

Generality on the executive
process and its legitimacy in the
Social State of Law

Acerca del
proceso ejecutivo.
Generalidades y
su legitimidad en
el Estado Social de
Derecho

Fecha de recepción: Agosto 15 de 2009

Fecha de aceptación: Noviembre 5 de 2009

*Carlos Adolfo Prieto Monroy**

RESUMEN

Dentro del catálogo de procesos judiciales previsto por el Código de Procedimiento Civil se encuentra el proceso ejecutivo, por cuyo efecto se pretende lograr el cumplimiento forzoso, por vía judicial, de una obligación clara, expresa y exigible. Si bien se trata de una institución judicial necesaria para la realización de la justicia en la sociedad, la práctica ha puesto de presente que en muchos casos esta herramienta judicial ha sido reducida a un simple mecanismo de cobro de obligaciones de dinero, con una completa abstracción de la finalidad de los procesos judiciales.

Así las cosas, es pertinente la revisión del uso que se le da al proceso ejecutivo en tanto instrumento jurisdiccional, a la luz de los postulados propios del Estado Social de Derecho, a efectos de reivindicar su función como proceso judicial que abra espacio a la realización del Principio de Dignidad Humana.

ABSTRACT

The executive process is one of the legal processes included in the Code of Civil Procedure. This process tries to achieve the compulsory compliance –via legal– of a clear, express and liable obligation. While it is a legal institution, necessary to implement justice in society, sometimes this tool has been reduced to a simple drawing mechanism of money obligation, disassociating the purpose of legal processes. So, it is necessary to review the use of the executive process as a legal process making room to apply the Human Dignity Principle.

* Abogado javeriano, especialista en Derecho Laboral por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá; miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal; profesor de las Universidades Javeriana y Los Libertadores de Bogotá. Coordinador del Área de Derecho Procesal en el Centro de Estudios en Derecho Laboral de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Investigador del Grupo Derecho y Política. Consultor y litigante en temas de Derecho Laboral y Seguridad Social. Bogotá. Contacto: calufotest@gmail.com

Palabras clave

Estado Social de Derecho, Proceso Judicial, Debido Proceso, Proceso Ejecutivo, Ficción, Justicia, Posmodernidad.

Key words

Social State Law, Legal Process, Due Process, Executive Process, Fiction, Justice, Post Modernity.

INTRODUCCIÓN

A continuación proponemos un estudio acerca de la aplicación fáctica de los postulados del Derecho al debido proceso en la estructura y trámite del proceso ejecutivo, del cual poca noticia se tiene en la literatura jurídica nacional. Pareciera que los temas de debido proceso fuesen ajenos al del proceso ejecutivo y que, por lo tanto, no hubiese punto de contacto ni de vinculación entre uno y otro.

Lo que sí abunda en nuestra literatura jurídica son obras referidas al proceso ejecutivo y sus anexos –medidas cautelares, liquidación de créditos, respecto de sus especialidades, etcétera–, que abordan el tema desde una perspectiva eminentemente técnica, basadas en el análisis y explicación de las normas que regulan este procedimiento judicial, y teniendo como tema subyacente la necesidad de dotar de celeridad a este mecanismo procesal, el cual, dicho sea de paso, representa un altísimo porcentaje de las demandas que en la actualidad ocupan a la judicatura.

De golpe por eso, por la concepción eminentemente técnica que se tiene en el foro respecto del proceso ejecutivo, este se desvincula de la dogmática constitucional que, por ejemplo, en el caso del procedimiento penal, se debate a diario en medios académicos y jurisdiccionales. El proceso ejecutivo se concibe como un mecanismo “para cobrar plata” y nada más, y esa concepción es la que ha servido para que sea utilizado simplemente como eso, desligado por completo de la sistemática y de la fundamentación del derecho procesal.

En este estado de cosas, y ante la evidencia del mal uso que algunos operadores jurídicos hacen de esta herramienta –necesaria por demás–, se aborda el tema en este artículo. No es nuestra idea proponer un tratado técnico jurídico acerca del proceso ejecutivo, puesto que, como ya hemos dicho, abundan obras al respecto. Es más bien nuestro interés revisar esa figura valiéndonos de los criterios que informan un derecho fundamental, vulnerado a diario, como es el del debido proceso.

Sí nos interesa proponer conceptos y, de alguna forma, ofrecer una propuesta de adecuación de un instrumento necesario para el buen tráfico social a las realidades de la comunidad en la que opera y, sobre todo, respetuoso de la dignidad humana y reconocer de personas antes que de simples cifras.

