is the fact that the

the nineteenth is the fact that the
the twentieth is the fact that the

the twenty-first is the fact that the
the twenty-second is the fact that the

the twenty-third is the fact that the
the twenty-fourth is the fact that the

the twenty-fifth is the fact that the
the twenty-sixth is the fact that the

the twenty-seventh is the fact that the
the twenty-eighth is the fact that the

RECURSO ESPECIAL *

*Marcos Afonso Borges ***

1. *Introducción* 2. *Concepto* 3. *Origen* 4. *Presupuestos de admisibilidad* 5. *Cuestión federal* 6. *Procedimiento*.

1. *Introducción*

Hasta antes de entrar en vigor la Constitución Federal el 5 de octubre de 1988, el Poder Judicial Brasileño se componía de los siguientes órganos: Supremo Tribunal Federal; Consejo Nacional de la Magistratura; Tribunal Federal de Recursos y Jueces Federales; Tribunales y Jueces Militares; Tribunales y Jueces Electorales; Tribunales y Jueces del Trabajo; y Tribunales y Jueces Estaduales ⁽¹⁾.

La nueva Carta brasileña, dentro de las innumerables innovaciones que trae, con referencia al Poder Judicial, suprimió el Consejo Superior de la Magistratura y el Tribunal Federal de Recursos, creó el Superior Tribunal de Justicia, los Tribunales Regionales Federales y los Tribunales y Jueces de los Territorios ⁽²⁾, ya que los de Distrito Federal existían.

** Profesor de derecho procesal civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Goiás. De la Academia Brasileña de Letras Jurídicas. Del Centro de Estudios Procesales de Goiás. Abogado.

* Versión del portugués por Orión Alvarez A.

1) Artículo 112 e incisos de la Constitución Federal de 1967, con la redacción determinada por la Enmienda Constitucional nº 7 del 15 de abril de 1977.

2) Artículo 92 e incisos de la Constitución del 5 de octubre de 1988.

En lo que concierne al Superior Tribunal de Justicia, dentro de las materias de su competencia, le dio la ley mayor la de juzgar, por la vía del recurso especial, las causas decididas en única o última instancia, por los Tribunales Regionales Federales o por los Tribunales de los Estados del Distrito Federal y Territorios, en los casos allí mencionados ⁽³⁾.

2. *Concepto*

El recurso especial es un remedio constitucional que tiene por fin, como se verá más adelante, mantener la hegemonía y la autoridad de las leyes federales.

3. *Origen*

Vamos a encontrar su origen más remoto, como también la del recurso extraordinario, en el "writ of error" de los ingleses, que tenía por fin corregir errores de derecho en favor de la parte perjudicada.

En los Estados Unidos de América del Norte fue creado por el "Judiciary act" del 24 de septiembre de 1789 y tenía por finalidad preservar la supremacía de la Constitución y de las leyes federales, en sus aplicaciones por los tribunales de los Estados ⁽⁴⁾.

Con los mismos objetivos del derecho norteamericano, el remedio fue implantado en el Brasil con la proclamación de la Re-

3) Artículo 105, inciso III, literales a, b y c de la Constitución del 5 de octubre de 1988.

4) Dice la norma: "Art. 25. Debe ser revisada por la Suprema Corte, para ser casada o confirmada, la decisión de la más alta corte o de uno de los Estados, en causa en la que se cuestione sobre la validez de un tratado, ley nacional o de un acto de autoridad estadual, bajo fundamento de ser contrarios a la Constitución, a tratado o a las leyes federales y la decisión fuere sobre la validez; cuando se reclamare algún título, derecho o privilegio o inmunidad con fundamento en la Constitución, tratado, ley nacional o acto de autoridad de la Unión, y la decisión fuere contra el título, derecho, privilegio, inmunidad, especialmente invocados por la parte, de acuerdo con tal Constitución, ley o acto".

pública ⁽⁵⁾, pasando a ser denominado, a partir del Reglamento Interno del Supremo Tribunal Federal del 26 de febrero de 1891, de recurso extraordinario.

De esta manera, el recurso especial es el mismo recurso extraordinario, sólo que con el fin de mantener la primacía de las leyes federales, al paso que éste, las normas únicamente de la Constitución.

Para llegar a esta situación, o sea, a la creación de un nuevo recurso y de un nuevo Tribunal para apreciarlo, fue necesario recorrer un largo camino y conocer innumerables opiniones y providencias adoptadas.

Todo se originó en la denominada crisis del Supremo Tribunal Federal, que desde hace mucho, estaba sobrecargado de trabajo sin tener las condiciones para resolver los recursos extremos interpuestos.

Para solucionarla, fueron propuestos tres caminos, a saber: 1º) el de aumentar el número de ministros integrantes de la Corte; 2º) el de reducir las hipótesis en que cabía el recurso extraordinario, que constituía el 95% del trabajo de aquel Colegiado; y 3º) el de restringir la competencia del Supremo únicamente a la materia constitucional.

El primero fue adoptado por la Constitución Federal de 1967, al ampliar de once para diez y seis el número de ministros integrantes del referido Tribunal ⁽⁶⁾. Esa orientación, además de no haber solucionado el problema, tuvo una vida corta, pues el Acto

5) Decreto n° 848 del 11 de octubre de 1890, artículo 9º, párrafo único:

"Habrá también recurso ante el Supremo Tribunal Federal de las sentencias definitivas proferidas por los tribunales y jueces de los Estados: a) cuando la decisión fuere contraria a la validez de tratado o convención, a la aplicabilidad de una ley del Congreso Federal, finalmente, a la legitimidad del ejercicio de cualquier autoridad que haya obrado en nombre de la Unión, cualquiera que sea la alzada; b) cuando la validez de una ley o acto de cualquier Estado sea puesta en cuestión como contraria a la Constitución, a los tratados y a las leyes federales, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o del acto; c) cuando la interpretación de un precepto constitucional, o de una ley federal, o de la cláusula de un tratado o convención, sea puesta en cuestión, y la decisión final haya sido contraria a la validez del título, derecho y privilegio o exención, derivado de precepto o cláusula".

6) "Art. 113. El Supremo Tribunal Federal, con sede en la capital de la Unión y jurisdicción en todo el territorio nacional, se compone de diez y seis ministros".

Institucional nº 6, de febrero de 1969 redujo el número a once ⁽⁷⁾.

El segundo fue intentado de las siguientes formas: a) dando competencia a los presidentes de los Tribunales para examinar la admisibilidad del recurso extraordinario, pudiendo denegar su seguimiento (ley 3.396 del 2/6/58) ⁽⁸⁾; b) creación, por la Enmienda del 28 de agosto de 1963, al Reglamento Interno del Supremo, del resumen de la jurisprudencia predominante en el Pretorio Excelso ⁽⁹⁾; c) permisión, concedida al relator, por el Re-

7) Nueva redacción dada al artículo 113 arriba transcrito: "El Supremo Tribunal Federal, con sede en la capital de la Unión y jurisdicción en todo el territorio nacional se compone de once ministros".

8) Esa ley alteró la redacción de los artículos 864 y 865 del Código de Proceso Civil (Decreto-ley nº 1.610, de 18/9/39) de la siguiente forma: "Art. 39. El recurso será interpuesto ante el Presidente del Tribunal al que se recurre, y en las causas de alzada ante el propio juez que profirió la decisión de la cual se recurre. 1º ... 2º Vencido ese plazo, serán los autos, con o sin impugnación, entregados al Presidente del Tribunal o al juez, quien deferirá o no el seguimiento del recurso en el plazo de cinco días. 4º Será siempre motivado el despacho por el cual el Presidente del Tribunal o el juez admita el recurso o deniegue su interposición". Ver además, J. J. Colmon de Passos. El recurso extraordinario y la enmienda nº 3 del reglamento interno del Supremo Tribunal Federal, en la Revista del Proceso, nº 5, páginas 43 y siguientes.

9) En los términos de la explicación preliminar de enero de 1964, de la Comisión de Jurisprudencia integrada por los ministros Gonçalves de Oliveira, Víctor Nunes Leal, relator y Pedro Chaves: "El Supremo Tribunal Federal tiene por predominante y firme la jurisprudencia aquí resumida, aunque no siempre haya sido unánime la decisión en los precedentes relacionados en el Resumen. No está, sin embargo, excluida la posibilidad de alteración, ni pretendería el Tribunal, con la reforma del reglamento, abdicar de la prerrogativa de modificar su propia jurisprudencia. Quedó, así, explícito, que cualquiera de los ministros, por ocasión del juzgamiento podrá "proponer al Tribunal la revisión del enunciado constante en el Resumen". Cuando se tratare de declaración de constitucionalidad, o inconstitucionalidad, por el voto de la mayoría absoluta del Tribunal, la reapertura del debate deberá contar con el apoyo, al menos, de tres ministros" (Reg., art. 87, nº 6).

Siempre que el Plenario decidiere en contrario de lo que conste en el Resumen, será cancelado el enunciado correspondiente, hasta que de nuevo se afirme la jurisprudencia en el mismo o en otro sentido. En materia constitucional, el enunciado será sustituido por el que resultare de la decisión divergente, desde que sea tomada por seis o más votos.

Las agregaciones al Resumen serán divulgadas por el "Diario de la Justicia" en tres publicaciones consecutivas, precediéndose de la misma manera en cuanto a las alteraciones y cancelaciones.

glamento Interno de 1965, para convocar a las partes, en procedimiento de recursos extraordinarios que llevase diez años sin juzgamiento, para, que en el plazo de noventa días, manifestaren su interés, bajo pena de archivar; d) la introducción, por la Enmienda Constitucional n° 1 de 1969, de un parágrafo al artículo 119, dando competencia al Supremo Tribunal Federal para, en su Reglamento Interno, indicar las causas que por su naturaleza, especie o valor pecuniario, procedía el recurso extraordinario, con base en los literales a) y d) del inciso III del mencionado artículo ⁽¹⁰⁾; y e) creación, por la Enmienda 3 del 12 de junio de 1975, que dio nueva redacción al artículo 308 del Reglamento Interno del Supremo, frente al permisivo constitucional, de la Relevancia de la Cuestión Federal ⁽¹¹⁾. Ninguna de las formas anotadas resolvió la situación.

La finalidad del Resumen no es solamente proporcionar mayor estabilidad a la jurisprudencia sino también facilitar el trabajo de los abogados y del Tribunal, simplificando el juzgamiento de las cuestiones más frecuentes.

El reglamento interno del Supremo Tribunal Federal, en vigor, dispone lo siguiente: "Art. 1° La jurisprudencia del Tribunal será compendiada en el "Resumen del Supremo Tribunal Federal". 1° La inclusión de enunciados en el "Resumen", así como su alteración y cancelación, serán decididos en el Plenario por mayoría absoluta. 2° Las notas canceladas o alteradas guardarán la respectiva numeración con la anotación correspondiente, teniendo nuevos números los que fueren modificados. 3° Las agregaciones y enmiendas al "Resumen", fechadas o numeradas en series separadas y sucesivas, serán publicadas tres veces consecutivas en el "Diario de la Justicia". 4° La citación del "Resumen" por el número correspondiente, dispensará, ante el Tribunal, la referencia a otros juicios en el mismo sentido. Art. 103. Cualquiera de los ministros puede proponer la revisión de la jurisprudencia adoptada en materia constitucional y la compendiada en el "Resumen", procediéndose a la suspensión de hecho, si fuere necesario".

10) El parágrafo único estaba redactado así: "Las causas a que se refiere el ítem III, literales a y d de este artículo, serán indicadas por el Supremo Tribunal Federal en el reglamento interno, que atenderá a su naturaleza, especie o valor pecuniario". El ítem III, se refería al juzgamiento del recurso extraordinario y los literales a que el parágrafo hace mención dicen respecto: a las hipotecas si la decisión recurrida contraría dispositivo de la Constitución o niega vigencia de tratado o ley federal (a); y diere a la ley federal interpretación divergente de la que la haya dado otro Tribunal o el propio Supremo Tribunal Federal (d).

11) Altera la redacción de los artículos 52, 60 y 308 del Reglamento Interno del S. T. F.

ART. 1° Los artículos 52, 60 y 308 del Reglamento Interno del S. T. F. tienen vigencia con la siguiente redacción:

El tercero, preconizado por el entonces Ministro de Gobierno del Mariscal Costa e Silva, Luiz da Gama e Silva, en el sentido de crear un tribunal o tribunales federales con competencia para decidir las materias basadas en la ley ordinaria federal, quedando el Supremo sólo con las de orden constitucional, fue, como se ve, el adoptado por el constituyente de 1988.

Art. 52...

Parágrafo único ...

Art. 60.

Art. 308. Salvo en los casos de ofensa a la Constitución o relevancia de la cuestión federal, no cabrá el recurso extraordinario a que alude su artículo 119, parágrafo único, de las decisiones proferidas:

I. En los procesos por crimen o contravención a que esan conminadas penas de multa, prisión simple o detención, aisladas, alternadas o acumuladas, bien como las medidas de seguridad con ellas relacionadas;

II. En el habeas corpus, cuando no terminaren la acción penal, no le impidieren la instauración o renovación, ni declararen la extinción de la punibilidad;

III. En las órdenes de seguridad, cuando no juzgaren el mérito;

IV. En los litigios derivados:

a) de accidentes de trabajo

b) de las relaciones de trabajo mencionadas en el artículo 110 de la Constitución

c) de la previsión social

d) de la relación estatutaria del servicio público, cuando no fuere discutido el derecho a la constitución o subsistencia de la propia relación jurídica fundamental;

V. En las acciones posesorias, en las de pago por consignación, en las relativas al arrendamiento, en los procedimientos sumarísimos y en los procesos cautelares;

VI. En las ejecuciones por título judicial;

VII. Sobre extinción del proceso, sin juzgamiento de mérito, cuando no impida que el actor inicie de nuevo la acción;

VIII. En las causas cuyo valor declarado en la petición inicial, aun para efectos fiscales, o determinado por el juez, si aquel fuere inexacto o desobedeciere a los criterios legales, no exceda de 100 veces el mayor salario mínimo vigente en el país en la fecha del juzgamiento, siendo uniformes las decisiones de las instancias ordinarias, y de 50 cuando entre ellas haya habido divergencia o se trate de acción sujeta a instancia única.

1º Para los fines del nº VIII, cuando la decisión contuviere partes autónomas o el recurso fuere parcial, se considera el valor de la causa, relativamente a las cuestiones sobre que versa, o al beneficio patrimonial que el recurrente tendría.

2º Corresponde al Presidente del Tribunal de origen, con recurso denegatorio para el S. T. F. (art. 294) el examen de la ocurrencia de las

4. *Presupuestos de admisibilidad*

Según lo dispuesto en el inciso III e incisos del artículo 105 de la Constitución, son presupuestos de admisibilidad del recurso especial:

- a) la existencia de una causa decidida en única o última instancia;
- b) que el órgano que promulga el mencionado acto decisorio sea Tribunal Regional Federal, Tribunal de Estado, Tribunal de Distrito Federal o de Territorio; y
- c) que la decisión verse sobre cuestión federal.

Debe quedar muy claro que la causa aquí no quiere decir solamente la "causa petendi", esto es, el hecho o el derecho del cual

hipótesis excluidas en los números II, III, IV, "d" y VII, bien como la argumentación razonable de ofensa a la Constitución.

- 3º Corresponderá privativamente al S. T. F. el examen de la argumentación de relevancia en la cuestión federal.
- 4º La argumentación de la relevancia en la cuestión federal, se procesará de la siguiente forma:

- I. En la petición del recurso extraordinario (arts. 304 y 305) el recurrente deducirá sucinta pero fundamentalmente el capítulo específico y destacado, la demostración de la relevancia de la cuestión suscitada, pedirá la formación del recurso e indicará, además de las enumeradas en el inciso siguiente, otras piezas esenciales cuya reproducción deba integrarlo;
- II. agregada a los autos la petición, el Presidente del Tribunal de origen mandará formar el escrito que constará, por fotocopia o proceso equivalente de reproducción, la sentencia de primera instancia, la decisión recurrida, la petición de recurso extraordinaria y las piezas indicadas en el inciso anterior;
- III. el recurrido será intimado para responder a la argumentación en el plazo de cinco días;
- IV. formado el escrito, con la respuesta del recurrido o sin ella, se intimará al recurrente para que en quince días promueva su reproducción, por fotocopia o proceso equivalente, en 10 ejemplares, y pagar las costas debidas al S. T. F. (art. III y §§ 1º, 2º y 3º) iguales a las tasas para el caso de recurso de instrumento;
- V. corrección por cuenta del recurrente en el Tribunal de origen, los gastos con la formación, reproducción y remesa del instrumento;
- VI. formado, reproducido y preparado el instrumento, el Presidente del Tribunal mandará remitirlo en once ejemplares al S. T. F.;
- VII. en el S. T. F. el instrumento será registrado en la clase de "Argumentación de Relevancia" (art. 60, nº VI), prescindirá de relator y

crea el sujeto activo que nace su derecho o que determina la sumisión del demandado a su voluntad. No. La palabra debe ser interpretada en sentido amplio, o sea, abarcando ambas expresiones, las del derecho sustancial y las del derecho instrumental, pues la ley mayor habla de ley federal y ésta puede ser tanto material como formal.

Así, lo importante es verificar si la causa (de forma o de fondo) fue decidida en única o en última instancia, o mejor en único o último grado de jurisdicción.

distribuirá los ejemplares a todos los ministros, indicando en ellos la sesión del Consejo que el Presidente hubiere designado para su apreciación;;

VIII. la fecha de la sesión del Consejo, que se publicará para conocimiento de los interesados, constará apenas de la relación de las argumentaciones acogidas o rechazadas;

IX. la apreciación en Consejo no conlleva ponencia, dispensa motivación y será irrecurrible;

X. acogida la argumentación de relevancia será comunicada al Presidente del Tribunal de origen, para que haga procesar el recurso extraordinario, pero no implicará el ulterior conocimiento de éste, por el Grupo o por el Plenario.

§ 5º Cuando el recurrente suscite, además de la relevancia de la cuestión federal, otras hipótesis de exclusión de la inadmisibilidad del recurso extraordinario reguladas en este artículo, se observará lo siguiente:

I. Si el recurso fuere admitido, podrá el recurrente, aun así, en el plazo de cinco días, requerir al Presidente del Tribunal de origen el procesamiento de la argumentación de relevancia, cuyo instrumento subirá junto con los autos originales;

II. si el recurso fuere inadmitido y el recurrente además de interponer queja, también requiriere el procesamiento de argumentación de relevancia, los dos instrumentos subirán juntos;

III. la argumentación de relevancia será apreciada antes del juzgamiento del recurso o de la queja;

IV. en el caso del nº I, si la argumentación fuere acogida, el Grupo o el Plenario considerará tal decisión al juzgar el recurso; si rechazada, se limitará al examen de los demás motivos por los cuales el recurso hubiere sido interpuesto;

V. en el caso nº II, si la argumentación fuere acogida, se procesará el recurso extraordinario (§ 4º, nº X) y quedará sin valor la queja; si rechazada, se juzgará éste, limitándose a los motivos por los cuales hubiere sido interpuesto;

VI. si el recurso fuere inadmitido y el recurrente no se queja de la inadmisión, el procesamiento de la argumentación de relevancia atenderá a lo dispuesto en el § 4º.

En la primera hipótesis el colegiado decide en materia de su competencia originaria; en el segundo, recursal.

