

## **COMISION REDACTORA DEL PROYECTO DE CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO**

### **Acta No. 16 (sesión de 21 de enero de 2004)**

Siendo las 5:00 p.m. del día 21 de enero de 2004, previa convocatoria del Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, se reunieron en la sede de éste los integrantes de la Comisión Redactora del Código General del Proceso, con el propósito de continuar con el trabajo de la misma.

### **ORDEN DEL DIA**

1. DISCUSIÓN Y APROBACIÓN DEL ACTA No. 15 DEL DÍA 10 DE DICIEMBRE DE 2003.
2. ESTUDIO Y DISCUSIÓN DE LAS DISPOSICIONES PENDIENTES SOBRE “ACTOS PROCESALES”.

### **DESARROLLO DE LA SESIÓN**

Asistieron los Doctores, MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ, RAMIRO BEJARANO GUZMÁN, JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ, JAIRO PARRA QUIJANO, MIGUEL ENRIQUE ROJAS GÓMEZ y RICARDO ZOPÓ MÉNDEZ. Asistió además el Dr. EDUARDO BURBANO TORRES, quien hizo parte de la subcomisión que se encargó de elaborar el articulado del tema “Actos Procesales”. Se excusaron los Doctores

ULISES CANOSA SUÁREZ, HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO y MARCEL SILVA ROMERO.

Instala la sesión el Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Doctor Jairo Parra Quijano y concede la palabra al secretario para dar lectura del orden del día.

El secretario comenta que el acta de la última reunión fue puesta en conocimiento de los comisionados con antelación por medio de correo electrónico y no se recibieron observaciones. En consecuencia, el acta es aprobada.

En seguida el secretario expresa que el Dr. Burbano propone una nueva redacción de la disposición que remplace el artículo 81 vigente y que se ajusta a las conclusiones acogidas en la reunión anterior. El texto de la propuesta es transcrito:

**Artículo.--Demanda contra herederos determinados e indeterminados, demás administradores de la herencia y el cónyuge.**

**1. Demandados cuando no exista proceso de sucesión.** *Cuando se pretenda demandar en procesos de ejecución o de conocimiento, incluidos los de filiación, a los herederos de una persona cuyo proceso de sucesión no se haya iniciado y cuyos nombres se ignoran, la demanda deberá dirigirse indeterminadamente contra todos los que tengan dicha calidad, y se dispondrá por el juzgado emplazarlos en la forma y para los fines dispuestos en el artículo (318). Si se conoce a alguno de los herederos, la demanda se dirigirá contra éstos y los indeterminados.*

**2. Demandados cuando existe proceso de sucesión.** *Cuando haya proceso de sucesión en curso, el demandante, en proceso de conocimiento o ejecutivo, deberá dirigir la demanda contra los herederos reconocidos en aquél y los demás indeterminados, o sólo contra éstos si no existen aquéllos.*

**3. Demandados adicionales.** *En todos los casos anteriores, cuando se persigan en el proceso, directa o indirectamente, efectos patrimoniales, si hubiere albacea con tenencia de bienes o curador de la herencia yacente, la demanda también deberá dirigirse contra éstos y contra el cónyuge si se trata de bienes o deudas sociales.*

**4. Citación a entidad oficial.** *En los procesos de ejecución cuando no se encuentre abierto proceso de sucesión o en este no hubiere herederos*

reconocidos, el juez deberá citar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o a la entidad oficial que tenga vocación sucesoral de acuerdo con la ley sustancial.

**5. Herederos determinados que repudian la herencia.**

**a).** Para demandar herederos determinados no se requiere que éstos hayan aceptado la herencia. Si los demandados o ejecutados a quienes se les hubiere corrido traslado de la demanda o notificado el mandamiento ejecutivo, no manifiestan su no aceptación o su repudio de la herencia en el término para contestar la demanda o para proponer excepciones en el proceso ejecutivo, se considerará que para efectos procesales la aceptan.