EL DEBIDO PROCESO

Desde la misma institución del procedimiento como mecanismo para la solución de conflictos con participación de la autoridad judicial, esto es, con intermediación del poder estatal capaz de dirimir controversias, se ha planteado la necesidad de sujetar ese proceder a reglas vinculantes para la autoridad, en este caso el juez, que proscriban la venalidad y que garanticen que la participación del Estado en ese evento tendrá lugar en términos de justicia, de imparcialidad y de equidad.

Es así como, con posterioridad al movimiento ilustrado del siglo XVIII y, ya circunscrito exclusivamente al ámbito jurídico, con el movimiento de la codificación, por una parte, y por otra con el de la sistematización y fundamentación de la ciencia jurídica al amparo de las escuelas alemanas del siglo XIX, se creó una disciplina jurídica particular, dedicada al estudio, análisis, fundamentación e implementación de normas que rigieran el ejercicio de la jurisdicción, cual es el Derecho Procesal¹.

Sin embargo, y como consecuencia de su origen, el Derecho Procesal se desarrolló como un cuerpo normativo de contenido formal y abstracto, que se complacía en la mera observancia y satisfacción de sus contenidos, independientemente de sus contenidos jurídicos sustanciales, y mucho menos de las relaciones jurídicas que se buscaba resolver por su conducto. Así, se convirtió en un mero formulismo, en un conjunto de reglamentaciones, en unos pasos para obtener algo, pero ajenos en sí mismos al algo pretendido.

Uno de los efectos que tuvo la posguerra de 1945, en lo que a la Ciencia Jurídica se refiere, fue el de limitar el alcance de la actuación del Estado, pero no a simple criterio de legalidad –el cual, con la construcción de los regímenes totalitarios puso de presente sus deficiencias–, sino a unos contenidos axiológicos.

Es así como se plantea la necesidad de establecer unos criterios que hagan que el proceder de la administración, en sentido extenso, y de la judicatura, particularmente, se adecue a las necesidades de los destinatarios de las normas jurídicas, de los ciudadanos, reconocidos en su condición de personas, y que de la misma forma sirva de límite a la acción

¹ Respecto de las justificaciones lógica y práctica del procedimiento, vid. Prieto (2002, pp. 50 y ss.).

estatal. Se plantea la necesidad de contar con un debido proceso.

Así las cosas, nos referiremos a continuación al concepto de debido proceso, en tanto derecho fundamental conforme con nuestra Carta Política, y en sus alcances ante la administración, respecto de los contenidos del Derecho, y ante la judicatura, de su contenido; y la forma como a través de él se aplica el Derecho.

El artículo 29 de la Constitución Política de 1991 consagra, como derecho fundamental, el del debido proceso, en los siguientes términos:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

“En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

“Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

De esta definición se pueden extraer los siguientes elementos:

- Es predicable tanto de actuaciones administrativas como judiciales.
- Su contenido se circunscribe a la observancia de unas normas que determinen el derecho positivo alegado, el juez competente, y el procedimiento a seguir en el caso particular.

- La consagración se refiere preferentemente al ámbito penal.

Y, al punto, con el ánimo de proponer un concepto que abarque a plenitud su contenido, y en consideración al hecho de que positivamente el sistema jurídico colombiano no lo define, diremos que el debido proceso es la actividad estatal desarrollada con arreglo a las normas positivas y a los principios y finalidades del Estado, dependiendo del ámbito de actividad en el que se desenvuelva la autoridad², el cual, reducido al ejercicio de la judicatura, se puede definir como “la actividad judicial ordenada a resolver pretensiones, la cual se desarrolla con arreglo y observancia a unos principios, reunidos en el concepto de justicia, y particularizados en las normas de procedimiento y las propias de cada proceso” (Prieto, 2003).

Hemos dicho que no existe una definición positiva del debido proceso en nuestro foro. Del desarrollo del concepto se ha encargado la Corte Constitucional, a través de los fallos de tutela que al punto ha proferido, y que, por cierto, son abundantes. Dicho desarrollo jurisprudencial se debe al hecho de que, conforme con la consagración hecha por el artículo 29 de la Constitución, se trata de un derecho fundamental, que se sustenta en un “bloque” de garantías para el ciudadano ante y respecto del Estado. En sentencia T-280 de 1998, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, la Corte Constitucional dispuso lo siguiente:

(...) el debido proceso es todo un conjunto de derechos de las personas expresado en los artículos 28 (libertad de movimiento y otras cortapisas que se imponen al Estado), 29 (el propio debido proceso y el derecho de defensa), 30 (recurso de hábeas corpus), 31 (doble instancia), 33 (inmunidad penal), 36 (derecho de asilo). La importancia del de-