Por otro lado, se deduce sin ninguna sombra de duda, que las causas decididas en las circunstancias anotadas, por los Tribunales, también Federales, del Trabajo, Electorales y Militares, no son pasibles de ese remedio. Los Tribunales Regionales Federales a que hace mención la ley mayor, son aquellos órganos de segundo grado de la Justicia Federal (art. 106, I de la C. F.) ⁽¹²⁾.

En la expresión Tribunales de los Estados están incluidos los Tribunales de Alzada, que son órganos de segundo grado con competencia originaria y recursal, decidiendo, por tanto, en único y último grado (instancia).

Se evidencia también, que en las hipótesis en que son pertinentes el recurso de embargo infringentes ^(*) y sentencias de alza-da, aunque la decisión sea de última instancia (grado de jurisdicción) ella no es pasible de recurso especial, por haber sido proferida por juez singular y no por colegiado ⁽¹³⁾.

ART. 2º Esa enmienda entró en vigor el 1º de agosto pasado, y no se aplica lo dispuesto en el art. 308, en su nueva redacción, a las causas cuyas decisiones hayan sido proferidas hasta el 31 de julio.

Sala de Sesiones (junio 12/75). Djaci Falcão, presidente; Thomson Flores, vicepresidente; Eloy da Rocha, Bilac Pinto, Antônio Neder, Xavier de Albuquerque, Rodrigues Aickmin, Leitão de Breu, Cordeiro Guerra.

Sobre la argumentación de relevancia, ver entre otros: N. Doreste Baptista: De la argumentación de la relevancia en el Recurso Extraordinario, Forense. Río de Janeiro, 1984; Raul Armando Mendes: De la interposición del Recurso Extraordinario, Revista de los Tribunales, São Paulo, 1984; y Arruda Alvin: La argumentación de la relevancia en el Recurso Extraordinario, Revista de los Tribunales, São Paulo, 1988.

12) Constitución Federal, "art. 106. Son órganos de la Justicia Federal: I - Los Tribunales Regionales Federales; II - Los Jueces Federales".

* Recurso impetrado ante el propio juez o tribunal que profirió la sentencia o decisión, para que la aclare, reforme o revoque. Defensa del ejecutado opuesta a los efectos de la sentencia para impedir la ejecución requerida por el ejecutante.

13) Reza la ley nº 6.825 del 22 de septiembre de 1980, que establece normas para la mayor celeridad de las decisiones en el Tribunal Federal de Recursos y en la Justicia Federal de Primera Instancia: "Art. 4º En las sentencias proferidas por los jueces federales en causas de valor igual o inferior a cincuenta Obligaciones Reajustables del Tesoro Nacional, en que el interés de las condiciones del que intenta la demanda como asistente u opositor a la Unión, autarquías y empresas públicas federales, sólo se admitirán embargos infringentes de juzgado y embargos de declaración. § 1º Los embargos infringentes de juzgado, instruidos o

Finalmente, es necesario que la materia decidida sea una cuestión federal, esto es, referente a la aplicación o no de una norma federal material, o instrumental.

5. *Cuestión federal*

Esas cuestiones están insertadas en los literales a, b y c del inciso III, del artículo 105 de la Carta Mayor, y concurren cuando lo juzgado:

- 1º) contraría tratado o ley federal, o le niega vigencia;
- 2º) juzga válida ley o acto de gobierno local alegado frente a la ley federal; y
- 3º) dar a la ley federal interpretación diversa de la que le haya atribuido otro tribunal.

Siendo el recurso especial, como ya quedó evidenciado, un recurso extraordinario vinculado a materia federal no constitucional, tanto que en la vigencia de la Constitución anterior los casos arriba enumerados estaban en el ámbito del remedio extremo ⁽¹⁴⁾,

no, con documentos nuevos, serán deducidos, en el mismo juicio, en petición fundamentada, en el plazo de diez días contados en la forma prevista en el art. 506 del Código de Proceso Civil. § 2º Oído el embargado, en el plazo de cinco días, serán los autos entregados al juez, quien dentro de diez días, los rechazará o reformará en la sentencia. § 3º Los embargos declaratorios serán opuestos en petición sin audiencia de la parte contraria, en la forma de los artículos 464 y 465 del Código del Proceso Civil”.

A su vez dispone la ley nº 6.830 del 22 de septiembre de 1980 acerca de la cobranza de la deuda activa de la Hacienda Pública y de otras providencias: “Art. 34. En las sentencias de primera instancia, proferidas en ejecuciones de valor igual o inferior a cincuenta Obligaciones Reajustables del Tesoro Nacional (ORTN), sólo se admitirán embargos infringentes y de declaración. § 1º Para los efectos de este artículo, se considerará el valor de la deuda monetariamente actualizado y agregada la multa, los intereses de mora y demás costos legales, en la fecha de la distribución. § 2º Los embargos infringentes, instruidos o no, con documentos nuevos, serán deducidos, en el plazo de diez días, ante el mismo juicio, en petición fundamentada. § 3º Oído el embargado, en el plazo de diez días serán los autos entregados al juez, quien dentro de los veinte días, los rechazará o reformará en la sentencia”.

14) La Constitución Federal de 1967, con la redacción dada por la Enmienda Constitucional nº 1 del 17 de octubre de 1969, rezaba: “Art. 119. Compete al Supremo Tribunal Federal: III - juzgar mediante recurso

nos parece que, salvo mejor opinión, algunos de los principios entonces vigentes deben prevalecer, so pena de desfigurar el remedio o desvirtuar su función ⁽¹⁵⁾.

De esta forma, la cuestión federal suscitada en el recurso especial debe limitarse a su aspecto interpretativo, al derecho de un modo general ⁽¹⁶⁾.

Además, frente a esto, no se debe admitir la posibilidad de reexaminar la materia probatoria ⁽¹⁷⁾, siendo solamente permitido la discusión de lo que dice respecto a su aspecto valorativo, o de su admisibilidad de un modo general, pues, en esos casos la cuestión es de derecho y no de hecho ⁽¹⁸⁾.

Finalmente, se torna imprescindible que la cuestión federal suscitada lo haya sido en la decisión recurrida, esto es, que haya sido precuestionada, so pena de violar una tradición de nuestro derecho y de hacer imposible la actuación rápida del Superior Tribunal de Justicia ⁽¹⁹⁾. En el examen de esta materia el Colegiado

extraordinario, las causas decididas en única o última instancia por otros tribunales, cuando la decisión recurrida: a) contraría dispositivos de esta Constitución o niegue vigencia de tratado o ley federal; c) juzgue válida ley o acto de gobierno local contrario a la Constitución o ley federal; y d) le dé a la ley federal interpretación divergente de la que le haya dado otro tribunal o el propio Supremo Tribunal Federal".

15) Ver Rogério Lauria Tucci, Curso Direito Processual Civil de D. P. C., volumen 3, páginas 340 y siguientes, Saraiva, 1989.

16) En la doctrina, ver entre otros: José Afonso da Silva: *Del recurso extraordinario no direito brasileiro*, Revista de los Tribunales, páginas 164 y 165, 1963; José Federico Marques, *Instituições de direito processual civil*, volumen 4, páginas 333 y siguientes, Forense, 2ª edición; Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, volumen III, páginas 184 y siguientes, Saraiva, 5ª edición, Jurisprudencia. Ver decisión en Revista Trimestral de Jurisprudencia 88/121. En el mismo sentido Antônio de Pádua Ribeiro, *Del recurso especial para el Supremo Tribunal de Justicia*, en la Revista del Tribunal de Justicia del Estado de Pará, volumen 47, página 25.

17) Resumen 279 del S. T. F. "Para el simple reexamen de la prueba no cabe el recurso extraordinario".

18) Ver en la doctrina, entre otros: João Claudino de Oliveira e Cruz, *Dos recursos no Código de Processo Civil*, páginas 432 y 433, Forense, 2ª edición. Jurisprudencia: ver decisiones en Revista Trimestral de Jurisprudencia 87/222; 92/250; 72/472 y 91/674. En el mismo sentido Antônio de Pádua Ribeiro, trabajo, revista y página citados.

19) Tiene precedente en la Constitución de 1981 (art. 59, III, a); en la de 1934 (art. 76, III, a); en la del 37 (art. 101, III, a); en la del 46

debe ser rígido, como fue, hasta entonces, el Supremo Tribunal Federal.

Por eso, no se debe admitir precuestionamiento implícito ⁽²⁰⁾, siendo dispensado solamente en las hipótesis en que la parte recurrente no tuvo, en el juzgado "a quo", oportunidad de proponer el problema; cuando hay error en el servicio judicial o error judicial; y cuando la decisión recurrida suscite nueva e inusitada cuestión ⁽²¹⁾.

Si la cuestión no fue apreciada en el juicio a quo, deberá el recurrente, para atender al requisito antes anotado, interponer el recurso de embargos de la declaración, por medio del cual provocará la manifestación del órgano juzgador.

En lo que dice respecto de las cuestiones federales, la primera hipótesis vislumbrada en la Carta es la de acto decisorio que contraría un tratado o una ley federal, o que niegue la vigencia de los mismos (art. 105, III, a).

(art. 101, III, caput). Y en el Resumen del S. T. F. (Precuestionamiento): "Es inadmisibile el recurso extraordinario, cuando no fue ventilada en la decisión recurrida, la cuestión federal suscitada". En el mismo sentido Antônio de Pádua Ribeiro, trabajo y revista citados, página 25 y siguientes.

20) Ver acuerdos en la Revista Trimestral de Jurisprudencia, 95/670; 93/154; 103/663; 122/863.

21) "Aun, es de destacar que no siempre la parte afectada por la decisión "a quo" tiene la oportunidad de precuestionar la cuestión, pues ingresa en el juicio justamente para pronunciarse contra cualquier gravamen. Es el caso, por ejemplo, en mandato de seguridad, de los litis-consortes pasivos no citados y que entran en la causa después de haber sido proferido el acuerdo recurrido. No se puede exigir de ellos el precuestionamiento, porque lo que ellos arguyen es precisamente su ausencia en el proceso, no componiéndose la relación procesal en todas las partes necesarias.

El entendimiento está consubstanciado en el RE 91.405-RJ, cuyo relator fue el ministro Moreira Alves, en que en el juicio "a quo", por error de interpretación del artículo 694, II, del Código de Proceso Civil, consideró definitivo un rematé provisional, antes de que el rematante depositase el precio integral de la almoneda (RTJ, 99.726).

En el caso mencionado, se tiene que tener en cuenta que el precuestionamiento sólo no es exigido en dos casos: cuando hubiere error en el servicio judicial o error judicial.

Recientemente el Supremo Tribunal Federal entendió que no se puede exigir el precuestionamiento cuando la decisión recurrida suscitó nueva e inusitada cuestión (RE 99.489-RJ, 1er Grupo, j. 22-2-1983, Boletín Interno/STF, 2:13, 1983)". (Raul Armando Mendes, arriba citado, páginas 79 y 80).

Puede entenderse que contrariar o negar vigencia significa desobedecer.

Por otro lado es de notarse que la norma constitucional, para los efectos de interposición del recurso especial, equipara los tratados a las leyes federales, aunque sean institutos diversos.

Tratado desde el punto de vista jurídico "es el convenio, o acuerdo, la declaración o el ajuste firmado entre dos o más naciones, en virtud del cual las asignatarias se obligan a cumplir y respetar las cláusulas y condiciones que en él constan, como si fuesen verdaderos preceptos del derecho positivo" ⁽²²⁾.

El acuerdo no es ley, pues siendo un acto internacional, obliga "al pueblo en su conjunto, obliga al gobierno en su orden externo, y no al pueblo en el orden interno" ⁽²³⁾ pero una vez refrendado por el Congreso Nacional, debe ser respetado como si fuese ley ⁽²⁴⁾.

Esta, la ley, para servir de motivo al remedio especial tiene que ser federal, esto es, emanada del Congreso Nacional, no pudiendo interpretarse ampliamente el término: primero, porque él no lo admite; y segundo, porque tal entendimiento descaracterizaría el recurso ⁽²⁵⁾.

El otro caso, que hace posible la utilización del recurso en estudio, es el del acto decisorio que juzga válida la ley o el acto de gobierno local contrario respecto de la ley federal (art. 105, III, b).

El Brasil es una república federativa y como tal la norma federal no puede ser contrariada por acto o ley de las unidades que la componen, bajo pena de imperar el caos y el desorden legislativo.

22) De Plácido e Silva, *Vocabulario Jurídico*, volumen IV, página 1.591, Forense, 1963. "Conviene destacar, que tratado en sentido amplio en el texto constitucional, se entiende como convención, o acto o protocolo, o ajuste, o pacto, o acuerdo internacional y el concordato" (Raul Armando Mendes, obra citada, página 31). En el mismo sentido José Afonso da Silva, obra citada, página 205.

23) Amílcar de Castro, apud José Afonso da Silva, obra citada, página 20.

24) Artículo 84, inciso VIII y artículo 49, inciso I de la Constitución Federal.

25) En el mismo sentido Raul Armando Mendes, obra citada, página 36; y José Afonso da Silva, obra citada, páginas 213 y siguientes. Contrariamente, en el sentido amplio, abarca decretos, reglamentos, resoluciones, avisos y otros actos normativos, Antônio de Pádua Ribeiro (trabajo y revista citados, página 30).

Así, la hipótesis antes mencionada tiene por fin, como ya quedó expresado, mantener el primado de la ley federal.

Cuando la Carta habla de ley o acto de gobierno local, quiere significar oriundo de las autoridades de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios que componen la Unión, la organización político-administrativa del Brasil (art. 18 de la C. F.).

Así, no solamente la ley estadual o municipal puede dar ocasión al recurso especial, sino también cualquier acto administrativo normativo desde que haya "nexo de causalidad entre la decisión recurrida que consideró válido el acto de gobierno impugnado, y la pérdida o derrota del recurrente" ⁽²⁶⁾, frente, obviamente, de la ley federal.

Nótese, además, que aunque los Territorios sean considerados como integrantes de la Unión (art. 18, 2º de la C. F.) siendo sus leyes emanadas del Congreso, de naturaleza federal, como en la vigencia de la Constitución anterior en ésta debe prevalecer la interpretación, en el sentido de que si la vigencia de la ley está restringida al Territorio, ella no es ley federal, pero sí ley local y por tanto, si fuere contraria a una ley federal puede dar lugar al recurso especial ⁽²⁷⁾. Lo mismo se dice respecto del acto administrativo normativo.

Finalmente, se trata la última cuestión, de la interpretación divergente dada a la ley federal por el órgano juzgador, teniendo

26) José Antonio Silva, obra citada, página 227. El mismo autor asevera:

"Es pacífica la comprensión de que la expresión, ley o acto de gobierno local tanto se refiere a los actos del Poder Legislativo, como a los del Ejecutivo y a los del Judicial locales.

Gobierno en el texto constitucional, significa órganos de la administración de la cosa pública, en su sentido más amplio, abarcando los tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial. Se entiende por acto o ley todos los instrumentos públicos que con esos órganos cumplen las respectivas funciones. Se excluyen, tan sólo, como es obvio, los actos de los órganos jurisdiccionales en la solución de las cuestiones procesales o procedimentales, como sentencias, despachos procesales, en fin, las decisiones judiciales, tanto en los procesos de jurisdicción contenciosa como en los de jurisdicción voluntaria". (Obra citada, página 224).

27) La decisión descrita a continuación, aunque se refiere al Distrito Federal, tiene perfecta aplicación, "permissa venia", mutatis mutandis a los Territorios. "La ley 1.301 de 1950, aunque emanada del Congreso Nacional, se destina a la vigencia restricta del antiguo Distrito Federal (hoy Estado de Guanabara) no es ley federal, es ley local" (RE 52.948, Rel. Min. Luiz Galloti, DJ 12 nov. 1964, página 4.106) citado por Raul Armando Mendes, obra citada, página 47.

en cuenta la de otros tribunales acerca de la misma materia (art. 105, III, c).

Aquí la ley mayor tiene por objetivo la unificación de la jurisprudencia nacional acerca de la aplicación de la misma ley, a fin de obtener la certeza y la seguridad en las relaciones sociales.

Por tanto, se torna imprescindible que al acto decisorio divergente sea de otro tribunal y no de aquel cuya decisión se está recurriendo, y que el disenso verse sobre un asunto jurídico general, no siendo necesario, "que la divergencia se verifique en la interpretación de regla de la misma ley, se exige que sea la misma disposición, el mismo asunto general, aunque la norma pertenezca a ley diferente" ⁽²⁸⁾.

Así, si el disenso fuere entre Grupos, Cámaras, Grupo de Grupos y Grupo de Cámaras de un mismo Tribunal, no es procedente el recurso especial. El caso admite conseguir la uniformidad de la jurisprudencia prevista en el Código de Proceso Civil, artículos 476 y siguientes ⁽²⁹⁾.

La divergencia deberá ser probada por certificado o copia autenticada, o mediante indicación del número y la página del periódico oficial, o del repertorio de jurisprudencia que lo hubiere publicado ⁽³⁰⁾ con la transcripción de los apartes que configuran el disenso, mencionadas las circunstancias que lo identifican o asemejan a los casos confrontados ⁽³¹⁾.

28) José Afonso de Silva, obra citada, página 239.

29) "Art. 476. Compete a cualquier juez al dar el voto en el grupo, cámara o grupo de cámaras, solicitar el pronunciamiento previo del tribunal acerca de la interpretación del derecho, cuando: I - verifique, que a su respecto, ocurre divergencia; II - en el juzgamiento recurrido la interpretación fuere diversa de la que le haya dado otro grupo, cámara o grupo de cámaras o cámaras civiles reunidas. Parágrafo único. La parte podrá al defender el recurso o en la petición separada, requerir fundamentadamente, que el juzgamiento obedezca a lo dispuesto en este artículo".

30) Artículo 542, Parágrafo único del Código de Proceso Civil, y artículos 255, § único del Reglamento Interno del Superior Tribunal de Justicia.

31) El Reglamento Interno del Supremo Tribunal Federal, para el caso del recurso extraordinario, exige que el repertorio de jurisprudencia sea oficial o autorizado, indicando en el artículo 99, incisos y parágrafo único los que así son considerados.

Con relación al recurso especial, creemos que esa restricción no puede existir, aunque el Reglamento Interno del Supremo Tribunal de Justicia

Como, obviamente la Constitución no estableció el rito procesal del nuevo remedio y teniendo en cuenta su autoaplicabilidad, debe adoptarse hasta cuando sea dada a luz la ley reglamentaria, analógicamente, el procedimiento establecido en el Código Procesal Civil para el recurso extraordinario (arts. 541 a 546) ⁽³²⁾ con las debidas adaptaciones.

haya adoptado la misma orientación en los artículos 255, párrafo único, 128 y 129. Lo importante es que el repertorio sea de gran circulación. No se debe dejar al albedrío del Tribunal la escogencia, pues tal circunstancia podrá acarrear, y ciertamente acarreará, perjuicio a las partes que invocaren un repertorio que, aunque de amplio conocimiento, no está enlistado por el Colegiado como autorizado.

La exigencia que consta en los mismos reglamentos referentes "a transcripción de párrafos que configuren el disenso, mencionando las circunstancias que lo identifican y asemejan a los casos confrontados", no es más que un presupuesto objetivo de todo recurso, cualquiera que sea la fundamentación.