**b).** Sin embargo, los herederos demandados en proceso de filiación, continuarán como parte en dicho proceso, no obstante repudien o no acepten la herencia.

El Dr. Burbano explica que el actual artículo 81 presenta dos hipótesis: en el inciso primero dispone la presentación de la demanda contra los herederos de una persona pero antes de que se haya iniciado proceso de sucesión y el tercer inciso se refiere al evento en que ya existe proceso de sucesión en curso. Agrega que el segundo inciso parece regular el evento en que se pretende demandar a un heredero cuando no ha aceptado la herencia. Comenta que sobre esa base se redactó la propuesta que se presenta a la comisión y que en el caso de los demandados adicionales la disposición actual sólo regula el evento en que haya proceso de sucesión, mientras que en el numeral 3° del proyecto se propone que sean demandados en cualquiera de los dos supuestos, es decir, haya o no proceso de sucesión. Destaca que en el numeral 4° se propone la citación y no la notificación al I.C.B.F.

Hace uso de la palabra el Dr. Álvarez para sugerir que el encabezado del artículo sea del siguiente tenor: “*Cuando se pretenda demandar en procesos de ejecución o de conocimiento, incluidos los de filiación, a los herederos de una persona, se seguirán las siguientes reglas:*” Explica que dicho enunciado es predicable de todas las hipótesis previstas en el artículo.

Al respecto comenta el Dr. Palacio que en los procesos ejecutivos el acreedor conoce los bienes que va a perseguir y al I.C.B.F no le quedará nada.

Interviene el Dr. Álvarez para manifestar que la Corte Suprema ha sostenido que la demanda de filiación contra herederos indeterminados no hace que la sentencia produzca efectos erga omnes.

El Dr. Burbano indica que la Corte ha sostenido que el proceso de filiación no puede adelantarse contra herederos indeterminados y lo que se propone es permitir expresamente adelantar el proceso de filiación contra herederos indeterminados y asegurar que la sentencia produzca efectos respecto de todos los herederos. Advierte que para que la propuesta sea realizable es necesario reformar el inciso 5° artículo 332 del código de procedimiento civil.

El Dr. Álvarez propone que la citación que se le haga al I.C.B.F. se extienda a los procesos de conocimiento, frente a lo cual el Presidente manifiesta que no es posible imaginarse un proceso ejecutivo en el que se perjudique a herederos indeterminados. Propone que se suprima ese punto.

Interviene nuevamente el Dr. Álvarez para señalar que el curador de herederos indeterminados es dativo, razón por la cual no existe una persona que proteja los bienes de la herencia. Agrega que la posición intermedia es citar al I.C.B.F. ya que éste tiene vocación sucesoral.

Hace uso de la palabra el Dr. Zopó para expresar su desacuerdo frente a la propuesta de adelantar un proceso ejecutivo sólo contra herederos indeterminados porque no tiene sentido expedir una orden de pago contra una persona indeterminada. Comenta que el inciso tercero del actual artículo 81 consagra esa posibilidad bajo la condición de que

haya proceso de sucesión en curso. Agrega que en esta situación hay sucesión pero no herederos indeterminados.

Sobre el punto comenta el Dr. Álvarez que el Dr. Edgardo Villamil acepta la posibilidad de demandar en proceso ejecutivo sólo a herederos indeterminados, frente a lo cual el Dr. Zopó manifiesta que esta situación se puede aceptar si se condiciona a que se cite al I.C.B.F.

Advierte el Dr. Palacio que dicha citación es de carácter forzoso, razón por la cual implica notificación, frente a lo cual propone el Dr. Burbano que se determine que será notificación y que actuará como parte.