2 “El debido proceso es el conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso, que le aseguran a lo largo del mismo una recta y cumplida administración de justicia, la seguridad jurídica y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho (...) Como las demás funciones del estado, la de administrar justicia está sujeta al imperio de lo jurídico: solo puede ser ejercida dentro de los términos establecidos con antelación por normas generales y abstractas que vinculan positiva y negativamente a los servidores públicos. Estos tienen prohibida cualquier acción que no esté legalmente prevista, y únicamente pueden actuar apoyándose en una previa atribución de competencia. El derecho al debido proceso es el que tiene toda persona a la recta administración de justicia”. Corte Constitucional. Sentencia T-001/93. M. P. Jaime Sanín Greiffenstein.

bido proceso se liga a la búsqueda del orden justo, por consiguiente, en la constitución de 1991 el debido proceso es algo más que tipificar conductas, fijar competencias, establecer reglas de sustanciación y ritualismos, indicar formalidades y diligencias, como se deducía de los términos empleados por la ley 153 de 1887.

“(..)

Quedando claro que el debido proceso es un derecho fundamental, del cual es titular la persona, y que le es oponible a las autoridades públicas, sean estas administrativas o judiciales³, veamos ahora cuál es el contenido sustancial de este derecho fundamental.

3 Respecto de la referencia al debido proceso judicial sirvanos para ilustrar las citas anteriores; respecto del debido proceso administrativo, es iluminante lo propuesto por la Corte Constitucional en sentencia T-431 de 2005, M. P. Alfredo Beltrán Sierra: “El objeto del debido proceso administrativo es garantizar a través de la evaluación de las autoridades administrativas competentes y de los Tribunales Contenciosos, si los actos proferidos por la administración, se ajustan al ordenamiento jurídico previamente establecido para ellos, con el fin de tutelar la regularidad jurídica, afianzar la credibilidad de las instituciones del Estado y asegurar los derechos de los gobernados”. (...)

“Es así como el debido proceso administrativo garantiza la correcta producción de los actos administrativos, y por ello extiende su acción a todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública, en la realización de sus objetivos y fines estatales; es decir, comprende todas sus manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos de la administración, a las peticiones que realicen los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y, desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando el particular estime que a través de ellas se hayan afectado sus intereses.

La legalidad de los actos administrativos es el resultado de la imperiosa obligación de que el funcionario público someta su conducta a una serie de normas que le señalan el camino a seguir en cuanto a la toma de decisiones. La actividad de la administración no obra arbitrariamente, pues debe someterse la voluntad a los preceptos constitucionales que rigen la materia, a las leyes y a los reglamentos que le dan la competencia a cada funcionario”.

El contenido jurídico del debido proceso

Quedando explicado el concepto de debido proceso, y aclarada su naturaleza en tanto derecho fundamental, sea del caso detenernos un momento en el contenido jurídico del mismo.

El debido proceso se fundamenta en el derecho de acción, siendo este el que tiene la persona para acudir ante las autoridades jurisdiccionales a efectos de que estas diriman los conflictos o controversias que se susciten en la vida en comunidad. En este orden de ideas, este derecho de acción se realiza adecuadamente en la medida en que se observe un debido proceso en su ejecución.

Así pues, podemos afirmar que el contenido jurídico del debido proceso está dado por su función actualizadora del derecho de acción, cuya finalidad es la de obtener un pronunciamiento de la judicatura, en el sentido de obtener resolución a un conflicto o controversia de relevancia jurídica mediante la fuerza vinculante e imparcial de la autoridad.

Ese recurso a la judicatura tiene su causa en la necesidad de que un juez declare la existencia de un derecho, o para que haga efectivo alguno que se vea vulnerado o para que proteja alguno perturbado.

La aplicación del derecho a través del procedimiento

En el evento en que un ciudadano hace ejercicio de su derecho de acción, al acudir ante la jurisdicción, este busca que, en el caso de su controversia particular, haya una manifestación estatal que aplique el Derecho en relación con el asunto y resuelva la controversia.

Conforme con lo dispuesto por el artículo 230 de la Constitución Política, los jueces, en sus providencias, solo “están sometidos al imperio de la ley”. Esta premisa es típica de un sistema de Derecho Legislado con fundamento positivista, como el nuestro, y, en consecuencia, implica que, al resolver conflictos, los jueces darán aplicación preferente –sí no exclusiva– a los contenidos del Derecho Positivo –constitución, leyes y decretos–.