32) Ver Rogério Lauris Tucci, obra y volumen citados, páginas 361 y siguientes. "Art. 541. Cabrá recurso extraordinario ante el Supremo Tribunal Federal de las decisiones proferidas por otros tribunales, en los casos previstos en la Constitución de la República. Art. 542. El recurso será interpuesto dentro de los quince días, ante el presidente del tribunal al que se recurre, mediante petición que contendrá: I - la exposición del hecho y del derecho; II - los fundamentos jurídicos de la petición de reforma de la decisión. Párrafo único. Cuando el recurso extraordinario se fundare en diferencia entre la interpretación de la ley federal adoptada por el juzgado ante el que se recurre y la que le haya dado cualquiera de los otros tribunales o el Supremo Tribunal Federal, el recurrente hará la prueba de la divergencia mediante certificación, o indicando el número y la página del periódico oficial, o del repertorio de jurisprudencia que lo hubiera publicado. Art. 543. Recibida la petición por la secretaría del tribunal y allí protocolizada, se intimará al recurrido, abriéndose la vista por el plazo de cinco días para impugnar la procedencia del recurso. 1º Terminado ese plazo, serán los autos, con o sin la impugnación, entregados al presidente del tribunal, el cual, en despacho motivado, admitirá o no el recurso, en el plazo de cinco días. 2º Admitido el recurso, en el plazo de cinco días. 3º Presentadas o no las razones, los autos serán remitidos, dentro de los quince días, a la secretaría del Supremo Tribunal Federal, debidamente preparados. 4º El recurso extraordinario será recibido únicamente en el efecto devolutivo. Art. 544. Denegado el recurso, cabrá el recurso de queja para el Supremo Tribunal Federal, en el plazo de cinco días. Párrafo único. El recurso será instruido con las piezas que fueren indicadas por el recurrente, en las que deben constar obligatoriamente, el despacho denegatorio, el certificado de su publicación, la decisión recurrida y la petición de interposición del recurso extraordinario. Art. 545. La preparación del recurso extraordinario será hecha en el tribunal de origen, en el plazo

Bajo este aspecto, debe destacarse que el remedio, interponible ante el presidente del tribunal al que se recurre, cabe para el Tribunal Superior de Justicia, siendo del mismo tribunal la competencia para la apreciación del recurso interpuesto contra el acto decisorio del Colegiado "a quo" que no admitió el recurso.

La cuantía depositada en el tribunal de origen, abarcará las costas debidas al Tribunal Superior de Justicia, obedeciendo el procedimiento y el juzgamiento del recurso conforme lo dispusiere el reglamento interno de la mencionada Corte ^(32.a).

El plazo para la interposición es de quince días, lapso para los recursos en general ⁽³³⁾.

Dada la naturaleza especial, en que se discute exclusivamente el derecho, él tiene que ser recibido sólo en el efecto devolutivo ⁽³⁴⁾ siendo posible, en consecuencia, la ejecución provisoria de la sentencia.

Si la decisión del Tribunal Superior de Justicia proferida en juzgamiento de recurso especial, difiere de lo juzgado por otro ór-

de diez días, contados desde la publicación del despacho a que se refiere el art. 543, 1º, bajo pena de desistimiento, y abarcará las costas debidas al Supremo Tribunal Federal, así como los gastos de remesa y de retorno de los autos. Parágrafo único. Podrá el recurrido requerir carta de la sentencia para la ejecución de la decisión recurrida, cuando fuere el caso, incluyéndose en los gastos los de reproducción de la carta en la cuenta de costas del recurso extraordinario que serán pagas por el recurrente. Art. 546. El proceso y el juzgamiento del recurso extraordinario, en el Supremo Tribunal Federal obedecerán a lo que dispusiere el respectivo reglamento interno. Parágrafo único. Además de los casos admitidos en la ley, es recurrible en el Supremo Tribunal Federal, la decisión del Grupo que en recurso extraordinario o recurso de instrumento, diverja del juzgamiento de otro Grupo o del Plenario".

32a) Artículos 263 a 265 del Reglamento Interno del Superior Tribunal Federal.

33) "Art. 508. En todos los recursos, salvo el de queja y el de los embargos de declaración, el plazo para interponer y para responder, será siempre de quince días". Reza el artículo 255 del Régimen Interno del Superior Tribunal de Justicia que "El recurso especial será interpuesto en la forma y en el plazo establecido en la legislación procesal vigente, y recibido en el efecto devolutivo".

34) Ver artículo del Reglamento arriba transcrito.

gano de la misma Corte, contra esas decisiones procede el recurso de embargos de divergencia ⁽³⁵⁾.

35) "Art. 546, parágrafo único del Código de Proceso Civil y artículos 266 y 267 del Reglamento Interno del Superior Tribunal de Justicia. Constituyen los embargos de divergencia un recurso que tiende a obtener la uniformidad de la jurisprudencia en el Tribunal.

Acerca de la materia, ver Nuevos Embargos Infringentes, páginas 121 y siguientes, Saraiva, 1ª edición.

EL DERECHO DE ACCION

*Beatriz Quintero de Prieto **

1. *La acción en el derecho romano* 2. *Principales teorías acerca de la naturaleza de la acción* 3. *Conclusiones.*

Intento presentar esta temática desde un ángulo amplio, objetivo y científico, lo cual como propósito, es encomiable. Entre muchas dificultades encuentro la adicional de observar que esta voz proteica tiene muchas acepciones tanto en la terminología filosófica como jurídica; tanto en sus raíces como en su estructura actual. Una marcada penumbra conceptual ha nublado la institución desde siempre; las teorías en torno a su naturaleza se han sucedido en el decurso de la historia reemplazándose a veces, otras coexistiendo en disputa incesante.

Tal vez hoy sea pacífico entender que la acción es un derecho, con autonomía propia frente al mismo derecho sustancial, y tan solo esto, porque la clasificación que le corresponda dentro del género mismo de los derechos ya es polémica, tanto más las cualidades intrínsecas que se le atribuyan y le individualicen como tal, como derecho de acción, mirado frente a los demás.

Toda esta batalla científica librada por la filosofía y por la teoría general del derecho en la conquista de su esencia misma no ha sido extraña a este instituto y continúa formando parte de esa bandera de combate el engastamiento científico del concepto en sus esquemas. Es una franja multifacética en la que encuadran inquietudes: si el derecho subjetivo se distinga del objetivo, si tenga como elemento característico una voluntad o un interés, si el Es-

* Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal, Magistrada de la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín y Profesora de la teoría del proceso en la Universidad de Medellín.

tado pueda entronizarse como uno de los polos de la relación jurídica correspondiente al derecho subjetivo, si la libertad sea un derecho, si el denominado derecho de petición o si éste de la acción encuentre o no autonomía en el campo asignado al derecho subjetivo público, si Kelsen, si Windscheid, si Vön Ihering, si Roguin, si Aftalión, si García Maynez, son todas etapas que deben agotarse con intensidad por lo menos para concluir que el verdadero campo de la temática está reservado al derecho procesal.

Los análisis que hoy ya son historia superada en rededor de esta materia se traen a cuento porque de alguna manera arrojan luz sobre el entendimiento moderno del instituto.

1. *La acción en el derecho romano*

Una definición de Celso (siglo segundo después de Cristo, época del *Ordo Iudiciarum Privatorum* en el desenvolvimiento del proceso romano) sirve como mojón liminar a este estudio: “*nihil aliud est actio quam ius persequendi in indicio quod sibi debetur*”: nada distinto es la acción del derecho de perseguir en juicio cuanto se nos debe. Es Roma y es su sistema jurídico en el que primordialmente campean *las acciones*. Desde las Doce Tablas con el procedimiento de las *actio legis*, o *acciones de la ley*, como jurisprudencia pontifical en donde la acción era la fórmula textual y sagrada que el pontífice entregaba a cada interesado para el singular reclamo, y luego en la ley *Abulia* y en Las Dos Julias, con el procedimiento *Formulario* cuando es el pretor o magistrado (edicto del pretor) quien redacta la fórmula ante el reclamo del interesado, son siempre las *acciones*, por encima de los *derechos*, las que importan, porque éstos son definidos por aquéllas: no es tanto el derecho de propiedad cuanto la denominada *acción reivindicatoria*. La consideración principal corresponde a *la acción* y la accesoria al *derecho* que ella defiende.

Pero Roma duerme sobre sus instituciones y es solamente luego, Ortolán⁽¹⁾ quien se cuestiona si para entonces la acción hubiera significado verdaderamente esa *fórmula* descriptiva del

1) Ortolán: *Explication historique des instituts de l'Empereur Justinien* cuarta edición, tomo I. París Joubert, 1847 p. 117, citado por Luis Dorantes Tamayo “Elementos de teoría gradual del proceso”. Porrúa S. A. Méjico, 1983.

derecho, que el pretor confeccionaba en la etapa *in ius*, o si en cambio lo fuera *el derecho a reclamar la fórmula misma*. Posteriormente viene el siglo tercero después de Cristo, Augusto, época de *La extraordinaria cognitio* y Ortolán analiza la *acción* como el reclamo que se hace de la jurisdicción del emperador, ante el juez, ya un oficial del Estado y en un proceso escrito.

De todas maneras Roma nunca emerge de la conocida en doctrina como *la concepción monista de la acción y el derecho subjetivo*, privado, sustancial, civil, para mayor precisión.

Después los bárbaros invaden a Roma y casi insensiblemente el derecho Germano matiza las instituciones romanas, complejo que a la vez padece la nefasta influencia de la *Santa Inquisición*. Finalmente Bologna despierta a los estudios romanísticos del derecho procesal en el siglo XIII. Es el período de las prácticas forenses sí pero también se inicia el estudio teórico del proceso romano en las universidades.

2. *Principales teorías acerca de la naturaleza de la acción.*

Con respecto a lo que sea la acción en sí misma, a su manera de ser íntima, se han distinguido las escuelas en su histórica discrepancia.

Escuela clásica o monista.

Una primera tendencia, primera en el tiempo, es la escuela o teoría clásica o monista que identifica la acción con el mismo derecho sustancial es la teoría *unitaria* de la *acción y el derecho*. La acción es solamente un elemento del derecho sustancial o un aspecto del mismo; se relaciona la idea de acción con la de lesión de un derecho sustancial, como un poder inherente al derecho subjetivo de reaccionar contra su violación. Como antes se anotara, se han señalado los orígenes de esta concepción especialmente en la definición de Celso.

Dentro de esta corriente clásica o monista cabe distinguir algunos doctrinantes de importancia, los cuales, pese a que se con-

servan dentro de los linderos de la concepción unitaria, han demarcado posturas.

Demolombe

La elaboración de los códigos marca las respectivas eras y también las concepciones filosóficas y jurídicas de los pueblos en la historia del derecho y de una manera muy especial lo hicieron los códigos napoleónicos. Año de 1806. Demolombe es civilista. Para entonces el derecho civil ha conquistado la preeminencia de que goza durante siglos; ya no es más la acción lo primero y el derecho subjetivo lo segundo sino a la inversa; el derecho subjetivo civil es la entidad importante y la acción es su apéndice, una sola cosa con aquél. Es de esta época la máxima: *No hay derecho sin acción*, y solo de retruécano: *No hay acción sin derecho* ⁽²⁾.

Garsonnet

Pertenece a la época del procedimentalismo francés, todavía dentro de la concepción monista del derecho y la acción, pero tal vez el carácter de su especialidad procesal, le permite por lo menos entender que si bien la entidad se conciba como una sola, esa misma presenta dos facetas, como las dos caras de una moneda: una faceta estática que se componga como el derecho subjetivo y una faceta dinámica que corresponda a la acción y que cobre relevancia cuando el derecho subjetivo es desconocido o violado. Y a la verdad que Francia no avanza en este sendero, ni siquiera hoy, porque todavía Jappiot, Glasson y Tissier permanecen en la concepción de que la acción sea apenas el derecho sustancial violado que reacciona.

Savigny

Marca ya un momento de transición importante; introduce un concepto nuevo cuando entiende que la violación del derecho sustancial da origen a otro derecho el cual tiene por contenido una obligación del violador de cesar en la violación. Pero este derecho de acción depende de la existencia del derecho sustancial y de su violación. Pese entonces a su avance permanece en la concepción monista porque la acción como derecho no tiene autonomía.

2) Demolombe. *Cours de Napoleón Code* Vol. 9. Cita de Luis Dorantes Tamayo "elementos de teoría general del proceso", junio 1983, México, página 31.

Teorías de la autonomía de la acción.

La nota común de estas teorías es, como resulta del mismo enunciado que otorgan autonomía conceptual a la *acción* frente al *derecho sustancial*. Ofrece dos variantes, la *concreta* y la *abstracta*. Ambas se han desenvuelto en sentido diverso pudiendo pregonarse que es más antigua la concreta que la abstracta.

La polémica Windscheid-Mutter y el nacimiento de las teorías autónomas del derecho de acción

Es el año de 1856 en Alemania que viene empeñada en un esfuerzo científico importante en busca de la elaboración de sus códigos. Windscheid es un profesor universitario de apenas cuarenta años pero con una merecida trayectoria en la cátedra y con teorías y conceptos propios ya publicados fruto de sus consagrados estudios romanísticos y civilísticos. Recuérdese su concepción acerca de la esencia del derecho subjetivo como radicada en una facultad de obrar como una *voluntad concreta* frente a la voluntad general que implique el derecho objetivo ⁽³⁾. Pone entonces en circulación un ensayo que intitula *La actio de derecho civil romano desde el punto de vista del derecho actual* ⁽⁴⁾ el cual viene a constituirse como el primero de los tres escritos que componen la polémica. El estudio acentúa ese mismo aspecto que ya este trabajo se preocupó por puntualizar; que al paso que en Roma la acción era el derecho, ya en su época en Alemania el derecho es primero que la acción, pero que además, esa *actio romana* es la *anspruch* o *pretensión material* concebida como el *reclamo de la prestación debida* cuando debe trasladarse al proceso.

En definitiva, el solo logro del escrito de Windscheid, su más feliz doctrina es el descubrimiento del concepto de *pretensión material*, diciendo ver en ella, en ese reclamo de la prestación debida, el equivalente moderno de la *actio*. Es, como se dijera, la *anspruch*, concepto que el propio Windscheid reelaboró en las *pandectas* y que alcanzó su apogeo con la explícita formulación legislativa del concepto en el artículo 194 del código civil alemán, en cuya redacción participó: años de 1880-83.

Para Windscheid el concepto moderno de acción coincide entonces con el de pretensión material (tal vez influenciado por su

3) Rudolf von Ihering *La dogmática jurídica*. Buenos Aires 1946, cita de Aftalión. *Introducción al derecho*, 11a edición AIKH Buenos Aires, 1980.

4) Bernhard Windscheid. *Polémica*, EJEA Buenos Aires, 1974.

idea de la esencia del derecho sustancial subjetivo como voluntad concreta). Sostiene que toda violación o desconocimiento de un derecho sustancial origina una pretensión en favor del lesionado y en contra del violador para obtener el resarcimiento del daño o la satisfacción de la obligación. Esa pretensión se puede lograr en forma espontánea cuando quien dio lugar a ella repara el daño o paga lo debido; pero en otras ocasiones es preciso acudir ante la jurisdicción y así la pretensión material se convierte en acción. *La acción es entonces la preterición material deducida en juicio* y el concepto de *Klargerech* (acción propiamente tal) desaparece como concepto sin actualidad ⁽⁵⁾.

Theodoro Muther

En 1857 publica su escrito de réplica a Windscheid: *La teoría de la acción romana y el derecho moderno de obrar* ⁽⁶⁾. El estudio de Muther nace de una orientación de abierta y sola oposición a la obra de Windscheid; por esa su desnudez urticante tuvo menos resonancia que el de su antecesor pero también es debido ello a la diferente autoridad que cada uno tenía sobre los receptores de las ideas: Muther contaba treinta años de edad cuando provocó la polémica, apenas un año antes había sido nombrado profesor extraordinario de la universidad de Koenisberg, aparecía sí como poseedor de un especial conocimiento de la materia procesal por cuanto había frecuentado la escuela de Kohler en Berlín. Muther es pues el científico del derecho procesal al paso que Windscheid es el romanista y el civilista; Muther murió a los cincuenta y dos años de edad, pero es él, pese a su carácter agrio que le vuelve impopular, el que traza el verdadero camino procesal.

La acción se separa del derecho civil definitivamente y pasa al derecho procesal en el escrito de Muther, como derecho público subjetivo en el cual existe un obligado y éste es el Estado: la *actio romana* no es algo equiparable a la *Anspruch*, es el derecho a obtener la fórmula de manos del pretor o magistrado.

El escrito de Muther tiene en realidad el siguiente tema: *Sobre la doctrina de la actio romana del derecho de accionar actual, de la litiscontestatio y de la sucesión singular en las obligaciones*. El prólogo de su escrito relievra ya todo el propósito crítico: "quien al realizar investigaciones histórico-dogmáticas haya advertido que

5) Bernhard Windscheid. *La actio en el derecho civil romano*. Polémica página 8.

6) Theodoro Muther. Op. cit., página 200.

las opiniones más infundadas que alguno vierte son frecuentemente aceptadas sin ningún examen por otros, y conquistan a través de la fuerza consagradora de una tradición ultrasecular, una posición prácticamente inatacable, estará convencido como yo de que es útil someter a toda nueva doctrina a una crítica aguda y detallada en el momento mismo de su nacimiento. El objetivo principal de mi trabajo es quitar de en medio la nueva teoría de Windscheid". Pone luego de presente que no conoce siquiera a Windscheid y que su controversia es en contra de su doctrina.

Algunos conceptos de su polémica: la acción no es un anexo del derecho originario ni un agregado a su contenido, sino un derecho singular que existe junto al otro como protección; con la violación del derecho originario se tienen dos derechos de naturaleza pública: el del lesionado hacia el Estado para la obtención de la tutela estatal y el del Estado contra el autor de la lesión para procurar el remedio correspondiente a la violación y a su daño. *Actio* es la pretensión del titular del derecho dirigida al pretor para la expedición de la fórmula con el propósito de lograr la composición de su derecho sustancial violado; aún con posterioridad al período del derecho formulario continuó el concepto de que a consecuencia de la lesión de un derecho nace otro: el derecho a la tutela estatal surgido con el derecho originario y preexistente a la lesión misma. Si bien, anota todavía Muther, la estructura del proceso ha cambiado esencialmente, ese derecho a la tutela del Estado persiste como figura y de manera menos condicionada que antes, porque hoy todas las personas son admitidas en el proceso con base en la simple afirmación de que existe una lesión del derecho. También para él, concluye, como para los romanos, el presupuesto del derecho a la tutela estatal es otro derecho y la lesión de éste.

Réplica de Windscheid a Muther

En el mismo año de 1857 se publicó la réplica intitulada *La actio, réplica al doctor Theodoro Muther*. Windscheid argumenta entonces que no fue su intención referirse a ese concepto de *acción* el cual solo de manera impropia podrá significar *derecho de actuar*: la acción así sería el acto de actuar en juicio: la *Klagerecht* ⁽⁷⁾.

En realidad la *acción* se separa del derecho civil y se yergue como un derecho autónomo público que se ubica en el derecho procesal, en la obra de Muther. Windscheid solamente llega hasta la idea de la pretensión material.

7) Bernhard Windscheid. *La actio, réplica...* Op. cit., página 295.

Con la polémica y especialmente por obra de Muther nació el derecho procesal científico al lograr autonomía una de sus instituciones; otras, la alcanzarán luego, la institución del proceso, por ejemplo, en la obra de Oscar Von Bülow.