El Dr. Álvarez plantea que se nombre curador provisional que proteja los bienes y se oficie al juez de familia para que declare yacente la herencia porque esta declaratoria implica unos requisitos que no puede cumplir el juez civil, frente a lo cual el Presidente sugiere que se establezca la posibilidad de demandar en proceso ejecutivo a herederos indeterminados bajo el entendido de que el juez designará curador provisional de bienes para la herencia, sin perjuicio de lo que resuelva el juez de familia. Propone la siguiente redacción para el numeral 4:

*En los procesos de ejecución cuando no se encuentre abierto proceso de sucesión o en este no hubiere herederos reconocidos, el juez designará un curador provisional de bienes para la herencia, sin perjuicio de lo que resuelva el juez de familia.*

La comisión acoge la propuesta.

El Presidente dispone que el artículo será sometido al escrutinio de los capítulos del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

En seguida el secretario da lectura al artículo sobre contestación de la demanda, cuyo texto se transcribe:

**Artículo —. Contestación de la demanda.** *La contestación de la demanda contendrá:*

1. *La expresión del nombre del demandado, su domicilio y los de su representante o apoderado en caso de no comparecer por sí mismo.*

2. *Un pronunciamiento expreso sobre las pretensiones y los hechos de la demanda, con indicación de los que se admiten y los que se niegan. En caso de no constarle un hecho, el demandado deberá manifestarlo así.*

3. *Las excepciones de mérito que se quieran proponer contra las pretensiones del demandante.*

4. *La petición de las pruebas que el demandado pretenda hacer valer.*

5. *El lugar donde el demandado, su representante o apoderado recibirán notificaciones personales.*

*A la contestación de la demanda deberá acompañarse el poder de quien la suscriba a nombre del demandado, la prueba de su existencia y representación y los documentos y pruebas que pretenda hacer valer.*

El Dr. Zopó inquiriere sobre la razón de suprimir la exigencia de alegar el derecho de retención, contenida en el actual numeral 3° del actual artículo 92, frente a lo cual manifiesta el Dr. Álvarez que en el código de 1970 no se hacía esa exigencia y la tendencia actual de los jueces es reconocer el derecho de retención de manera oficiosa, como parte de las consecuencias de las prestaciones mutuas, y ello suele suscitar la discusión en torno a la congruencia de la sentencia.

Interviene nuevamente el Dr. Zopó para indicar que la razón de haber exigido alegar el derecho de retención en la contestación de la demanda consistió en evitar que sólo viniera a alegarse en la diligencia de entrega sin haber provocado su reconocimiento en la sentencia. Agrega que el crédito tiene que estar reconocido. Pregunta si la propuesta apunta a que el derecho de retención se reconozca de oficio con pronunciamiento en la sentencia, ante lo cual el Dr. Álvarez responde afirmativamente.

Advierte el Dr. Palacio que el derecho de retención es de carácter excepcional y no se puede pretender que se vuelva genérico.

Acto seguido pregunta el Presidente si se han presentado inconvenientes por el reconocimiento oficioso del derecho de retención,

frente a lo cual el Dr. Álvarez manifiesta que presenta problemas, porque algunos alegan la incongruencia de la sentencia.

Comenta el Dr. Zopó que bajo el argumento anterior sí sería conveniente suprimir de la disposición la exigencia de alegar el derecho de retención.

Advierte el Presidente que suprimir la alegación del derecho de retención como contenido de la contestación de la demanda, no significa que pueda alegarse en la diligencia de entrega sin haber sido reconocido en la sentencia.

El Dr. Burbano pregunta si esta figura se puede identificar con una compensación, frente a lo cual el Dr. Zopó señala que la compensación es un fenómeno distinto y extingue la obligación.

A continuación el secretario da lectura al artículo sobre allanamiento a la demanda, cuyo texto es el siguiente:

**Artículo. —Allanamiento a la demanda.** *En la contestación o en cualquier momento anterior a la sentencia de primera instancia el demandado podrá allanarse expresamente a las pretensiones de la demanda, reconociendo sus fundamentos de hecho, caso en el cual se procederá a dictar sentencia de conformidad con lo pedido. Sin embargo, el juez podrá rechazar el allanamiento y decretar pruebas de oficio cuando advierta fraude o colusión, o lo pida un tercero que intervenga en el proceso como parte principal.*

*El allanamiento de uno de los varios demandados, no afectará a los otros, y el proceso continuará su curso con quienes no se allanaron.*

Señala el secretario que no se realizaron modificaciones a la disposición vigente. El artículo es aprobado.