La doctrina positivista dominante propone, a grandes rasgos, que el Derecho es exclusivamente aquello que el Estado determine como tal, en la medida en

que se trata de aquello que puede ser exigible y, por lo mismo, imponible. Es a este tipo de contenido a lo que el foro en extenso se refiere cuando habla de la ley, y de lo que sujeta coercitivamente al juez al momento de resolver.

Entonces, el juez, al entrar a resolver las controversias que se someten a su conocimiento, ha de ceñirse exclusivamente a lo que disponga la legislación positiva. Este fue el primer concepto propuesto por los revolucionarios franceses de 1879, fundado en la necesidad de dotar de certeza a los ciudadanos respecto de los derechos que les asistían y de la forma como se determinaba su alcance y aplicación. Se hizo así al juez una mera “boca de la ley”, sin capacidad de interpretación ni mucho menos de adecuación de las normas que aplicaba en su ejercicio⁴.

Sin embargo, los acontecimientos históricos sucedidos en el mundo durante la primera mitad del siglo XX han demostrado que este criterio revolucionario, esta concepción decimonónica del derecho y de la forma como ha de operar, hace mucho tiempo que es desueta. El derecho legislado, en la medida en que es la manifestación política de un grupo de presión legitimada por la sanción estatal, no es una fuente de derecho legítima por sí misma. La legislación atiende coyunturas y busca satisfacer intereses políticos, mientras que el derecho es un “conjunto de principios y postulados comunes a todos los hombres, determinadores de conductas, en orden a la justicia y que materializados de acuerdo con las formas y circunstancias sociales-reales, son imponibles por quien detenta la autoridad” (Prieto, 2002).

Así pues, dado el estado actual de la ciencia jurídica⁵, no es admisible una hermenéutica jurídica del tipo exegético francés tradicional. El derecho no está circunscrito a lo que las leyes –voluntad política del grupo dominante en el Estado– quieran imponer; el Derecho nace y opera en la vida diaria, tiene como causa eficiente y final a la persona, y con fundamento en estos criterios debe hacerse su interpretación, para efectos de su aplicación.

Es claro, evidente, e incluso necesario, que sea el juez quien aplique el derecho, y dicha función no puede hacerla por vía diferente que mediante el proceso judicial. Sin embargo, su tarea no se agota en la simple

proposición formal de normas abstractas y de origen político; su misión es la de impartir justicia, de dar a cada quien lo que le corresponde⁶.

EL PROCESO EJECUTIVO

Una vez determinado el contenido del debido proceso como un derecho fundamental, no por el hecho de su consagración positiva en la Constitución, sino por su carácter intrínseco de posibilidad de reivindicación de la dignidad humana ante la autoridad estatal, mediante el ejercicio del derecho de acción, sea del caso referimos en concreto al proceso ejecutivo, en tanto objeto del presente estudio.

Para tales efectos, consideramos pertinente definir, preliminarmente, el concepto de proceso; su diferencia con el de procedimiento; los conceptos de proceso de conocimiento y de ejecución, para pasar al estudio del proceso ejecutivo en su estructura normativa.

El concepto de proceso

Cuando se hace referencia a un proceso, se evoca una actividad mediante la cual se obtiene un resultado, y, generalmente, se suele asociar con el concepto de procedimiento, y en ningún ámbito esto es más evidente como en el Derecho; basta recordar que nuestro Derecho Procesal se refiere, en su contenido, a “procedimientos” –nótese que esa es la denominación que nuestro ordenamiento le da al código judicial–. De ahí la importancia en definir el contenido de los términos, a efectos de evitar confusiones y, al definir, delimitar el alcance de estos y aplicarlos en razón de su naturaleza.

Así pues, y para los efectos de lo que nos ocupa en el presente escrito, concebimos el proceso judicial en los siguientes términos:

“se trata, entonces, de una actividad encaminada a producir una providencia –una sentencia–, por medio de la cual se concretiza un derecho particular. Implica, su devenir, una serie de actos que son conexos y sucesivos, que desarrollan las partes en la relación jurídico-procesal –juez, partes de la relación

4 Al punto, vid. Merryman (2002).

5 Para una introducción al tema, vid. Kaufmann (1998).

6 Para los canonistas, “el derecho natural no era un derecho ideal fuera de los sistemas existentes, sino la moral del derecho mismo, dentro de los sistemas jurídicos existentes. Era una especie de principio constitucional, o *grundgesetz*, una cláusula del proceso debido” (Berman, 1996, p. 267).

jurídica en el litigio— para lograr la debida providencia” (Prieto, 2002, p. 91).