Es lo cierto también que Muther no determina un camino decidido hacia la concepción *concreta* o la *abstracta* del derecho de acción. Windscheid, sin quererlo, en su último escrito, se presenta como el precursor de las teorías abstractas. Es *Adolfo Wach* quien elabora el concepto de Muther y dá nacimiento a la *Escuela concreta de la acción*.

Teorías concretas de la acción.

Su denominador común se objetiviza como un reclamo de una tutela concreta que formula el titular del derecho sustancial para la obtención de una sentencia favorable. Entre los militantes de esta escuela se dan actualmente algunas variantes.

Adolfo Wach

Wach concibe la acción como *un derecho concreto a la tutela jurídica para la obtención de una sentencia favorable*. Expone su teoría en su *Manual de derecho procesal civil alemán* y también en su libro *La pretensión de declaración*. Estructura este derecho como posible de ser esgrimido frente al Estado y en contra del demandado como una precisa y concreta reclamación de un derecho sustancial singular, el cual aspira a que le sea concedido en sentencia favorable. Es un derecho autónomo, diverso por lo mismo del derecho sustancial reclamado, subjetivo, público por cuanto uno de sus sujetos pasivos es el Estado, concreto, referido entonces con un vínculo definitivo conceptual al derecho sustancial singular que se depreca, dirigido igualmente en contra del demandado. Concreto, además, explica, porque no corresponde a cualquier persona sino apenas al efectivo titular del derecho sustancial sometido.

Giusseppe Chiovenda

El maestro italiano pronuncia su discurso en la Universidad de Bologna en 1903 *La acción en el sistema de los derechos*; en él expone su teoría de la acción como *Derecho potestativo* y le asigna unas características peculiares pero en tal forma que retrocede a la consideración de la naturaleza privada del derecho de acción suprimiendo cualquier relación posible que éste signifique frente

al Estado para circunscribir como sujeto pasivo exclusivamente al demandado. Define la acción como *El poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley*. La índole del derecho de acción sigue siendo procesal pero es privada porque se dirige apenas contra el obligado y la intervención del Estado en nada cambia su naturaleza.

Entiende por derecho potestativo un *tertium genus*, al lado de los reales y los personales, cuyo objeto consiste en crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas o derechos subjetivos que no dependen de la sola voluntad del titular y sin que corresponda a ellos una correlativa sujeción de la parte sobre la cual se ejercen. Chiovenda se refiere al derecho objetivo y al subjetivo como concepción dual y es en la categoría del subjetivo en donde distingue los reales y los personales, los cuales producen derechos en un sujeto, correlativos a la obligación o deber de otro; y al lado de ellos clasifica los que denomina *Derechos potestativos* como situaciones en las cuales la ley concede a alguien el poder de influir con su manifestación de voluntad en la condición jurídica de otro, sin el concurso de la voluntad ajena, lo cual puede lograrse haciendo cesar un preexistente estado de derecho o produciendo un nuevo efecto jurídico, como es el caso del cónyuge para obtener la separación de bienes o el divorcio.

Una síntesis de su pensamiento puede ser la siguiente: a veces el derecho no se actúa espontáneamente por el cumplimiento del obligado y ni siquiera es suficiente esa voluntad de cumplimiento para su actuación. Así ocurre por ejemplo con el divorcio. En referencia con ellos solamente la intervención estatal puede lograr su actuación. Empero, el Estado no interviene espontáneamente sino después de que el particular formula su petición y esa petición es la acción. El derecho potestativo es pues un "poder en virtud del cual su titular puede influir sobre situaciones jurídicas preexistentes, modificándolas, extinguiéndolas o creando otras nuevas, mediante una actividad unilateral propia".

El derecho potestativo no es un derecho de prestación porque no existe la obligación correlativa; el demandado no debe hacer nada pero tampoco puede apartar de sí el efecto, es una situación jurídica de sujeción pero no una de obligación.

Es también Santiago Sentís Melendo quien entrega traducido este otro pilar de la teoría del proceso, discurso de Chiovenda sobre la acción. Este su discurso se inicia con un elogio a Bologna a la que aprecia como el emporio científico del derecho procesal

a la par que Roma lo sea del derecho civil. Reconoce que desde hace cincuenta años Alemania trabaja en la doctrina procesal científica de la acción. Cuando alude al estudio de Windscheid así se expresa: "no se puede decir que este trabajo del celebrado pandectista alemán haya favorecido directamente a la claridad de las ideas en nuestro tema: inició más bien una serie de cuestiones interminables, una verdadera persecución de sombras, todavía no concluida teniendo por objeto la determinación precisa del concepto de Anspruch. Ya que cada uno entiende a su modo, algunos, más fieles a Windscheid, entienden el mismo derecho real como un complejo de Anspruch...". No es muy elogioso Chiovenda cuando se refiere al maestro alemán. Por cuanto concierne a Muther expresa: "éste último pareció que refutase la nueva crítica de los conceptos dominantes: en realidad no hacía más que completarla dedicándose a la investigación del elemento negado por Windscheid". Se refiere Chiovenda al derecho de accionar que entendió negado por Windscheid en el concepto moderno de la *actio* al identificarlo con la pretensión material y avanza: "Muther llegó así a concebir el derecho de accionar como un derecho frente al Estado en la persona de sus órganos jurisdiccionales, como un derecho a la fórmula, o, para nosotros, a la *tutela jurídica*. A este derecho subjetivo público que tiene por presupuesto un derecho privado y su violación, corresponde en el Estado no solo el deber respecto al titular del derecho de impartirle la tutela, sino también un derecho subjetivo suyo, del Estado, público, se entiende, de realizar contra el particular obligado la coacción necesaria para obtener de él el cumplimiento de sus obligaciones". Es ésta una interpretación magistral que hace Chiovenda del pensamiento de Muther, como puede apreciarse. Y se adentra aún más Chiovenda en su crítica del pensamiento de la acción como un derecho público, colocando en tela de juicio igualmente la concepción abstracta de Bülow a la que menciona como "nueva dirección publicística en la doctrina del derecho de accionar" ⁽⁹⁾, nueva por cuanto concibe como *abstracto* el derecho de *accionar* al entender el proceso como figura jurídica por sí misma, separándolo y hasta contraponiéndolo a la relación jurídica privada; relación de derecho público que es fundada por la demanda judicial y que tiene naturaleza formal, de donde el derecho de las partes en la relación procesal tiende a la sentencia *pero no a una determinada sentencia*. Se en-

8) Giuseppe Chiovenda. *La acción en el sistema de los derechos*, Temis, 1986.

9) Giuseppe Chiovenda. Op. cit., página

ruta así Chiovenda definitivamente hacia su destino: hacia la concepción del *derecho concreto de acción*: “no existe un derecho de accionar independiente de un efectivo derecho privado o de un interés que pueda conducir a una sentencia favorable” y pregona el derecho de acción como *el derecho a la sentencia favorable* expresando que se apoya en el concepto de Wach de la acción como derecho a la tutela jurídica y que no es más que una reproducción del pensamiento de Muther como desarrollo de la tesis de la acción como derecho a la tutela jurídica correspondiente, frente al Estado para que la imparta y frente al adversario para que la soporte.

Y así Chiovenda, se encasilla también en la escuela concreta, todavía en íntegra confusión de los conceptos de *pretensión procesal*, de *acción* y de *demanda*: el que concibe la acción como un derecho concreto a la sentencia favorable y que se tiene contra el adversario, por el titular efectivo del derecho sustancial. En síntesis, a la par que Chiovenda regresa a la concepción privada del derecho de acción avanza con paso firme en el camino de la autonomía de esta noción con respecto al derecho sustancial y a la misma pretensión material. Una cosa es el derecho a la prestación, dice, y otra el poder de provocar la coacción del Estado; pero eso la acción puede nacer y extinguirse independientemente del derecho sustancial y está regida por la ley procesal. Empero, y consecuente con su escuela de la *autonomía concreta* realza su postura de que existe un lazo conceptual entre acción y derecho sustancial, entre acción y obligación, esa precisa prestación sustancial que se reclama, como su objeto.

Después de Chiovenda

Luego de Chiovenda y en la época moderna se forjan elaboraciones con más pureza teórica tal vez, como la de Liebman, como la de Vescovi, como la de Montero Arocca, que hasta se dicen pertenecer a la escuela abstracta pero que en la práctica sin embargo niegan autonomía al concepto de acción en referencia con el de pretensión procesal y con el de demanda, y por lo mismo, persisten de hecho en la concepción concreta de la acción.

Muy bien podría comprenderse que la teoría concreta de la acción fuera una etapa superada en el camino científico, como peña que hubiera aprovechado la escuela abstracta en su tarea depuradora del concepto. No puede sin embargo formularse una tal aseveración porque es lo cierto que autores contemporáneos de gran

importancia en el derecho procesal continúan aferrados a su significación concreta y de ello es prueba por ejemplo la insistencia con la cual se *clasifican* las acciones, clasificación que va desde una total presentación de acciones que correspondan a los diversos derechos, hasta la más general, que distingue las que denomina “acciones declarativas”, “acciones constitutivas”, “acciones de condena”, aceptable solamente como referida a direcciones de la única acción y apenas por reflejo de las denominadas direcciones de la jurisdicción. Cualquier intento de clasificación implica concreción y por lo mismo multiplicidad. Lo abstracto, lo que es único no admite clasificación.

Aún más, Juan Montero Arocca acaba de lanzar ⁽¹⁰⁾ su teoría según la cual la concepción de la escuela concreta y la de la abstracta, sean apenas dos maneras de entender la institución, perfectamente compatibles porque cada una designe una diversa realidad procesal y así la teoría concreta simplemente busque explicar las relaciones entre el derecho sustancial y el proceso: cómo se pasa del derecho sustancial al proceso, y la abstracta explique en cambio por qué se inicia la actividad de los órganos jurisdiccionales y se llega hasta el fin del proceso. Es siempre esa resistencia a admitir a plenitud el significado de la institución de la *pretensión procesal*, éste sí, reclamo concreto.

Antecedentes de la teoría abstracta.

Oscar Von Bülow en su obra “La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales” ⁽¹¹⁾ publicada en 1868 pergeña ya los fundamentos de esta teoría; Degenkolb en Alemania en 1877 y Plozz en Hungría 1880, son los precursores. Los antecedentes pueden igualmente intuirse en la última parte de la polémica, en el escrito final de Windscheid; coinciden estos doctrinantes en la enunciación del aserto esencial: *La acción es algo más que el derecho que triunfa, es un derecho abstracto de obrar*, desvinculado de todo fundamento positivo que legitima las pretensiones de quienes lo ejercen.

Degenkolb evoluciona luego y se une a la teoría de Kohler para sostener que la posibilidad de hecho de promover la acción

10) Juan Montero Arocca, “la acción (un intento de aclaración conceptual)”. Revista N° 10 de Temas Procesales, página 5.

11) Oscar von Bülow. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. EJEA Buenos Aires, 1964.

es una simple facultad comprendida en los derechos de la personalidad y no un derecho con vida propia.

La escuela abstracta.

Son parámetros de esta escuela tanto la total autonomía entre el derecho sustancial y la acción, como la finalidad que persiga el accionante de una sentencia, sin atención o referencia al contenido de la misma. En esta nueva tendencia la acción se independiza no solamente del derecho sustancial, sino también del resultado del proceso, estructurándose como un derecho *abstracto*, genérico, universal, siempre el mismo cualquiera que sea la relación sustancial que subyazca en el proceso (y eso es en derecho procesal ser abstracta una institución, cuando la concreta cambie con cada derecho sustancial). Se supera la concepción de las teorías concretas que supeditan la existencia de la acción al resultado favorable para el actor. Pero sobre todo, alcanza plena autonomía el instituto de la *pretensión*, ubicándose al lado de la acción, esa, la pretensión procesal, sí concreta, dirigida contra el demandado, cambiante de acuerdo con cada derecho sustancial que se debata en el proceso.

La teoría abstracta especialmente en la concepción definitiva de Uggo Rocco es la que ofrece la más moderna concepción del instituto.

Francesco Carnelutti

De acuerdo con su concepción la acción constituye un *derecho autónomo y anterior al proceso*, de carácter *subjetivo, cívico, procesal y abstracto*. La acción no solamente es autónoma en relación con el derecho sustancial, sino también con referencia a la pretensión. Ella es el instrumento que hace nacer el proceso, dándose luego del conflicto y antes del litigio, siendo ésta la idea de *anterioridad al proceso* que Carnelutti expresa convenirle a la acción.

El maestro italiano atribuye al derecho de acción el carácter de derecho subjetivo, afirmando que implica un interés jurídicamente protegido, al cual corresponde una obligación correlativa; es ya la teoría de Von Ihering acerca de la esencia del derecho subjetivo como radicada en un *interés*. Los derechos subjetivos son intereses jurídicamente protegidos, todos deben procurar un servicio, una utilidad, una ventaja, el contenido de todo derecho es un

bien, categoría que excluye el supuesto del derecho de cumplir con el propio deber ⁽¹²⁾.

Toda la teoría Carneluttiana se edifica sobre esa concepción: los bienes de la vida, los intereses jurídicamente protegidos. La acción es pues un derecho subjetivo como interés jurídicamente protegido al cual paralelamente asigna la calidad de *derecho procesal*: la distinción entre los derechos subjetivo material y subjetivo procesal, atañe tanto al contenido como al sujeto pasivo de ellos; "el derecho subjetivo material tiene por contenido la prevalencia del interés en la litis y por sujeto pasivo a la otra parte; el derecho subjetivo procesal tiene por contenido la prevalencia del interés en la composición de la litis y por sujeto pasivo al juez, o en general, al miembro del oficio a quien corresponde proveer sobre la demanda propuesta" ⁽¹³⁾. Resta por analizar cual sea el significado que otorga Carnelutti a esa cualidad de *abstracto* que apunta como conveniente al derecho de accionar. De acuerdo con su misma explicación, consiste la abstracción del instituto de la acción en su independencia con respecto al derecho sustancial que se invoque, porque la acción tiende a obtener un pronunciamiento judicial para la justa composición del litigio, con autonomía plena: la acción no se muta cualquiera que sea el derecho sustancial que se debata en el proceso. Compete ella a cualquier habitante del territorio nacional, sin que importe el resultado del proceso, favorezca o no la sentencia a quien acciona, accédase o no al reclamo que se formule.

Alfredo Rocco

Este autor va perfeccionando el concepto Carneluttiano: la acción es un derecho subjetivo público frente al Estado y solo frente al Estado cuyo contenido es el interés abstracto en su intervención para el logro de la certidumbre o de la operancia de la norma válida, en el caso concreto, con miras a la realización de los intereses tutelados: muta al sujeto pasivo carneluttiano de la figura del juez a la del Estado.

Ugo Rocco

Entrega un concepto el más moderno de la acción, elaborando el de los dos autores inmediatamente anotados: la acción es el de-

12) Aftalión, Op. cit., página 226.

13) Francesco Carnelutti. *Instituciones*. Tomo I, página 315 EJEa. Buenos Aires, 1959.

recho de pretender la intervención del Estado y la *prestación de la actividad jurisdiccional* para hacer cierto o realizar coactivamente los intereses sustanciales tutelados en abstracto por el derecho objetivo.

Es novedosa la concepción de Ugo Rocco acerca del contenido del derecho de acción como el que corresponde a la *prestación de jurisdicción*. El objeto de la prestación es la actividad positiva del Estado dirigida a hacer ciertos o a realizar coactivamente los intereses materiales tutelados por el derecho objetivo. Es ya la concepción unitaria Kelseniana y de Carlos Cossio del derecho objetivo y subjetivo.

El autor dá también cuerpo a la idea que ya esbozaba Alfredo Rocco acerca de una *acción del opositor*, demandado o acusado, relevando el interés que tiene también él para reclamar el ejercicio de la función del Estado como prestación de su actividad jurisdiccional para la definición del derecho dado que de ella dependa su libertad. Es pues Ugo Rocco el teorizante del denominado *derecho de contradicción*.

Otras direcciones.

Köhler

Köhler piensa que el hombre tiene en general un derecho de entablar el proceso pero que más que un derecho esa es una facultad: se la tiene, así como la de hacer testamento. Son emanaciones de la categoría jurídica de la personalidad, de la que surgen igualmente muchos otros poderes. La acción entonces no es un derecho que exista por sí solo como tal. A la persona se le debe reconocer la potestad de viajar, de caminar, de cabalgar... El autor desciende aún más, se amplía; se puede hablar inglés o francés, hacer música o pintar; esas emanaciones del derecho de la libertad son simples facultades que lleva consigo el derecho de la personalidad, cuando no están tutelados jurídicamente en forma específica, no constituyen derecho alguno con autonomía para existir por sí mismo.

Coviello

Para él, la acción es un hecho que se confunde con la instancia procesal.

La acción como mera facultad fundante del derecho de la libertad

Esta pues es la tesis de Köhler que dado su atractivo ha despertado simpatías tan peligrosas como la de Jaime Guasp, padre español del concepto de la pretensión procesal, quien, dando relevancia a esta institución de la pretensión minusvalora el instituto de la acción negándole lugar en el derecho procesal; por tal motivo merece ahondamiento especial:

Sin que se pretenda ofrecer ninguna precisión sobre tema tan espinoso, se formulan apenas algunas apuntaciones en torno a esta concepción que refiere el derecho de acción al solo derecho con autonomía, el de la *libertad*. En las conversaciones diarias, por libertad se entiende la ausencia de trabas en relación con movimientos posibles. Con Kant, sería una causalidad cuyo primer momento es solo causa. Un concepto positivo entiende por libertad jurídica *la facultad derivada de una norma*: no es poder ni capacidad, sino *derecho*. Es la facultad de hacer o de omitir aquellos actos que no están ordenados ni prohibidos; ese derecho se refiere siempre a la ejecución o a la omisión de los actos potestativos; cuando alguno de los obligados falta al cumplimiento de su obligación el titular de la facultad correlativa puede exigir la remoción del impedimento. La libertad jurídica corresponde pues a toda persona para optar entre el ejercicio o el no ejercicio de sus derechos cuando el contenido de los mismos no se agota en la posibilidad normativa de cumplir un deber propio. Por eso la libertad no es derecho autónomo sino dependiente o *fundado*. Más que especie clasificable entre los derechos subjetivos es una forma categorial de manifestación de todos los que no se fundan en un deber jurídico. Es una facultad de *optar* ya que consiste en el derecho concedido al titular de la facultad independiente, de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de ésta.

La idea que precipita la concepción del derecho de acción como un derecho sin autonomía, sino apenas como un distintivo de la libertad, es indudablemente esa asimilación que con propósito o sin él han realizado los doctrinantes desde Muther, desde Chiovenda, desde Carnelutti, cuando la ofrecen en su configuración como el equivalente de la máxima latina: *nemo iudex sine actore*, como la facultad entonces que se confiere a la parte para que imprima el impulso inicial al proceso, regla técnica que corresponde al tipo o sistema procesal dispotivo y paralelamente en el campo procesal penal, al acusatorio. Como facultad para desencadenar la jurisdicción, es evidentemente un concepto que en-

cuadra en la idea de que la función jurisdiccional se oriente a la protección de derechos subjetivos de particulares por lo cual el aparato jurisdiccional solo podría moverse a instancia de las partes.