En seguida se da lectura al precepto que trata sobre la ineficacia del allanamiento, el cual es transcrito:

**Artículo. —Ineficacia del allanamiento.** *El allanamiento será ineficaz en los siguientes casos:*

1. *Cuando el demandado no tenga capacidad dispositiva.*
2. *Cuando el derecho no sea susceptible de disposición de las partes.*
3. *Cuando el demandado sea la Nación, un departamento o un municipio.*
4. *Cuando los hechos admitidos no puedan probarse por confesión.*
5. *Cuando el apoderado que se allane carezca de facultad expresa para hacerlo.*
6. *Cuando la sentencia deba producir efectos de cosa juzgada respecto de terceros.*
7. *Cuando habiendo litisconsorcio necesario, no provenga de todos los demandados.*

Explica el secretario que se modificó la redacción del numeral 5° para dejar claro que el apoderado sólo puede allanarse si tiene facultad expresa para hacerlo, y se suprimieron las expresiones “intendencia” y “comisaría” contenidas en el numeral 3°.

El Dr. Álvarez sugiere modificar el numeral 3 para que diga “cuando el demandado sea una entidad territorial”. Sin más cuestionamientos el artículo es aprobado por la comisión.

Acto seguido el secretario procede a dar lectura a la disposición sobre falta de contestación de la demanda, cuyo texto reza:

**Artículo. — Falta de contestación de la demanda.** *La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto.*

Explica el secretario que la propuesta indica que la falta de contestación de la demanda ya no se apreciará como indicio grave en contra del demandado sino que hará presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión que están contenidos en la demanda.

Frente a esta propuesta el Presidente manifiesta que si todos los hechos son susceptibles de confesión el juez deberá dictar sentencia.

El Dr. Palacio manifiesta su conformidad con la propuesta porque de esa manera se obliga al demandado a contestar la demanda expresamente y se le otorga seriedad a la contestación.

El Dr. Álvarez sugiere disponer que este efecto se aplicará también para el evento en que no se cumpla lo dispuesto en el artículo 92, frente a lo cual plantea el Presidente que en las disposiciones sobre providencias judiciales se indique que en el caso del artículo 95 y cuando no se cumpla con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 92 el juez deberá dictar sentencia.

Dispone que se haga conocer la propuesta a los miembros del Instituto Colombiano de Derecho Procesal para recibir sus comentarios.

Con las observaciones anotadas se aprueba el artículo.

A continuación el secretario da lectura al artículo propuesto sobre excepciones previas, cuyo texto es el siguiente:

**Artículo. — Excepciones previas.** *Salvo disposición en contrario, el demandado en proceso de conocimiento, podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda:*

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

*10. No haberse ordenado la citación de otras personas que la ley dispone citar.*

*11. Haberse notificado la admisión de la demanda a persona distinta de la que fue demandada.*

*También podrán proponerse como previas las excepciones de cosa juzgada, falta de legitimación en la causa, transacción, prescripción, caducidad de la acción y carencia del derecho reclamado por expresa disposición legal.*

En relación con las modificaciones introducidas el secretario comenta que se incluyó en un solo artículo la falta de jurisdicción y de competencia. De igual manera al numeral 6° se le adicionó la expresión “cuando a ello hubiere lugar”.

Interviene el Dr. Bejarano para manifestar que el proyecto que se realice debe apuntar a suprimir las excepciones previas. Manifiesta su desacuerdo frente al trámite actual.