Así concebida la acción solamente como esa facultad de imprimir al proceso su impulso inicial es evidente que la teoría de Köhler alcanza validez plena. Pero si el derecho de acción es algo más que ese mero impulso inicial del proceso se abren paso no solamente las concepciones que le confieren autonomía como derecho a la jurisdicción sino también la posibilidad de independizar su concepto de los tipos procesales, dispositivos o acusatorios, e inquisitivo, que serían apenas aspectos técnicos de la regulación de ese primer componente del derecho de acción, el cual evidentemente se muestra como un *derecho complejo*.

Couture

Para Couture en el estado de derecho la violencia privada se transforma en petición ante la autoridad; esa petición constituye el poder jurídico del individuo de acudir ante la autoridad que no puede serle quitado a nadie, porque prohibida la justicia por mano propia ese poder es el medio necesario para obtener la prestación de la jurisdicción.

Un poder de esa índole forma parte de la estructura misma del derecho, debe ser otorgado con la misma generosidad. En cuanto a su naturaleza Couture responde que es un derecho cívico inherente a todo sujeto de derecho en su condición de tal: es el mismo derecho constitucional de petición a la autoridad, consagrado en la mayoría de las constituciones vigentes. La acción vendría a ser así una especie dentro del género de los derechos de petición porque el derecho constitucional de petición no es otra cosa que el derecho de comparecer ante la autoridad; más tarde en sus fundamentos expresa que es el *poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión*. En sus "Fundamentos" pues ya no habla de acción como derecho cívico sino como de poder y dice que se encuentra consagrado en el artículo 10 de la declaración universal de los derechos humanos aprobada por la asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Expresa además que *no cabe distinguirla del derecho a demandar* porque éste es justamente la acción. . pero una demanda en sentido formal. . . Agrega además que la diferencia entre la acción y otros derechos de petición no pertenece a la esencia sino a la técnica del derecho mismo.

Y ésta es también la concepción de *Aftalión*: puesto que el Estado monopoliza la coacción y se encarga de este modo de hacer efectivos contra el obligado los derechos del facultado, paralelamente al derecho subjetivo del facultado debe reconocerse en términos generales el derecho de éste a obtener la intervención de los órganos estatales a efectos de actuar la norma en el caso concreto y hacer efectiva la sanción contra el obligado. La obligación del Estado consiste en juzgar, ejercer la jurisdicción, resolver conforme a la norma general el caso concreto sometido a la misma. *La acción aparece así como un caso especial del derecho más general de peticionar a las autoridades*, en el que se encuentra detalladamente reglamentada la prestación de la jurisdicción por el órgano estatal. En el caso genérico de petición a las autoridades no se encuentra normada en detalle la conducta de los órganos ante la petición del particular, no obstante lo cual es notorio que muchas leyes especiales prevén el procedimiento mediante el cual los particulares promueven o impulsan la actividad de los órganos administrativos ⁽¹⁴⁾. *La así denominada acción penal.*

Se suscita el cuestionamiento por cuanto el ius puniendi en su peculiaridad haya implicado siempre una escisión de conceptos en la materia procesal y porque además es relevante del solo examen de lo anteriormente expuesto toda la teoría de la acción se ha edificado por procesalistas sí pero con atisbo al derecho civil, al derecho privado, sin que expertos en penal o siquiera en procesal penal se hubieran asomado a la temática. También porque siendo el proceso penal iberoamericano ese compuesto sistemático de la etapa inquisitiva del sumario y la dispositiva del juicio o plenario, el concepto de acción concebido como equívocamente lo han propiciado los mismos doctrinantes que han suministrado su estructura definitiva, cual el impulso inicial del proceso, resulta muy forzado de comprender siendo así que doctrinantes de importancia en materia penal (Juan Fernández Carrasquilla por ejemplo,) lo han calificado inclusive como *un fantasma*.

Cuando acaece la violación de la ley sustancial penal es el Estado el titular del ius puniendi, el titular de la pretensión sustancial punitiva, la cual solamente puede desenvolver por ante los Tribunales como órganos depositarios de la jurisdicción y mediante el proceso.

Es rudimentaria la concepción de la acción en algunos doctrinantes penalistas de alcurmia, por ejemplo en *Eugenio Florián*

14) Aftalión... *Introducción*, página, 255.

quien pregona que el delito genera dos acciones, la penal y la civil. La acción es entonces el apéndice del derecho penal violado, aserto del todo inapropiado a la luz del moderno concepto de acción sin que se considere necesario iterar acerca del particular. Si la acción es abstracta, autónoma y consiste en el derecho a la jurisdicción mal puede pensarse que nace del delito; ello de un lado y del otro si esto es inadecuado como predicamento del ejercicio de la pretensión punitiva, la que Florián denomina "acción civil" sí desborda plenamente esa consideración como que implicaría apenas el ejercicio de una pretensión indemnizatoria y cualquier indemnización se vuelve ya derecho sustancial civil.

Otros doctrinantes como Manzini y Oderigo adecúan más su concepto a la estructura del instituto.

Es en Manzini (Tomo IV p. 121) en donde se halla esta definición: "subjettivamente, acción es el poder jurídico que corresponde al Ministerio Público de actuar las condiciones para obtener del juez una decisión sobre la realizabilidad de la pretensión punitiva del Estado derivante de un hecho que la ley prevé como delito". Y en Oderigo ⁽¹⁵⁾ "La acción penal lo es cuando su contenido es una pretensión punitiva, vale decir, cuando el actor reclama la actividad jurisdiccional para que se declare el derecho del Estado a someter a alguien a la ejecución de una pena".

Dentro de los modernos tratadistas de derecho procesal penal: Miguel Fené, tal vez siguiendo muy de cerca a Jaime Guasp, su coetáneo, ignora el instituto y simplemente define actos procesales con él emparentados: la denuncia, la querrela... Es en cambio Giovanni Leone quien dedica un capítulo de importancia al estudio ⁽¹⁶⁾ con acotaciones de verdadero valor científico y de gran mérito en la especialización.

Por cuanto en la represión del delito se interesa toda la comunidad y no solamente el particular que padece el daño que de él deriva, buscando que no quede a voluntad del damnificado el ejercicio de la pretensión punitiva se confía su titularidad al Estado, pero no al *órgano jurisdiccional* como es apenas de lógica, sino a un órgano diverso el cual de acuerdo con las denominaciones usuales responde al nombre de *ministerio fiscal* y en donde éste no existe en forma verdadera, se intentan mixturas atribuyendo con más o menos propiedad ese deber poder al Ministerio Pú-

15) Mario Oderigo. *D. procesal penal*. Edic. De Palma, Buenos Aires 1973, página 197.

16) Giovanni Leone, *derecho procesal penal*. T. I., página 113 y ss.

blico. Cuando la ley penal es violada, el Estado, como titular de la pretensión punitiva debe ejercer el ius puniendi. El Ministerio Fiscal formula entonces la acusación por ante el órgano jurisdiccional, desencadenando un proceso que debe culminar con sentencia. Y así el derecho de acción se radica en el Estado-*Ministerio Fiscal* y se ejerce en contra del *Estado-órgano jurisdiccional* por la prestación de jurisdicción; este esquema, como puede fácilmente advertirse corresponde al sistema acusatorio del proceso penal, verdadero y único que se adecúa a las modernas concepciones de la teoría del proceso.

Esa confusión a la cual se ha aludido de confundir la parte con el todo y entender que la acción sea apenas el poder o facultad de desencadenar la jurisdicción cumpliendo el primer acto de impulso inicial del proceso, ha contribuido también a sembrar dudas en torno a la existencia o no de la denominada "acción penal". Y es entonces cuando el sistema inquisitivo impera en la legislación positiva del procedimiento penal cuando la doctrina despliega ingentes esfuerzos para adecuar la idea al esquema y así ha expresado por ejemplo que en el diagrama inquisitivo del proceso penal es al propio juez a quien se confía el poder-deber de acción como imposición que se le hace de actuación oficiosa; que en el régimen inquisitivo puro el juez actúa por iniciativa propia y al hacerlo ejercita la acción y que en el mixto se le conceden poderes de instrucción al juez pero que el verdadero proceso comienza una vez agotada la etapa del sumario, cuando en la oportunidad procesal hace su aparición el Ministerio Público, como verdadera parte y en pie de igualdad frente al acusado y por ante el juez, y continuando con el engaño conceptual, se anota que es entonces el *fiscal* quien acciona, quien ejerce la pretensión punitiva definitiva y que al juez no queda otra tarea que la de dirigir el proceso y dictar sentencia. La última es la concepción de Vescovi⁽¹⁷⁾ quien por lo menos reserva la acción penal, siempre, para el Ministerio Público. Sobre el particular dice Hernando Devis Echandía que cuando el sistema inquisitivo es el que se adopta y el juez oficiosamente da comienzo al proceso *nadie ejerce la acción penal*, que en ese proceso particular no hay acción. Para esta misma hipótesis Víctor Fairen Guillen ensaya como argumentación la de un desdoblamiento conceptual de titularidades en el único sustrato personal juez, de acuerdo con el cual, el juez, quien a la vez es ciudadano y como tal conoce de la comisión de un delito, actúa como ciudadano, asumiendo la calidad de *denunciante*, pero, dado que ese

17) Enrique Vescovi. *Teoría general del proceso*, página 77. Temis 1984.

interés coincide con sus atribuciones jurisdiccionales le es imperativo el comienzo del proceso; como ciudadano entonces ejerce la acción que dirige contra sí mismo, como Estado. Desdoblamiento que, si bien no infringe las reglas de la lógica, sí disuena, como que la simple denuncia no agota el significado de la *acción*.

Conclusiones

El derecho de acción es el derecho a la jurisdicción. Así concebido se ofrece como un derecho con autonomía propia, no solo con referencia al derecho sustancial que se debata en el proceso sino además como fundante del derecho de la libertad. Es un derecho de crear la obligación correspondiente. La prestación como acto del Estado obligado es el despliegue de la función jurisdiccional, la aplicación de las normas jurídicas a los casos concretos para lograr en última instancia la paz social. La acción es en todo caso el correlativo del deber jurisdiccional y tiene por lo tanto índole pública, más específicamente, *procesal*.

El derecho de acción se estructura sobre la base de que la ley protege en abstracto al titular de un derecho subjetivo sustancial, considerando con tal amplitud ese derecho sustancial, que reciba en su seno al *ius puniendi*: a cualquier derecho sustancial, a todo posible derecho sustancial.

La relación jurídico-procesal de acción en su aspecto activo está representada por las facultades legales de las partes frente al Estado quien entonces actúa por medio de sus órganos encargados de impartir jurisdicción; la magistratura o la judicatura. En su aspecto pasivo esta relación se integra por el deber de impartir jurisdicción que tienen tales órganos-Estado. De esta manera la relación jurídica de acción es compleja porque no se agota en un solo vínculo normativo sino que se desenvuelve en una serie de relaciones, en todas esas que conservan la naturaleza *abstracta* que conviene a la jurisdicción y por ende a la acción.

Inquieta toda una trayectoria de siglos definiendo consciente o inconscientemente la acción como el impulso inicial del proceso, confiado a la parte, cual facultad, si ello se entendiera así no existiría el derecho de acción en el sistema inquisitivo, que oficializa ese impulso inicial, y se degradaría toda la categoría de un instituto básico del derecho procesal, el que paradójicamente le diera vida

como ciencia, a la concepción de una mera regla técnica acerca de la manera como deba desenvolverse el instrumento mediante el cual se presta la jurisdicción y que, precisamente por su carácter de regla técnica, se muestra en la teoría, bifronte, neutra, acogible o desechable, según criterio del legislador, según que se adopte el sistema o tipo inquisitivo, o el dispositivo o acusatorio.

Es el derecho a la jurisdicción que como cualquiera otro puede ser regulado por la ley. Y el derecho como tal no desaparece ni cambia de identidad porque su ejercicio quede asignado en cualquiera de sus componentes a uno u otro sujeto. En uno u otro caso la esencia del derecho se conserva. El derecho de acción se estructura como un verdadero y propio derecho. El impulso inicial del proceso como confiado a la parte, es en cambio una situación jurídica que solo corresponde a la categoría de la *facultad* como situación neutra: un ser libre de hacer, una situación activa dependiente del derecho subjetivo con el que coexiste. Otras situaciones jurídicas procesales diversas del mismo derecho subjetivo procesal son por ejemplo la *carga* y el *deber poder*. El Estado en referencia con el derecho procesal de acción tiene una verdadera obligación correlativa de jurisdicción. La técnica, verbigratia, utiliza conferir el impulso subsiguiente del proceso, a veces a las partes como carga, a veces al juez como poder-deber. La carga es un imperativo del propio interés: el que cumple con el imperativo favorece su interés; precisamente no existe una sanción coactiva que comine al individuo a cumplir sino que se produce para el sujeto como consecuencia de su incumplimiento una desventaja para él mismo: la perención, al efecto. En la carga se está todavía en el campo de la libertad: el sujeto tiene la opción entre cumplir y no cumplir con su carga, si no lo hace se perjudica él mismo; la carga es un acto necesario pero no debido. El *poder-deber* compete por lo general al órgano público; son poderes obligatorios o vinculados, no discrecionales; corresponden al concepto de función, de servicio. Así se confía el impulso del proceso al juez como una de las posibles técnicas de regimenter el proceso sin que pueda predicarse de manera alguna que esa técnica eche por tierra el concepto del derecho de acción.

De esta manera, confiriendo autonomía al derecho de acción, también en referencia con esa regla técnica del impulso del proceso como confiado a la parte y con una abstención ilimitada para la estructuración del sujeto del titular del derecho de acción, que lleve a la sola consideración de la *personalidad* como centro de imputación del derecho, se comprende la *acción* como una verda-

dera institución fundamental del derecho procesal, de cualquier derecho procesal, también del que procesa el derecho penal correspondiente al ius puniendi.

Elementos del derecho de acción

Sujetos: Es sujeto pasivo el Estado-órgano jurisdiccional. Activo: la persona como centro de imputación del derecho, correspondiendo en su desdoblamiento tanto al actor como al opositor, llámese demandante o demandado, acusador o acusado y con prescindencia de la circunstancia de si a ellos se confía efectivamente el impulso del proceso, inicial o sucesivo, porque muchas otras situaciones jurídicas se conectan a tales subjetividades y corresponden a la estructura esencial del proceso de acuerdo con el principio del contradictorio o de la bilateralidad de la audiencia que son características esenciales de la jurisdicción. Comprende así el derecho de acción el que la doctrina estructura como el de contradicción.

Objeto: es la prestación de jurisdicción

Su causa fin: La solución de los conflictos o litigios para la obtención de la paz social, o, visto desde otro ángulo puramente jurídico: la actuación del derecho objetivo para la obtención de la paz social. De tal manera que el elemento que identifica en definitiva el derecho de acción es el objetivo: *la prestación de jurisdicción*. Es sí pertinente puntualizar que el sistema acusatorio o dispositivo, se adecúa más por lo que concierne a la consagración del “nemo iudex sine actore”, a la concepción integral del derecho de acción porque engastaría éste en la idea de ejercicio optativo de la facultad que corresponde a todo derecho; pero no es consideración esencial del derecho de acción sino apenas un aspecto técnico del mismo.

El derecho de contradicción

Como antes se anotara la consideración del derecho de acción comprende el de contradicción; se dedica este especial párrafo porque así estilan hacerlo los autores en especial Ugo Rocco y a él refieren varias instituciones del derecho procesal tales cuales las excepciones formales o procesales. Por la misma razón la doctrina acusa un paralelismo evidente entre la acción y la contradicción. Devis habla de una relación jurídica de acción y de una de con-

tradición. Ugo Rocco ⁽¹⁸⁾ la estructura como la pretensión del demandado o acusado para que se le conceda la prestación jurisdiccional. También el opositor tiene un interés general en la declaración de certeza de las concretas relaciones jurídicas sustanciales que constituyen el objeto litigioso; de la declaración depende la existencia o inexistencia de un vínculo que ate al demandado con el demandante y por lo mismo la limitación de su derecho a la libertad. Existe así un interés *abstracto* del opositor en que se conceda la prestación jurisdiccional y ese interés se tutela por las normas procesales frente al Estado. Toda sentencia final satisface tanto el derecho de acción como el de contradicción. La contradicción pues, se itera, es el mismo derecho de accionar en una distinta modalidad la que resulta precisamente de la distinta posición que los sujetos de cada una de las distintas relaciones procesales asumen en el proceso: *actor-opositor*.

Nada nuevo pretendo haber entregado en este tema y si apenas toda la mejor voluntad investigativa cumplida con una pureza de intención que apenas puede corresponder a quien todavía y con terquedad inmensa se empeña en recorrer con entusiasmo los caminos del derecho procesal.

18) Ugo Rocco. *Tratado*. T. I., página 315. Temis De Palma, 1969.

ASPECTOS DE LA EXHIBICION PREPARATORIA DE COSA Y DOCUMENTO *

*Ernane Fidelis dos Santos***

1. Exhibición de cosa y documento como incidente probatorio 2. Exhibición contra parte y tercero. Precepto conminatorio 3. Prueba anticipada y exhibición. Tratamiento en el Libro IV —Proceso cautelar— 4. Inclusión de la exhibición preparatoria en el proceso cautelar. Tutela cautelar y tutela satisfaciente 5. Exhibición preparatoria, medida satisfaciente en razón de su finalidad no cautelar 6. Naturaleza del pedido de exhibición preparatoria 7. Detentor de la cosa o documento 8. Sanción condenatoria específica de exhibición 9. Imposibilidad de conminación en la exhibición preparatoria. Cautela para el propio pedido de exhibición 10. Reglas procedimentales adoptadas en la exhibición preparatoria 11. Recurso —efectos— 12. Competencia. Prevención, imposibilidad 13. Imposibilidad de cesación de la medida por el transcurso del tiempo 14. Exhibición de la cosa o documento registrada en auto 15. Costas y honorarios 16. Defensa del demandado. Demostración del interés del autor 17. Exhibición de documentos, causas específicas. Terceros, concepto de derecho material. Interés del actor. Escrituración mercantil. Prueba pericial, finalidades 18. Exhibición de cosa o documento como prueba anticipada, medida innominada. Requisitos de “*fumus boni iuris*” y del “*periculum in mora*”. Partes, interés. Pedido contra la parte y pedido contra el tercero. Imposibilidad de conminación de presunción de verdad de los hechos. Búsqueda y aprehensión, registro del auto.

* Versión del portugués por Orión Alvarez A.

** Magistrado del Estado de Minas Gerais, Brasil. Tratadista de derecho procesal y profesor titular de derecho procesal civil en la Universidad de Uberlandia.

*** Los artículos citados son del Código Procesal Civil brasileño.

1. En el curso del proceso, cualquiera de las partes podrá requerir de la otra o de un tercero, exhibición de cosa o documento que tenga en su poder (art. 355). El incidente es típicamente probatorio, debiendo la parte, inclusive, informar la finalidad de la prueba, con la indicación de los hechos que se relacionan con la cosa o documento a ser exhibido (art. 355, III).

2. La solicitud incidental de exhibición podrá ser hecha contra la parte o contra el tercero. En la primera hipótesis, si se reconoce la obligatoriedad de la exhibición, cuando la parte deja de atender el pedido, hay aplicación del precepto conminatorio: juzgando existente la obligación de exhibir, el juez, en la sentencia, podrá considerar verdaderos los hechos, que por medio de documento o cosa, la parte pretendía probar (art. 359).

3. La exhibición es tratada en el Código del Proceso Civil como simple medio de prueba (arts. 355/363) a la que está reservada una Sección (Sección V), como se hace con todas las otras especies de pruebas consideradas.

Al tratar de la producción anticipada de la prueba, que, naturalmente, tiene nítido carácter cautelar, la ley apenas prevé el interrogatorio de parte, preguntas a los testigos y el examen pericial (art. 846). La exhibición de cosa o documento, sin embargo, no siendo tratada como prueba anticipada específicamente, en el proceso cautelar, se le reservó, como ya se dijo, sección especial.

4. A primera vista, frente a la disposición de la ley, todo parece indicar que la exhibición prevista en los arts. 844/845 es una forma de prueba anticipada, justificada por el “*fumus boni iuris y periculum in mora*”, o sea, sería la “exhibición cautelar”, que serviría para probar anticipadamente hechos, cuando en el proceso que se va a instaurar se corra el riesgo de frustración de la prueba, en razón de la demora. La impresión se hace más significativa aún, cuando la propia ley determina que se observen en la referida exhibición las reglas del procedimiento incidental (art. 845).

El proceso es la suma de actos tendientes a determinado fin. En el sentido jurídico, tiene la finalidad de solucionar litigios cuando el proceso es de conocimiento; y si el objetivo es hacer efectivo el derecho, jurídicamente es un proceso de ejecución. Pero, como bien dice Pestana de Aguiar ya es hasta un truísmo recordar que un “*tertium genus*” de proceso aún existe. Es precisamente el proceso cautelar, el que tiene por finalidad prestar cautela a otro

proceso, de conocimiento o de ejecución, para que en su realización práctica, no sean frustrados.

La tutela cautelar se justifica no sólo para los casos en que el mandamiento judicial pueda caer en el vacío por pérdida o desaparecimiento del objeto mediato del proceso, sino también por la práctica de acto u omisión de efectos dañosos para la parte, y aún por la posibilidad de perjuicio de cualquier interesado en la formación y desarrollo del proceso. El embargo, secuestro y enlistamiento son especies de constricción judicial de bienes que tienden a mantenerlos siempre en posición de responder efectivamente por lo que determine el juez. La suspensión de protesto del título es ejemplo de interdicción del acto dañoso a la parte que pleitea o va a pleitear la declaración de nulidad cartular. La audiencia anticipada para recibir testimonio del va a ausentarse o la realización de prueba pericial urgente, para que se recojan los datos materiales del hecho, garantizan la perfecta formación del proceso, sin perjuicio probatorio para el descubrimiento de la verdad.

5. ¿La exhibición preparatoria de cosa o documento tendría, además, objetivos cautelares? ¿En la forma prevista como medida típica, nominada (art. 844, I, II y III) la exhibición tendría como finalidad la de evitar daño en la práctica de la prueba, en razón del riesgo provocado por la demora del proceso de conocimiento o de ejecución, a que ella pudiese referirse?

El profesor Marcos Alfonso Borges, acatando la lección de López de Costa, recuerda que en el derecho romano, el interesado pedía la exhibición de cosa, para que pudiese conocerla individualmente, a fin de reivindicarla, o para adquirir certeza de que estaba en manos del demandado. Era la llamada “*actio ad exhibendum*”, que servía también para identificar las personas, el esclavo que practicó el acto ilícito, por ejemplo, para que se le pudiese cobrar a su dueño (*actio noxalis*). La “*actio in factum*” que tiene por fin la exhibición de instrumentos y el interdicto “*de tabulis exhibendis*”, referente a los testamentos, eran también formas de pedir la exhibición.

Por lo que se infiere de los ejemplos históricos, la solicitud de exhibición, aunque pudiese ser la causa remota de cualquier proceso posterior, nunca tuvo el fin de probar hechos, relativos a la petición satisfaciente que se va a formular. El objetivo de la exhibición, en verdad, siempre fue, para el interesado, el de tener conocimiento de la cosa o documento, a fin de posicionarse con relación a su derecho u obligación, conforme su propio parecer.

Humberto Theodoro Junior, distingue entre exhibición cautelar o simplemente satisfaciente, y en esta incluye el examen de la cosa o del documento para posibilitar al interesado el derecho de opción en las obligaciones alternativas; para dar al actor orientación sobre una relación jurídica en la que se considera parte; para darle al actor la oportunidad de examinar la cosa alquilada, dada en comodato, depositada o empeñada. Pero, ¿no estaría en la misma clasificación el simple examen de la cosa o del documento para remediar la situación de sospecha o de incertidumbre objetiva, a fin de que la parte pueda optar o no por el proceso? ¡Claro que sí! La diferencia, en verdad, no se encuentra en los fines de la exhibición, sino en el propio objeto a que ella se refiere. No hay diferencia ontológica entre el examen de la cosa o del documento para hacer posible el ejercicio del derecho de opción en las obligaciones alternativas o el mismo examen para que la parte decida o no por la instauración de un proceso.

6. Tal vez por la referencia que la ley hace al procedimiento de exhibición incidental probatorio (art. 845), la doctrina se inclina a considerar la petición de exhibición preparatoria, que no es ninguna prueba anticipada, con dos connotaciones distintas: la que dice relación con la parte y la que se refiere a un tercero. En verdad, sin embargo, la diferencia no se justifica, pues el interés de la exhibición es siempre demostrado por la necesidad o utilidad que la parte tendrá del conocimiento de la cosa o del documento, para orientar sus posibles pretensiones. La identificación de la supuesta parte pasiva del proceso que se instaurará como la parte pasiva de la exhibición preparatoria es mera coincidencia, pues en rigor de los términos, no se puede hacer previsión de ninguna petición satisfaciente futura, sin el necesario conocimiento de la cosa o del documento. Tanto es verdad, que la ley, en ningún momento se refiere a la "parte contraria". Al prever la exhibición de la cosa, habló en "poder de otro", y cuando habla de un "tercero" relativamente a documentos, quiere afirmar: "tercero en la relación de derecho material y no procesal".

Ovidio A. B. da Silva en una de sus fecundas obras sobre el proceso cautelar, insiste en que la exhibición preparatoria podrá tener cautelar, pero solamente y cuando tuviere función probatoria. El ilustrado maestro, sin embargo, hace la distinción en la propia disposición de la ley (art. 844, I, II, III), con lo que no concordamos, pues, en verdad, si se trata de exhibición para conocer la cosa o documento, como son los fines allí previstos, a no ser casualmente, ella nunca prueba nada; apenas informa y aclara.

Se puede pedir la exhibición de cosa mueble en poder de otro, cuando la parte demuestre efectivo interés en conocer (art. 844, I, segunda parte). El requiriente solicita, por ejemplo, examinar el funcionamiento de determinado vehículo que ocasionó un accidente, del que se sospecha fallaron los frenos, para que se determine la posible responsabilidad del propietario. Se pide exhibición de mercancías adquiridas para verificar la violación de nombre o insignia.

Puede aún el interés del actor, en la solicitud de exhibición, fundamentarse en cosa que reputa suya (art. 844, I, primera parte). Aún así, aunque el conocimiento de la cosa pueda dar origen a una petición reivindicatoria, la pretensión continúa siendo de mera exhibición. “Reputar una cosa como suya” no trae consigo ninguna idea de certeza objetiva de la propiedad, sino de simple cálculo, posibilidad, sospecha, certeza apenas íntima. Se exhibe, para posiblemente, reivindicar. Si hubiese absoluta certeza objetiva de la propiedad o de la identificación del bien, la exhibición no sería necesaria. La lección de Pontes de Miranda, sobre el particular es irresponsible: “La exhibición de cosa mueble, para el que pide verificar si es suya la cosa, no produce prueba, ni entrega de la cosa: es aseguración de la pretensión a conocer los datos de una acción antes de proponerla. Incluirla en la clase de las exhibiciones que corresponden a pretensión de aseguración de la prueba, no es ciertamente, contra la naturaleza de las cosas; pues la prueba se destina al convencimiento del juez y el actor está promoviendo la formación de elementos que puedan llevarlo al cumplimiento de su obligación de afirmar y de probar”.

7. Parte pasiva de la acción donde se pide la exhibición será siempre aquella que tiene la obligación de exhibir, por estar en posesión o tener el documento o la cosa. Como se trata apenas de tomar conocimiento de la cosa, del documento o de las particularidades de cada uno, será irrelevante la presencia de quien pueda ser el demandado en otro proceso de conocimiento o de ejecución. Si se pretendiere constituir prueba contra cualquier persona, el caso es de anticipación (arts. 846/851) y no de exhibición.

En la solicitud de exhibición preparatoria podrá incluso haber pericia sobre la cosa o documento. La finalidad, con todo, no es probatoria, sino de esclarecimiento especial, que a veces no se obtiene sino con el auxilio de un técnico.

8. Por no ser acción propuesta con el fin de constituir prueba, la oposición del demandado a exhibir la cosa o documen-

to no provoca la sanción procesal de presunción de verdad de los hechos (art. 359). Se aplican, cualquiera que sea el demandado las disposiciones del artículo 362. Condenado a exhibir, si no lo hiciera, se procede a la búsqueda y aprehensión de la cosa o documento.

9. No siendo medida cautelar, la solicitud de exhibición no conlleva liminar. Relacionado con el propio proceso, sin embargo, podrá haber cautela para facilitar su realización, desde que ocurran los requisitos del “*fumus boni iuris*” y el “*periculum in mora*”. Sería el caso, por ejemplo, de búsqueda y aprehensión de la cosa o documento que deban ser exhibidos.

10. Manda la ley que se apliquen, en lo que cupiere, en el pedido preparatorio de exhibición, el procedimiento incidental probatorio (art. 854). Por no haber relación necesaria entre parte pasiva de la solicitud de exhibición con la de cualquier otro proceso a instaurar, mejor que se usen indistintamente las reglas procedimentales de la exhibición contra tercero, no habiendo, por tanto, ningún perjuicio en que se apliquen las referentes a la parte.

Las normas subsidiarias aplicables en la exhibición preparatoria, son, apenas las procedimentales en lo pertinente. Normas procesales como las de “*ficta confessio*”, por ejemplo, aunque quepan, no tendrían aplicación, ya que se trata de normas de consecuencias procesales y no procedimentales.

11. La medida no es cautelar, pero está tratada en el Libro del Proceso Cautelar, recibe el procedimiento y el mismo tratamiento, en lo que no contraría las disposiciones expresas o los principios propios. De ahí que el recurso de apelación contra la sentencia sea en el efecto devolutivo (art. 520, V).

12. En la exhibición, no habiendo necesariamente identificación de la parte pasiva con la del consecuente proceso de conocimiento o de ejecución, no se establece competencia por prevención.

13. Siendo la medida satisfaciente y complementada con la exhibición, no hay manera de que se pierda el tiempo, por ninguna razón. La exhibición no pierde su eficacia, aunque cualquier proceso que de ella pueda originarse no se instaure en 30 días.

14. Exhibida la cosa o documento, debe levantarse auto, minucioso en los datos que se quieran conocer. En caso de que sea necesario un peritazgo, para que el actor conozca los datos técnicos necesarios, deberá constar en el auto.

Si ocurre que el conocimiento que se pretende tener de la cosa o documento sólo se hace con el propio, sin posibilidad de relato, de reproducción, como fotografía, diseño, etc, la parte, con fundamento en la exhibición y como medida cautelar de otro proceso que pretende instaurar, debe, en seguida de la exhibición, promover la búsqueda y aprehensión, con todas las consecuencias de la medida constrictiva, inclusive la de ser obligada a proponer la acción principal en 30 días (art. 806).

15. Haciendo la exhibición en atención a la solicitud, el demandado queda exento de costas y honorarios de abogado, porque cumplió el precepto en la única forma posible; no haciéndolo, con contestación o sin ella, sufre el gravamen del vencido.

16. El demandado podrá presentar defensa, negando la obligación de exhibir o afirmando que no está en posesión de la cosa o documento, caso que el juez, en audiencia o fuera de ella, decidirá.

La negativa de la obligación a exhibir sólo tendrá procedencia, si el que contesta demuestra que el actor carece de interés en la exhibición. En caso de que no lo haga, esto es, quedando demostrado que por el conocimiento de la cosa, podrán ser esclarecidos hechos que comportan derecho u obligación del actor, y que, por lo menos objetivamente, aún están bajo incertidumbre, la negativa no se justifica. No puede el que constesta, por ejemplo, negar la exhibición de máquina fabricada por el propio detentor o aún por él simplemente adquirida, cuando el actor sospecha de la violación del privilegio de invención.

El requerido podrá excusarse de exhibir la cosa o documento, por motivos establecidos en la ley (art. 363).

17. La exhibición podrá tener como objeto documento propio o común, en poder de co-interesado, socio, comunero, acreedor o deudor (art. 844, II), caso en el que se apliquen los mismos principios referentes a la exhibición de cosa. El contrato de arrendamiento, por ejemplo, fue firmado en un sólo ejemplar o el del arrendatario se extravió.

Al referirse al socio, la ley también admite la figura de la sociedad de hecho o irregular, como la de dos ganaderos, que juntando un capital común, o capital y trabajo, establecen una forma de explotación conjunta.

Es también común que el acreedor o el deudor conserve documentos de interés exclusivo para la otra parte, o por lo menos de interés común, como ocurre con las cuentas corrientes bancarias.

El documento podrá estar en custodia de la persona que no tenga interés en su contenido, pero quedará siempre obligado a exhibirlo, cuando el actor demostrare interés en la relación jurídica que pueda él informar (art. 844, II, segunda parte).

El tercero a que la ley se refiere no es definido en razón de la relación procesal, sino del derecho material, esto es, es persona que en la guarda del documento, no tiene nada que ver, directamente, con la pretensión del interesado.

La ley indica como tercero al inventariante, el albacea, el depositario o administrador de bienes ajenos (art. 844, II). La enumeración es simplemente ejemplificativa y la legitimidad del detentor del documento se revela por las propias finalidades de la exhibición. Si, por ejemplo, el detentor tiene el documento bajo custodia como representante de persona natural o jurídica, la exhibición es responsabilidad de esta última, debiendo el representante ser citado como tal. Lo contrario ocurre cuando la solicitud tiende a esclarecer una situación entre el interesado y la persona que no sea la representada. Es el caso, por ejemplo, de ser el síndico del condominio el demandado para exhibir documento relativo a las disposiciones convencionales de los comuneros.

Para que la exhibición tenga procedencia, hasta que el actor demuestre interés en perfeccionar el hecho relativo a posibles relaciones jurídicas entre él y la persona a que el documento se refiere, o que de él pueda derivar provecho en el ejercicio de cualquier derecho. El propio sigilo bancario y el resguardo de las declaraciones de renta no son dificultades para la exhibición, cuando se trata de verificar hecho de interés para el requiriente.

Dentro de los casos permitidos, es posible la solicitud de exhibición preparatoria de escritura comercial por entero, balances y documentos archivados (art. 844, III).

Orientándose por las mismas reglas de la exhibición de cosa, es posible, después de la presentación de los documentos, prueba pericial, no para comprobar, sino para aclarar el hecho que escapa a los conocimientos del lego, principalmente en el área de la contabilidad.

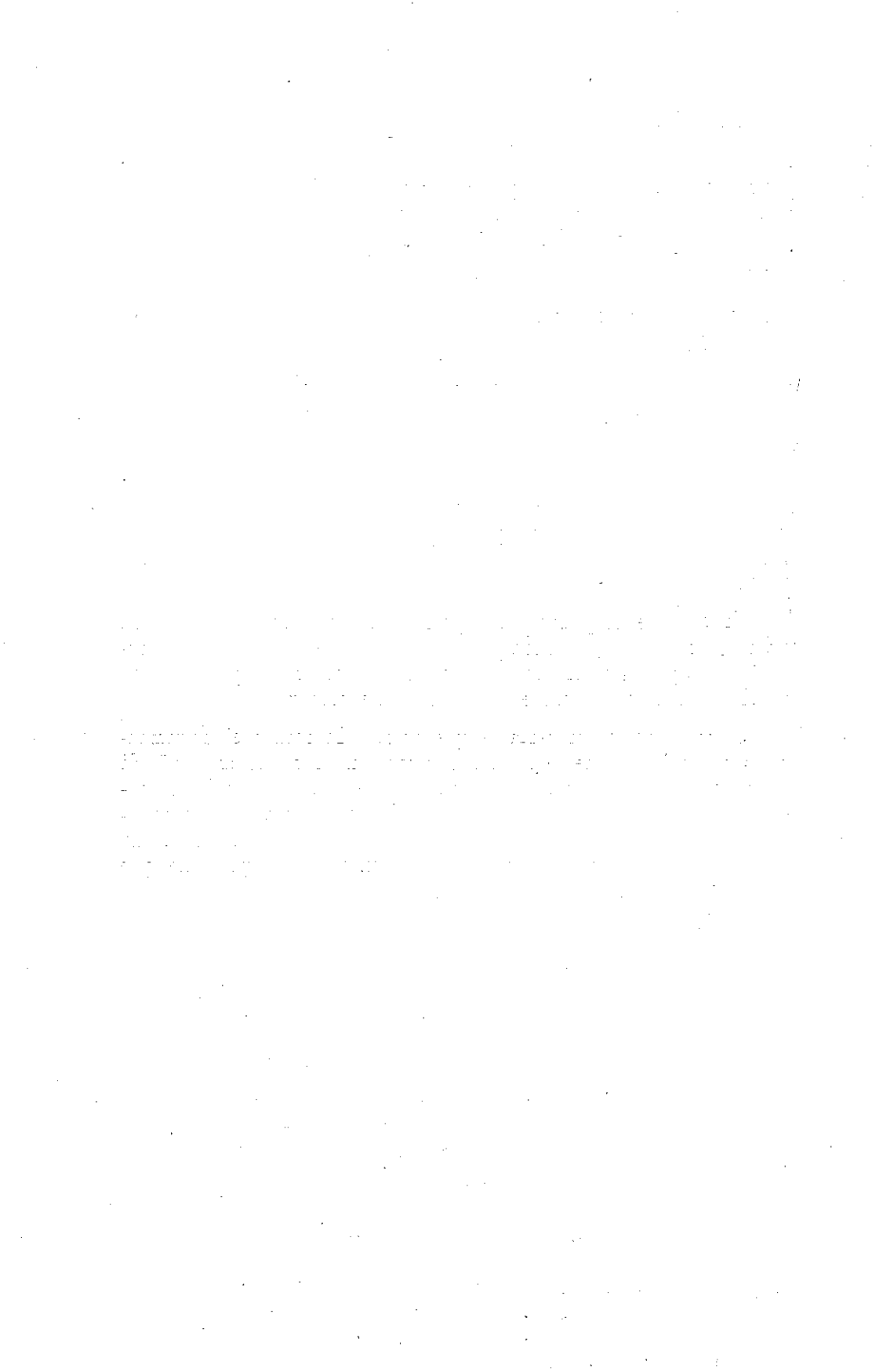
También es aconsejable que después de la exhibición, se devuelvan los documentos que nunca deberán ser retenidos, ya que la finalidad del procedimiento no es el de la aprehensión. Podrá, sin embargo, el juez, si lo considera conveniente, determinar que, en los autos, se guarden copias relativas a ellos.

18. No hay previsión para la exhibición de cosa o documento como anticipación de prueba, ya que la ley habla de interrogatorio, preguntas a testigos y examen pericial (art. 846). La pregunta que se hace, es por tanto la siguiente: ¿Es posible la exhibición, formulada por una parte contra la otra, no para fines de exclusivo conocimiento de la cosa o documento, sino para efectos probatorios de hechos que van a ser alegados en procesos futuros? ¡La respuesta es positiva!