El secretario comenta que la propuesta presentada plantea una importante simplificación en el trámite de las excepciones previas.

El Dr. Álvarez comenta que para su trámite se correrá traslado al demandante de conformidad con lo dispuesto por el actual artículo 108 y se entiende que la única prueba que se admite es la documental. Agrega que si no va a haber control inicial de la demanda por parte del juez, se deben mantener las excepciones previas. Comenta que en el último inciso de la disposición propuesta se retoma la excepción de prescripción y se agregan la de falta de legitimación en la causa y la de carencia del derecho reclamado por expresa disposición legal. Plantea como ejemplo que no es posible que una entidad pública se beneficie de una prescripción especial establecida para adquirir por ese modo una vivienda de interés social.

En relación con la excepción propuesta sobre falta de legitimación en la causa sostiene el Presidente que decirle a un ciudadano que no tiene

legitimación significa privarle el derecho que tiene de acceder a la justicia, frente a lo cual comenta el Dr. Álvarez que este tema se maneja en la mayoría de procesos.

Señala el Dr. Bejarano que en la mayoría de los procesos se requiere demostrar la legitimación en la causa *ab initio*.

Sobre este punto el Presidente sugiere que se acoja dicha excepción pero con la aclaración de que la falta de legitimación debe ser manifiesta. La propuesta es acogida.

En relación con la excepción de prescripción el Dr. Zopó sugiere que se estudie en el momento en que se tenga clara la propuesta que se presentará en torno al recurso de casación.

La comisión decide aprobar la propuesta presentada con la adición sugerida por el Presidente.

En seguida el secretario da lectura al artículo sobre oportunidad y trámite de las excepciones previas, cuyo texto es transcrito:

**Artículo—.** *Oportunidad y trámite de las excepciones previas.* Las excepciones previas se formularán en el término del traslado de la demanda, en escrito separado que deberá expresar las razones y hechos en que se fundamentan. Al escrito deberán acompañarse todas las pruebas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en poder del demandado. El juez se abstendrá de decretar pruebas.

Las excepciones previas se tramitarán y decidirán de la siguiente manera:

1. Del escrito que las contenga se correrá traslado al demandante por el término de tres días conforme al artículo (108), para que se pronuncie sobre ellas y, si fuere el caso, subsane los defectos anotados.

2. El juez decidirá sobre las excepciones previas en la audiencia preliminar y si prospera alguna que impida continuar el trámite del proceso y que no pueda ser subsanada en la misma audiencia, ordenará devolver la demanda al demandante.

*Las excepciones previas de los numerales 8, 10 y 11 del artículo (97) se resolverán antes de la audiencia preliminar. Si prospera alguna de ellas, el juez ordenará la respectiva notificación o citación.*

*Si prospera la de falta de jurisdicción o de competencia, se ordenará remitir el expediente al juez que corresponda.*

*3. Si se hubiere corregido, aclarado o reformado la demanda, sólo se tramitarán una vez vencido el traslado. Si con aquélla se subsanan los defectos alegados en las excepciones, así se declarará en la audiencia.*

*Dentro del traslado de la reforma, el demandado podrá proponer nuevas excepciones previas siempre que se originen en dicha reforma. Estas y las anteriores que no hubieren quedado subsanadas, se tramitarán conjuntamente una vez vencido dicho traslado.*

*4. Cuando como consecuencia de prosperar una excepción, sea devuelta la demanda inicial o la de reconvenición, el proceso continuará respecto de la otra.*

Sostiene el Dr. Bejarano que resulta contradictorio que se le permita a una parte aportar pruebas y el juez no pueda decretarlas como se señala en la última frase del primer inciso. Sugiere que se revise este aspecto, planteamiento que es acogido.

Interviene el Dr. Álvarez para manifestar que la única prueba que se admite es la documental y que la propuesta indica que recibida la demanda se corre traslado e inmediatamente se fija fecha para la audiencia preliminar. Advierte que si las excepciones previas se resuelven antes de la audiencia genera inconvenientes.