La ley no prohibió la exhibición como prueba anticipada, pero tampoco la previó. Siendo, entretanto, la prueba medio legal admitido, la anticipación se impone, desde que el interesado demuestre la posibilidad de buen éxito de su pretensión o el peligro de la frustración de la prueba, si no se produjere luego. No tratándose sin embargo, de exhibición típica, que por su propia definición legal, es medida satisfaciente, la exhibición probatoria cautelar es innominada y sigue el procedimiento común, aplicándose naturalmente, por analogía, en lo que cupiere, las reglas procedimentales de la exhibición incidental (arts. 355/363).

Tratándose de prueba anticipada y no de simple presentación judicial de cosa o documento para examen del interesado, la exhibición atípica será hecho distintamente, o contra la parte o contra el tercero, como ocurre en el incidente común.

Si es la parte contraria la que detenta la cosa o el documento, es aconsejable que se adopte el procedimiento del art. 357. Si la acción, es sin embargo, contra tercero, se adopta el procedimiento de los arts. 360/362, pero, si no hubiere aún proceso de conocimiento instaurado, la parte deberá ser, necesariamente, citada como litisconsorte, pudiendo inclusive contestar, so pena de que contra ella no tenga eficacia la prueba producida.



COMENTARIOS A LA REFORMA DEL DECRETO 01 DE 1984

(Código Contencioso Administrativo)

*Jorge Octavio Ramírez Ramírez **

1. El procedimiento ordinario 2. Reglas generales 3. El procedimiento ordinario propiamente dicho 4. Las excepciones 5. De los recursos ordinarios 6. El procedimiento electoral y otros.

Con fundamento en la ley 30 de 1987, el gobierno nacional expidió una serie de decretos que modificaron entre otros el Decreto 01 de 1984 o Código Contencioso Administrativo.

La ley 30 de 1987, en su artículo primero otorgó entre otras facultades al Presidente de la República para:

1º En los procesos administrativos suprimir el recurso extraordinario de anulación y ampliar el de apelación, literal i., y

2º Simplificar el trámite de los procesos judiciales y ajustarlo a la informática y a las técnicas modernas, literal c.

Con fundamento en tales atribuciones el gobierno expidió dos decretos leyes:

El decreto 597 del 5 de abril de 1988, que suprimió el recurso extraordinario de anulación creado por el Decreto 01 de 1984 que se había convertido en una tercera instancia, y amplió la competencia funcional del Consejo de Estado mediante la regulación de la cuantía de las diversas pretensiones contencioso administrativas.

* Magistrado del Tribunal Administrativo de Antioquia.

Posteriormente dictó el decreto 2304 de 1989, que buscaba simplificar el trámite de los procesos.

Antes de entrar al tema debe advertirse que este decreto, en las modificaciones que tocan con el proceso contencioso administrativo, fue demandado ante la Corte Suprema de Justicia, la que ya se ha pronunciado sobre algunas de ellas, aunque en la gran mayoría de los casos su examen se ha circunscrito a los cargos relacionados en las demandas y no a una confrontación total de tales normas con la Constitución política, conforme a su reiterada tesis de que tales fallos son definitivos pero no absolutos.

Así por ejemplo, la Corte ha declarado exequible el Decreto 2304 de 1989, en cuanto a la judicialidad de los procesos contencioso administrativos, que permiten entonces al ejecutivo la modificación de los mismos con fundamento en la atribución antes vista, y en lo atinente al ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas, ya que, según la Corte, no se agotan por el simple hecho de su ejercicio, sino que ellas se pueden ejercer durante el tiempo por el cual hayan sido conferidas y obviamente dentro de la materia que sea objeto de facultades. (Véase sentencia de junio 12 de 1990, expediente número 2059, magistrado ponente doctor Fabio Morón Díaz).

Otra anotación preliminar que se impone es la referente al Decreto 2282 de 1989, que modificó el Código de Procedimiento Civil, aplicable al proceso contencioso administrativo, de conformidad con el art. 267 del Decreto 01 de 1984, en lo no regulado *y que sea compatible con el mismo*. Por ello tendremos que referirnos a algunas de sus disposiciones.

1. *El procedimiento ordinario*

La idea que primaba en la Comisión Asesora era la de simplificar el trámite procesal en aspectos relacionados con la notificación al ministerio público, el establecimiento de un proceso ordinario con reglas generales y especiales, la reducción de los recursos ordinarios, la regulación de la potestad oficiosa del juez en materia probatoria, etc.

Dentro de este esquema, ¿qué reformas se presentaron?

El Decreto 01 de 1984, establecía un procedimiento ordinario y unos procedimientos denominados especiales para las pretensiones de reparación directa, las contractuales y las electorales.

Dentro de los *procesos especiales* trataba también los conflictos de jurisdicción y competencia entre los organismos judiciales, cuestión ésta que más que un proceso constituyente un incidente especial.

Por el procedimiento ordinario entonces se rituaban los procesos relativos a las restantes pretensiones, tales como las de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, según la denominación del Decreto 2304 de 1989 *la acción de definición de competencias administrativas* y la suspensión provisional en prevención, ambas previstas en los artículos 88 y 153 del Código Contencioso Administrativo.

Algunos problemas se presentaron con esta normatividad, valga citar como ejemplo, lo que sucedía con las pretensiones contractuales y de reparación directa cuando se tramitaban por el procedimiento ordinario: ¿se configuraba la nulidad procesal de trámite indebido que consagraba el antiguo artículo 152 del C. de P. C.? ¿En el procedimiento ordinario tenían aplicación figuras procesales como la denuncia del pleito, el llamamiento en garantía, la reconvencción o contrademanda y la intervención ad-excludendum?

En realidad, no se justificaba la existencia de tales procedimientos especiales, porque las diferencias procedimentales no eran de entidad.

Además, no se veía la razón por la cual se tramitaban por el procedimiento ordinario, cuestiones incidentales, definición de competencias administrativas y aún la misma suspensión provisional en prevención, que ya desapareció.

El Decreto 2304 dispuso entonces en su artículo 45, art. 206 C. C. A.: Que por el procedimiento ordinario se tramiten los procesos relativos a nulidad de actos, nulidad de cartas de naturaleza, nulidad de cartas de naturaleza, nulidad de cartas de naturaleza, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y las referentes a controversias contractuales administrativas, incluyendo allí la nulidad de laudos arbitrales, conservando sí disposiciones especiales para algunos de ellos o reparación directa, contractuales y nulidad de cartas de naturaleza, artículos 217 y ss. y 221 y ss.

Respecto de la *definición de competencias administrativas* artículo 88 del C. C. A., y de los conflictos de jurisdicción o competencia, consagra un trámite incidental, diferente para cada uno de ellos, lo que en realidad agilizará la decisión de estos asuntos.

Reitera que el procedimiento ordinario será la regla general de aplicación, salvo norma expresa en contrario.

Como procedimiento especial, propiamente dicho, sólo queda el relativo a cuestiones electorales.

2. Reglas generales

Entrando propiamente a las normas del procedimiento ordinario, el Decreto 2304 citado, modificó una serie de disposiciones denominadas por el Código *Reglas Generales*, artículos 135 y posteriores, en la siguiente forma.

En cuanto a la demanda

a) El numeral 2º del artículo 137 del Decreto 01 de 1984, *lo que se demanda*, disponía que en la demanda debía individualizarse el acto con toda precisión “pudiéndose indicar también los actos de trámite o *los que fueron modificados o confirmados en la vía gubernativa*.”

Tal disposición generó discusiones sobre cuál o cuáles eran los actos que obligatoriamente debían impugnarse: si el acto definitivo, los que ponen fin a la actuación administrativa, los que deciden el fondo del asunto o si los actos que desataban los recursos gubernativos interpuestos.

El Decreto 2304, recogiendo la tesis última adoptada por el Consejo de Estado, que modificó la expuesta en la sentencia del 28 de julio de 1980 (véase extractos de jurisprudencia, primer semestre de 1989, página 11), dispuso que si el acto definitivo fue objeto de recursos por la vía gubernativa también deben demandarse los que lo modifiquen o confirmen. Es decir que hay que demandar todos los actos: el definitivo y los que desatan los recursos.

Cuando el que desata los recursos sea revocatorio, sólo habrá que demandar este último.

b) En cuanto a los anexos de la demanda, el decreto 2304 exige un anexo adicional a los que relacionaba el artículo 139, consistente en la copia de la petición o del recurso interpuesto por el administrado, con la fecha de su presentación.

Lo anterior, con el fin de que el juez, pueda de entrada establecer si se ha configurado el fenómeno del silencio administrativo sustancial o procesal, el acto ficto o presunto para efectos de admitir la demanda, entre otras cosas porque las acciones de impugnación de actos fictos están sometidas a un término de caducidad de 4 meses a partir de la configuración del silencio negativo, véase artículo 23 del Decreto 2304, incluido en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

c) En lo relacionado con la presentación de la demanda el decreto 2304 de 1989, no modificó el artículo 142 del Decreto 01 de 1984, como sí lo hizo el Decreto 2282 de 1989 con el artículo 84 del Código de Procedimiento Civil, en el sentido de que su presentación puede hacerse mediante comparecencia personal ante el secretario de cualquier despacho judicial o ante notario de cualquier círculo, por quienes lo suscriban.

Así las cosas habría que concluir, ante la norma expresa del Código Contencioso que la demanda administrativa so pena de su inadmisión, tiene que ser presentada personalmente ante el secretario del tribunal destinatario o ante juez o notario de su residencia, si se halla en lugar distinto.

Evidentemente está mejor regulada la situación por el Código de Procedimiento Civil. Lo importante es la certeza sobre la identidad de quien suscribe el documento, de lo cual obviamente puede dar fe cualquier notario o cualquier autoridad judicial.

d) Respecto de la inadmisión de la demanda, el Decreto 2304, conserva el principio de que no se admitirá la que carezca de los requisitos exigidos y que su presentación no interrumpe los términos de caducidad de la acción.

Lo mismo ocurrirá, cuando se presente la falta de jurisdicción o haya caducado la acción.

Conviene hacer las siguientes precisiones:

La inadmisión de la demanda en el proceso administrativo, equivale a lo que en materia procesal civil se denomina rechazo de plano o rechazo in-limine.

La regla general ha sido la que la caducidad de la acción se interrumpe con la presentación de la demanda en forma, pero esa regla ha sufrido algunas modificaciones.

Una de esas modificaciones, es la relacionada con la corrección de los defectos formales de la demanda.

El Decreto 01 de 1984, sólo permitía la corrección de los defectos de la demanda, es decir, la posibilidad de subsanar los defectos formales que esta presentara siempre que el término concedido para el efecto (5 días) no quedara incluido dentro del de caducidad. Si faltaban 5 días o menos para la expiración de la caducidad y la demanda no reunía los requisitos, el magistrado no podía conceder término para su corrección sino que debía inadmitirla.

En la práctica esto implicaba que el término de caducidad era inferior al que consagraba la ley.

Si bien es cierto que en algunas ocasiones se atemperó la rigidez de la norma, otorgando al actor la posibilidad de corregir la demanda en el plazo que faltaba para que operara la caducidad, aún cuando quedara comprendido en él, como lo hizo en varios procesos el Tribunal Administrativo, no lo es menos que esto sí imponía una reforma legal.

Por eso el Decreto 2304 de 1989 dispuso que si la demanda se presenta dentro del término de caducidad, hasta el último día el magistrado sustanciador expondrá sus defectos y concederá un término de 5 días para que se subsanen.

Obviamente que si el actor no lo hace deberá rechazarse, pero si se subsanan los defectos la demanda se admitirá y se entenderá interrumpido el término de caducidad, aunque al momento de su presentación esta no hubiere sido *presentada en forma*.

Lo mismo sucede en cuanto al presupuesto de la competencia. El Decreto 2304 de 1989, conserva en líneas generales lo que disponía el Decreto 01 de 1984, esto es, que en caso de falta de competencia, funcional o por el factor territorial que serían en principio los dos posibles casos en la jurisdicción contencioso administrativa, debe enviarse el proceso al competente, pero agrega que *para todos los efectos legales* la fecha de presentación de la demanda es la inicial, esto es, la fecha en el tribunal que ordena la remisión. Esta será entonces la que determinará si hay o no caducidad de la acción.

Obsérvese además que sólo se refiere a la falta de competencia, no a la falta de jurisdicción, porque en este último caso lo procedente es la inadmisión de la demanda, no sólo porque así lo dispone el artículo 143 comentado, sino además porque el conflicto de jurisdicciones en el proceso contencioso administrativo no puede ser provocado en forma oficiosa, como sí puede suceder

respecto del conflicto de competencias. Así lo autoriza para este último caso, el nuevo texto del artículo 215 del Código Contencioso Administrativo.

Anótase además que el auto que declare la incompetencia, bien sea en un proceso de única o de primera instancia debe ser dictado por la Sala o Sección y sólo es susceptible del recurso de reposición, constituyendo entonces una excepción a la regla general contenida en el inciso final del artículo 143, en el cual, según se trate de la inadmisión de la demanda en un proceso de una o dos instancias, el auto será dictado por la Sala o Sección por el ponente.

A tal conclusión se llega armonizando dicho artículo 143 con el 215, pues la declaración de incompetencia constituye en el fondo una provocación oficiosa del conflicto de competencia.

3. *El procedimiento ordinario propiamente dicho*

Concatenando estas normas generales, con las del procedimiento ordinario, artículo 206 y siguientes, respecto del auto admisorio de la demanda, se encuentran algunas modificaciones:

En él debe ordenarse la notificación personal del auto admisorio a la persona o personas (el artículo anterior hablaba de particulares únicamente) que según la demanda o los actos acusados pueden tener interés directo en los resultados del proceso.

Tal citación debe hacerse oficiosamente por el ponente, si se deduce de la demanda o los actos acusados, y se refiere no solamente a los particulares como se interpretó en algunas ocasiones con la disposición anterior, sino también a personas de derecho público o a funcionarios en su calidad de tales.

La notificación a esos terceros simplemente varió en cuanto a los términos. El Código indicaba que si dentro de los 10 días siguientes a aquél en que el demandante suministrara las expensas para la notificación, esta no hubiere podido realizarse se acudiría, a petición de partes a la notificación por edicto, fijado en la secretaría por 10 días y publicado 2 veces durante el mismo término en periódicos de amplia circulación. Ellos fueron reducidos a cinco días.

Lo que ha generado polémica es la innovación o creación del depósito para los gastos ordinarios del proceso que debe ordenarse en el auto admisorio de la demanda, polémica que por lo de exequibilidad que de ella hizo la Corte Suprema de Justicia el 31 de mayo de 1990. Expediente 2056. Ponente: doctor Jaime Sanín Greiffenstein.

La disposición y numeral 4º del artículo 207, impone al demandante la obligación de depositar, *en el término que el magistrado señale*, la suma que este prudencialmente considere necesaria para pagar los gastos ordinarios del proceso, cuando hubiere lugar a ellos.

Para fijar sus alcances, nada mejor que la sentencia que hemos citado.

La Corte considera que con ella no se viola el principio de igualdad ante la ley, —artículo 16 Constitución Nacional—, ni el principio consagrado en el artículo 58 de la Carta sobre la gratuidad de la justicia, ni el debido proceso.

Que la disposición además se refiere a todas las personas sin distinción alguna: “a todas aquellas personas que introduzcan demandas contencioso administrativas que están obligadas a cubrir las costas judiciales que se puedan causar”, deber que en el proceso contencioso administrativo, corresponde únicamente a los particulares, por expresa disposición del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

Según la sentencia, se fijan dos criterios para su señalamiento: que se determinen *prudencialmente y cuando hubiere lugar a ellos*, facultades que, “ciertamente entrañan alguna discrecionalidad pero que acompasan con las necesidades de su adecuada práctica y que, por lo demás, no son extrañas a las competencias que la misma legislación positiva, guiada por las últimas tendencias del derecho procesal, concede a los jueces cada vez en forma más amplia”.

Destacamos lo anterior porque la “determinación prudencial” de los gastos ordinarios del proceso corresponde al juez administrativo, según se deduce de la norma *legal* y del razonamiento de la Corte.

De otro lado la oración “*cuando hubiere lugar a ellos*”, nos indica que hay procesos en los cuales no se generan gastos ordinarios, como es el caso y así lo expresa la Corte, de las pretensiones de nulidad, de las electorales y en general de las que podemos llamar contenciosos objetivos o de defensa de la legalidad.

No obstante, dada la discrecionalidad de tal facultad será el juez administrativo quien determinará si hay lugar a tales gastos, aunque no vislumbramos un proceso administrativo distinto de los anteriores donde no se causen *gastos ordinarios*, entendiendo por tales, aquellos que el demandante esté obligado a sufragar.

Y está obligado a sufragar el demandante los que la legislación contempla como *costas judiciales*. Gastos ordinarios del proceso —así lo dice la Corte— son los que conocemos como costas judiciales: notificaciones, copias, portes, gastos necesarios para la práctica de pruebas, inspecciones judiciales, dictámenes periciales, desplazamiento de testigos, agencias en derecho, etc.

En este orden de ideas la *fijación prudencial de los gastos*, debe enmarcarse dentro de la ley, esto es el arancel judicial, las tarifas del Colegio o los Colegios de abogados aprobadas por el Ministerio de Justicia en lo atinente a las agencias en derecho —artículos 387 y 393 numeral 3º del Código de Procedimiento Civil— y dentro del principio de la razonabilidad aplicado a cada caso concreto, pues habrá procesos donde no se presentarán todos estos gastos, *por cuenta del demandante*, o donde su causación será mínima.

La modificación que se comenta no previó ninguna sanción en caso de incumplimiento por parte del demandante de tal carga, ni la Corte trató este punto en su sentencia, pero el Procurador General de la Nación en su concepto sí se refirió a tal cuestión, criticando la falta de técnica del gobierno al no contemplar los efectos que acarrea la falta del depósito ordenado.

En realidad no se contempló expresamente la sanción o el efecto que genera su incumplimiento. No puede hablarse de inadmisión de la demanda, porque su constitución se ordena en tal providencia y tampoco podría decretarse la perención del proceso —artículo 148 del Código Contencioso Administrativo— porque esta supone que exista proceso, el que sólo surge con la notificación del auto admisorio de la demanda.

Sin embargo, sí existe un remedio procesal compatible a mi juicio con el proceso administrativo, se trata del previsto en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil.

De la lectura de este artículo se colige que cuando el auto admisorio no se notifique al demandado dentro de los 120 días siguientes a la notificación al actor de la admisión, sólo se interrumpirá la caducidad cuando se surta la notificación a la eventual parte opositora.

Como con cargo a tal depósito deberán hacerse las diligencias de notificación, si el demandante no consigna o constituye el depósito no podrá surtirse la notificación y por ende no se interrumpirá la caducidad.

Esta sería entonces otra modificación respecto de la regla general de interrupción de la caducidad, la presentación de la demanda en forma, y la consecuencia jurídica del incumplimiento del depósito.

Podría pensarse también en la facultad del juez de sancionar con multas, al demandante renuente a cumplir la orden de depósito, si se dan los supuestos previstos en el artículo 39 del Código de Procedimiento Civil.

Esta sería en términos generales la correcta interpretación de la norma, pero el gobierno, acudiendo a su potestad reglamentaria, expidió el Decreto número 2867 de 1989, donde dispuso lo siguiente:

I. Define como gastos ordinarios del proceso los relacionados con notificaciones, publicaciones, copias, edictos, comunicaciones telegráficas y correo aéreo.

La definición como se ve es incompleta, porque quedan fuera otros conceptos que también son gastos ordinarios del proceso de conformidad con el Código de Procedimiento Civil.

II. Limita el monto máximo del depósito a la suma de \$ 20.000,00 reajustables en un 20% cada año.

Si es la ley la que concede al magistrado la facultad de fijar el monto de los gastos, ¿sí podrán determinarse por decreto reglamentario? Por lo menos sí surgen dudas muy razonables sobre la legalidad de tal disposición. Más aún, podría llegarse a pensar en su inaplicabilidad.

Esto miradas las cosas desde un punto de vista legal porque si se examina por el aspecto *conveniencia*, también surgen objeciones de fondo.

En el proceso contencioso administrativo, el pago de los auxiliares de la justicia, es el que ha generado dificultades.

Cuando un dictamen no es favorable a las pretensiones del actor, este se abstiene de pagarlos y si bien su cobro puede adelantarse ejecutivamente, lo cierto es que los peritos no inician el proceso de cobro, ven burlados sus honorarios y además se muestren renuentes a colaborar con el juez en futuros peritazgos.

Este depósito entonces podría subsanar este problema, pero como el monto máximo de gastos según el Decreto reglamentario, es de \$ 20.000,00, él ni siquiera alcanzará para cubrir los honorarios de los auxiliares.

III. El decreto reglamentario además, impone algunos deberes a los Secretarios de los Tribunales o de las Secciones, tales como las de llevar libros de contabilidad, otorgamiento de pólizas, apertura y manejo de cuenta corriente, cuestiones estas que si bien no pueden calificarse como ilegales, sí recargan el trabajo e imponen funciones que suponen por lo menos conocimientos contables mínimos.

Además, si la intención general de la Reforma Judicial es crear para la rama jurisdiccional una organización administrativa, donde cierto tipo de organismos cumplan tales funciones, ¿para qué se sigue dispersando su manejo?

Por último, creemos que en este punto de los “gastos ordinarios del proceso” el fallo de la Corte es definitivo y absoluto, toda vez que la Corporación en su fallo dice: “para concluir, el que se exija un depósito anticipado, que es un simple mecanismo para sufragar costas, no viola el debido proceso ni ninguna otra norma constitucional”, las subrayas no son del texto.

La notificación del auto admisorio de la demanda, también sufrió variaciones.

Esta providencia debe notificarse personalmente al Ministerio Público, al igual que todas las providencias que se dicten en el curso del proceso, artículo 127 del Código Contencioso Administrativo, y a la parte demandada.

Si no puede notificarse personalmente al demandado se acude a una notificación subsidiaria por aviso que se practica haciendo entrega al empleado de la entidad demandada que reciba al notificador, de la copia de la demanda y del auto admisorio y de aviso en tal sentido. Se practica cuando no pueda hacerse la notificación personal al representante legal de la entidad o a su delegado. En este caso el mismo día se entiende surtida la notificación personal y a partir del día siguiente empezará a correr el término de ejecutoria del auto admisorio, recuérdese que contra esta providencia cabe, por regla general el recurso de reposición.

¿Cuándo debe practicarse esta notificación subsidiaria? Cuando no sea posible hacer la notificación personal y para ello deben efectuarse todas las diligencias posibles para surtirla.

En los asuntos de orden nacional que se tramitan en los Tribunales, a excepción de Cundinamarca, la notificación a los representantes legales debe hacerse por conducto del funcionario de mayor jerarquía de la entidad demandada en el respectivo departamento *o en su defecto* por el gobernador.

En tal caso la notificación se entenderá surtida transcurridos 5 días de la correspondiente diligencia.

Debe entenderse que “en su defecto” se notificará al gobernador, cuando no exista un funcionario de mayor jerarquía de la entidad nacional demandada en el respectivo departamento.

Si no es posible surtir la notificación con el funcionario de mayor jerarquía o el gobernador, la única solución lógica es acudir a la notificación subsidiaria por aviso, entendiendo, en tal caso que la notificación solo se entiende surtida 5 días después de practicada la misma.

Cuando la entidad nacional delega por acto administrativo en funcionarios con sede en el Departamento la facultad de notificarse de las demandas y de constituir apoderados, la notificación se surte en la primera forma, esto es por notificación personal y subsidiariamente por aviso.

El término de fijación en lista, además, fue reducido de 10 a 5 días.

En cuanto a los recursos contra las providencias que pueden dictarse en esta etapa del proceso, la situación es la siguiente:

Contra el auto admisorio de la demanda, salvo cuando en él se resuelva también solicitud de suspensión provisional sólo cabe el recurso de reposición por tratarse de un auto de trámite dictado por el ponente artículo 180 del Código Contencioso Administrativo. En el caso de la suspensión provisional, si el proceso es de única instancia el auto lo debe dictar la Sala, se trata de auto interlocutorio, y contra él sólo cabe el recurso de reposición —artículo 180 y 201—. Si el proceso es de primera instancia, también lo dictará la Sala y contra él cabe el recurso de apelación —artículo 181 numeral 2 y 207 Código Contencioso Administrativo—.

Respecto del auto que ordena corregir los defectos, sólo cabe el recurso de reposición, trátase de proceso de única o de primera instancia. Esto por disposición expresa del artículo 143 del Código Contencioso Administrativo.

En lo que toca con el auto que *inadmita* la demanda, creemos que en procesos de única instancia debe ser dictado por el ponente, y el mismo será susceptible del recurso de súplica.

En procesos de dos instancias, será dictado por la Sala y susceptible de apelación.

Hay que advertir que la anterior enunciación puede ser discutible, porque —y eso es uno de los grandes defectos del Código Contencioso y su reforma— no existe, como sí lo hay en el Código de Procedimiento Civil —artículo 29— una norma que determine cuáles providencias dicta la Sala o Sección y cuáles el magistrado sustanciador.

La apelación o la súplica del auto que inadmite la demanda, cuando se han exigido previamente requisitos, comprende a éste último, por aplicación del artículo 85, inciso final del Código de Procedimiento Civil.

Otra figura nueva que seguramente generará controversia es la introducida por el Decreto 2282 de 1989 al artículo 88 del Código de Procedimiento Civil, la “sustitución de la demanda”.

Veamos, el Código Contencioso Administrativo contempla en su artículo 208 la aclaración y corrección de la demanda, pero en cuanto a su retiro hay que acudir al artículo 88 del Código de Procedimiento Civil.

Este artículo 88 modificado, habla no sólo del retiro, sino de la sustitución de la demanda. Si por sustitución de la demanda se entiende la facultad del actor de variar totalmente las pretensiones y poder reemplazarlas por otras totalmente distintas de las iniciales. ¿Podrá utilizar dicha facultad en el proceso contencioso? Para contestar tal interrogante deberá acudirse a la regla ya expuesta: la compatibilidad de las normas procesales civiles con el proceso contencioso administrativo, porque tal mecanismo podría convertirse en una forma de burlar los términos de caducidad de la pretensión que consagra el artículo 136 del Decreto 01 de 1984.

El Decreto 2304 de 1989, no trató ninguno de estos puntos, sólo dispuso que la aclaración o corrección de la demanda debía notificarse nuevamente al curador ad-litem, si los terceros interesados estuvieren representados por él.

No era necesario porque ya ese tercero es parte y obviamente la nueva actuación debe surtirse con todas las partes del proceso.

Sobre la contestación de la demanda, el artículo 68 del Decreto 2304, derogó entre otras normas el artículo 145 del Código

Contencioso Administrativo que ordenaba apreciar como indicio en contra del demandado, siempre que no fuera entidad pública, la falta de contestación de la demanda. Creemos que tal derogatoria implica entonces que la falta de contestación de la demanda no tiene ninguna trascendencia probatoria en el proceso administrativo.

En materia de intervención de terceros, el Decreto, insiste en que los terceros, sólo pueden intervenir como coadyuvantes o impugnantes —terceros típicos del proceso administrativo— en los procesos de simple nulidad. En los demás procesos, tal calidad, coadyuvante o impugnante, sólo se reconocerá a quien demuestre un interés directo.

Para las pretensiones contractuales y de reparación directa, existe disposición especial respecto de otros terceros llamamiento en garantía y la denuncia del pleito, etc., artículo 217 ⁽¹⁾.

Se desaprovechó, la oportunidad de hacer claridad sobre la intervención de terceros en otro tipo de procesos, verbigracia en los de restablecimiento del derecho, donde también pueden tener aplicación figuras como la del litis consorcio, la intervención ad-excludendum, etc., pues el punto ha generado discusiones, aunque el Consejo de Estado ya ha reconocido su operancia —Proceso de Seguros de Estado S. A. contra las Empresas Públicas de Medellín, auto de marzo 9 de 1988— Sección Tercera expediente número 4.913. Extractos marzo de 1988, página 130.

Además, la modificación del artículo 217, respecto de los procesos contractuales y de reparación directa, introduce un elemento de confusión al expresar que ellas —tales figuras— serán procedentes, *siempre que ello sea compatible con la índole o naturaleza de la jurisdicción Contencioso Administrativo*.

En el régimen de pruebas, la única modificación fue la referente a la facultad oficiosa de decretar pruebas, que en el Decreto 01 de 1984, se podían ordenar oficiosamente al momento de decretar las solicitadas por las partes o antes de otorgar el traslado para alegar. pruebas todas que debían ser decretadas por el magistrado sustanciador.

1) El Decreto 2304 de 1989, artículo 55, modificó también el artículo 218 del C. C. A., que se refiere al desistimiento y a la transacción en las pretensiones contractuales y de reparación directa. Tal disposición —el artículo 55— fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia: Sentencia del 20 de julio de 1990. Exp. 2068 Ponente: Dr. Fabio Morón D.

Con la modificación pueden decretarse pruebas de oficio por el ponente, en cualquiera de las instancias, en el auto que decreta pruebas, o en la oportunidad procesal de decidir, es decir, antes de dictar sentencia, y en este último caso sólo para esclarecer puntos oscuros o dudosos del proceso, mediante providencia que debe dictar la sala o sección, no susceptible de ningún recurso.

La modificación es conveniente, porque tal como estaba regulada en el Decreto 01 de 1984 era improbable el uso de tal facultad.

En lo relacionado con la admisibilidad, práctica y valoración de la prueba; se aplica el Código de Procedimiento Civil, tal como lo disponía originalmente el Decreto 01 de 1984.

En cuanto a la etapa de traslados para alegar se adicionó y precisó la disposición existente, en el sentido de que el traslado al fiscal será por diez días, término que no aparecía en el Decreto 01 de 1984.

¿Será este término perentorio y preclusivo? Ante el texto modificado del artículo 211 del Código Contencioso Administrativo, tal interrogante debe responderse en forma afirmativa.

Las audiencias públicas, reguladas por el artículo 147 del Código Contencioso Administrativo se solicitarán ya durante el traslado para alegar y se practicarán antes de que el proceso entre a despacho para sentencia.

Cambió entonces el momento para su petición y práctica.

4. *Las excepciones*

Durante la vigencia de la Ley 167 de 1941 tanto las excepciones previas como las de fondo se resolvían en la sentencia.

El Decreto 01 de 1984, dispuso en su artículo 163 que la excepción previa podía alegarse como motivo de nulidad, como razón para recurrir y como excepción de fondo, lo que permitía entonces que fuera decidida antes de la sentencia.

Tal disposición además fue precisada por la jurisprudencia en el sentido de que podían alegarse como causa de nulidad, razón para recurrir o como excepción de fondo, cuando efectivamen-

te constituyeran tal, es decir, que sólo podían alegarse, para citar un ejemplo, como causales de nulidad aquellas excepciones previas que constituyeran nulidad procesal y así respecto de las otras.

El Decreto 2304, derogó el artículo 163 del Código Contencioso Administrativo que se refería a las excepciones previas.

¿Qué pasa entonces con las excepciones previas en el proceso contencioso administrativo? ¿habrá que acudir al Código de Procedimiento Civil?, ¿tendrá que tramitarse incidente de excepciones previas? ¿se decidirán en la sentencia?

La premisa fundamental en esta materia es que la excepción previa como tal, es decir aquella que ataca el procedimiento mismo y es materia de especial y previo pronunciamiento, no existe en el proceso contencioso administrativo.

Así las cosas, no habrá que acudir al Código de Procedimiento Civil y mucho menos tramitar incidente de excepciones previas.

Las excepciones previas, tal como sucedía en la Ley 167 de 1941 deben entonces declararse o decidirse en la sentencia de fondo.

Idea que se reafirma si se lee el artículo 166 del Decreto 01 de 1984 que dispone tramitar como incidentes sólo las cuestiones accesorias que se presenten dentro del proceso y que el Código *expresamente ordene tramitar en esa forma*, dentro de las cuales no se mencionan las excepciones previas, y los artículos 164 y 170 que ordenan resolver en la sentencia *todas las excepciones probadas*, aunque no hayan sido expresamente alegadas ⁽¹⁾.

No obstante, nada impide que si una excepción previa está considerada como causal de nulidad —artículo 140 Código de Procedimiento Civil—, ella sea alegada como tal en el proceso, o en el evento de no ser causa de nulidad, alegada como razón para recurrir del auto admisorio o como excepción para decidir en la sentencia, según el caso.

A nuestro juicio se debió acudir al Código de Procedimiento Civil, en lo atinente a la regulación de las excepciones previas o por lo menos, consagrar un incidente de excepciones previas, *de previo pronunciamiento*, por obvias razones de economía procesal.

1) El Código de Procedimiento Civil —Artículo 306, exige que las excepciones de prescripción, compensación y nulidad relativa deben proponerse para que puedan ser declaradas por el juez.

5. *Los recursos ordinarios*

La única modificación se refirió al recurso ordinario de súplica, cuando era una de las materias que mayor claridad requería.

El Decreto 2304 de 1989 dispuso que la súplica procede contra “los autos interlocutorios dictados por el ponente en todas las instancias”.

¿Cuáles serán los autos interlocutorios dictados por el ponente?

En este aspecto, tampoco se aprovechó la oportunidad para fijar una regla general de competencia de la Sala o Sección y del ponente, cuestión que habría despejado todas las dudas y errores que ocurren en materia de recursos en el proceso administrativo.

Recuérdese que sólo en casos aislados —el de suspensión provisional, por ejemplo— se determina el órgano que debe emitir la providencia.

El Proyecto presentado por la Comisión Asesora indicaba que providencias eran susceptibles de reposición —los autos de trámite dictados por el ponente—, cuáles de apelación —en los que incluía los autos interlocutorios dictados con fundamento en instituciones de Procedimiento Civil— y cuáles de súplica, lo que indirectamente permitía fijarla.

De todo ello sólo fue recogido en el Decreto lo referente al recurso de súplica.

En materia de recursos entonces, la situación es la siguiente:

a) Reposición: contra los autos de trámite que dicten el ponente y los *interlocutorios* dictados por la Sala o Sección del Consejo de Estado, o por la Sala o Sección del Tribunal cuando no sean susceptibles de apelación.

b) Súplica: contra los autos interlocutorios proferidos por el ponente.

c) Apelación: contra los enunciados en el artículo 181 del Código Contencioso Administrativo.

¿La enumeración es taxativa?

¿Cabría tal recurso, en el caso de autos interlocutorios que se dicten para figuras procesales que por remisión se rigen por el Có-

digo de Procedimiento Civil? ¿En materia de nulidades y de intervención de terceros por ejemplo?

En este punto se han presentado tesis contrarias, aún entre las mismas Secciones del Consejo de Estado. La tesis que parece ser la más acertada es la que sostiene que dicha relación es enunciativa, y que sí es procedente el recurso de apelación, en las cuestiones en que hay remisión al Código de Procedimiento Civil, caso de la nulidad por ejemplo, entre otras cosas, agregaríamos, porque la Ley de facultades —la 30 de 1987— no solamente facultó al gobierno para simplificar el trámite, sino para *ampliar el recurso de apelación*.

No obstante, la reforma parece dar a entender que dicha relación es taxativa, confróntese el texto actual y el original del Decreto 01 de 1984.

El trámite de la segunda instancia de las sentencias ante el Consejo de Estado, tuvo algunas modificaciones:

Reducción de los términos para la sustentación del recurso, para el concepto fiscal y para la resolución del recurso. En cuanto a la apelación de autos, varió la oportunidad para su sustentación al determinar que esta debe hacerse, so pena de deserción, en un término de tres días, previo o anterior a la admisión del recurso.

Antes, la sustentación se hacía con posterioridad a la admisión del recurso.

Un aspecto que no se ha examinado, es el efecto en que debe otorgarse el recurso de apelación, pues salvo el caso de la suspensión provisional, el Código Contencioso no contiene una regla sobre el particular. Habrá que acudir entonces al Código de Procedimiento Civil que consagra como regla general el efecto devolutivo. De todas maneras en este aspecto incide la tesis que se adopte respecto de la enumeración del artículo 181 del Código Contencioso Administrativo, porque si se considera enunciativa habrá que mirar qué efecto prevé el Código de Procedimiento Civil respecto de cada providencia en particular.

6. *El procedimiento electoral y otros*

De otro lado, en esta síntesis de la reforma, bien vale la pena destacar algunas modificaciones introducidas al procedimiento especial electoral, así:

a) En materia de intervención de terceros permite la intervención de cualquier persona como coadyuvante o impugnador.

Recuérdese que la Ley 96/85, artículo 69, exigía en estos casos la demostración de un interés directo en el juicio, restringiendo entonces la participación de terceros, cuando la pretensión, en este tipo de asunto siempre se ha calificado como pública u objetiva.

b) En materia de desistimiento.

Prohíbe el desistimiento en este tipo de procesos.

El artículo 69, Ley 96/85, citado permitía el desistimiento de intervinientes y demandantes, en este último caso previa aceptación del Ministerio Público.

c) En materia de pruebas.

Prohíbe comisionar para su práctica, tratándose del Consejo de Estado las que se practiquen en el lugar de su sede y en el caso de los tribunales las que se practiquen dentro de su jurisdicción.

La anterior prohibición según el artículo 68 de la Ley 96/85, modificado era sólo en el caso de impugnación de Corporaciones de elección popular.

En relación con el proceso electoral, surgió al principio de la expedición del Decreto 2304, la duda sobre la existencia de la caducidad de la acción electoral, toda vez que en la nueva redacción del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, se había suprimido, el último inciso que se refería a la caducidad de la acción electoral.

No obstante, con fundamento en la Ley 14 de 1988, se ha dicho que la caducidad de la acción electoral no desapareció.

En los procesos por jurisdicción coactiva la tramitación de apelaciones e incidentes de excepciones se hará de conformidad con el Código de Procedimiento Civil, atendiendo las normas del proceso de ejecución.

La disposición original —artículo 252— establecía que en tales asuntos se aplicaría lo dispuesto en el Código Contencioso para el procedimiento ordinario, en lo pertinente, en lo demás el Código de Procedimiento Civil.

Para finalizar, adviértase que el Decreto 2304 de 1989 modificó también la parte primera del Código Contencioso que se re-

fiere al procedimiento administrativo y a la vía gubernativa, normas que fueron declaradas inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, veáse sentencia de junio 20 de 1990. Magistrado Ponente: Doctor Fabio Morón Díaz —y además modificó los artículos referentes a las pretensiones— artículos 83 y siguientes, que no son objeto de este artículo.

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