Sobre el segundo inciso del numeral 2º el Dr. Bejarano sugiere que se complete con la siguiente frase: *“Del mismo modo se procederá cuando prospere la excepción de compromiso o cláusula compromisoria y el juez remitirá al centro de arbitraje establecido en el pacto arbitral o en su defecto a uno del domicilio del demandado”*. La propuesta es aprobada.

El Presidente plantea que se realice una propuesta en relación con el trámite de las mal denominadas excepciones mixtas, planteamiento que es acogido por la comisión.

A continuación el secretario da lectura a la disposición sobre Inoponibilidad posterior de los mismos hechos cuyo texto reza:

**Artículo ---.Inoponibilidad posterior de los mismos hechos.** *Los hechos que configuran excepciones previas, no podrán ser alegados como causal de nulidad por el demandante, ni por el demandado que tuvo oportunidad de proponer dichas excepciones, salvo cuando sea insaneable.*

Comenta el secretario que no se realizaron modificaciones al artículo vigente. Sin observaciones la comisión aprueba la disposición propuesta.

Acto seguido el secretario manifiesta que en relación con la audiencia preliminar la subcomisión plantea unas pautas que desea someter a consideración de la comisión antes de proceder a redactar el articulado.

Toma la palabra el Dr. Álvarez para explicar que se parte de la base de que en el proceso civil habrá dos audiencias; que en la primera hay que empezar por decidir sobre las excepciones previas y hay que fijar los hechos del litigio y decretar las pruebas. Advierte sobre la posibilidad de dictar sentencia anticipada en esa audiencia aunque sea parcial.

Interviene el Dr. Zopó para sugerir que si se va a disponer la sentencia anticipada dentro de la audiencia preliminar se establezca que en caso de que las excepciones mixtas prosperen, sean resueltas en ese momento. La propuesta es aprobada.

El Dr. Bejarano plantea que se debe precisar qué es la fijación del litigio, para que no siga ocurriendo lo que sucede actualmente.

El Dr. Álvarez comenta que los interrogatorios de parte en esta audiencia deben ser opcionales para que el proceso no pierda celeridad, frente a lo cual el Presidente manifiesta que de acuerdo con el actual artículo 202 del CPC el juez puede decretar interrogatorios de manera oficiosa.

Interviene nuevamente el Dr. Bejarano para sugerir que se redacte una disposición en la que se diga que el juez exhortará a las partes para que narren su versión de los hechos y posteriormente fijará los hechos del litigio, ante lo cual el Dr. Palacio plantea que la versión que expongan las partes estará sujeta a las reglas de la confesión.

La propuesta es acogida y se dispone que la subcomisión redacte la disposición.

En torno a la conciliación el Dr. Burbano manifiesta que el momento para intentarla no es la audiencia preliminar, pero puede terminar en ella si así las partes lo acuerdan.

El Dr. Álvarez plantea que se señale en la ley el número exacto de días que debe pasar antes de la audiencia preliminar de tal modo que el secretario sólo fije la hora. Trae a colación el ejemplo del proceso penal paraguayo. Plantea que de esa manera se obliga al juez a hacer pronto las audiencias.

Sobre el punto el Dr. Zopó advierte que se puede presentar el problema de coincidencia de fechas de audiencias debido a que el juez puede programar para otra fecha la continuación de una audiencia suspendida, frente a lo cual sugiere el Dr. Bejarano que se instituya la figura del juez suplente o juez itinerante para solucionar los casos en que el funcionario no pueda estar presente en una audiencia. Agrega

que se debe establecer límites en el tiempo para la realización de las audiencias.

Con las observaciones anotadas el Presidente sugiere que se redacte la disposición.

Siendo las 8:00 p.m. se levanta la sesión.

MIGUEL ENRIQUE ROJAS GÓMEZ

Secretario de la Comisión

/H.C.T.