Entonces el proceso judicial es una actividad cuya finalidad es la de producir una providencia que, en ejercicio de la jurisdicción, resuelva un conflicto entre los ciudadanos vinculados por una relación jurídica subyacente, de origen legal o contractual, particularizando el derecho correspondiente a cada uno de los contendientes.

Tal como se observa, entonces, el fundamento del proceso está en la existencia de una relación jurídica subyacente que vincule a los contendientes con anterioridad al litigio, de donde se sigue que la legitimidad sustancial del proceso en tanto instrumento jurisdiccional está dada por la de la relación jurídica que le sirve de sustento. Así las cosas, el proceso en tanto actividad judicial no se circunscribe a la mera formalidad, al mero agotamiento de las instancias y ritos que el código establece, sino a la realización de los derechos emanados de las relaciones entre los particulares.

Diferencia entre proceso y procedimiento

Precisando el contenido del concepto de proceso en los términos precedentes, nos referiremos al procedimiento, entendiéndose por tal, según Gimeno (1981, p. 181), *“el lado formal de la actuación judicial, el conjunto de normas reguladoras del proceso, o, si se prefiere, el camino (iter) o itinerario que ha de recorrer la pretensión y su resistencia a fin de que reciban satisfacción del órgano judicial”*.

Por actividad de contrastación, tenemos entonces que el proceso es una actividad dirigida a obtener un resultado, concretizado en la sentencia, mientras que el procedimiento es “el lado formal de” esa actividad, las reglas conforme con las cuales se desarrolla la actividad. Así nos es fácil establecer la diferencia entre ambos conceptos, para determinar, en consecuencia, la relación entre el uno y el otro.

Queda claro que el proceso es una actividad, mientras que el procedimiento es la reglamentación del modo como se lleva a cabo esa actividad. Así las cosas, entre proceso y procedimiento existe una relación necesaria, en la medida en que este es el que determina la forma de aquel. De lo anterior se puede concluir que es por conducto del procedimiento que se actualiza el contenido del debido proceso en el

proceso como tal, pues al regular la forma del proceso, determina la forma como a través de la actividad se adecua a los postulados que determinan el contenido del derecho fundamental, a los cuales nos hemos referido en el capítulo anterior.

Esa adecuación se hace a través de la ley de procedimiento, y esa es la razón por la cual las codificaciones se refieren a procedimientos, objeto de estudio del Derecho Procesal⁷; la ley de procedimiento, al referirse a la regulación de las actuaciones judiciales, contiene reglas de orden público, que son de carácter dinámico, de inmediato cumplimiento, y de aplicación exclusiva dentro del territorio del Estado que las promulga (Gamboa, 1998).

Lo que nos interesa resaltar en este punto es la necesidad de adecuación de esa ley de procedimiento a los postulados contenidos en los derechos de acción y el debido proceso, a los cuales nos hemos referido más arriba. Esta adecuación es necesaria, en consideración al hecho de que es por conducto de estas normas que dichos postulados se actualizan; el debido proceso se materializa, en tanto derecho fundamental, a través de las normas de procedimiento, y de ahí la importancia de que estas no se agoten en la mera formalidad de un *know how*, y del hecho concomitante de que se reconozcan como continentes de garantías para las partes congregadas por un litigio.

Los procesos de conocimiento y los procesos ejecutivos

La dogmática del Derecho Procesal distingue las clases de procesos dependiendo del objeto de la controversia, y es así como diferenciamos los procesos de conocimiento, los de ejecución, los liquidatorios, etcétera⁸. Al punto, nos referiremos a los procesos de conocimiento, como calificación general, y a los ejecutivos, como especie derivada.

El proceso judicial, tal como ha quedado planteado, es una actividad, regida por las reglas de procedimiento, en la que interviene una serie de sujetos interesados en la resolución de una controversia relacionada con algún asunto de incidencia jurídica, causado por la existencia de una relación subyacente.

7 “El derecho procesal puede definirse como la rama del derecho que estudia el conjunto de normas y principios que regulan la función jurisdiccional del estado en todos sus aspectos y que por tanto fijan el procedimiento que se ha de seguir para obtener la actuación del derecho positivo en las cosas concretas”. Devis Echandía (1981).

8 López Blanco (1997a).

Ahora bien, en esa relación puede existir incertidumbre respecto de la existencia del derecho reclamado, así como de su titularidad; dicho en otras palabras, no puede determinarse, por parte del juez, cuál de los contendientes tiene la razón.

Es así como se plantea la necesidad de un procedimiento mediante el cual las partes, así como el juez, lleguen a la certeza respecto de las pretensiones, así como de la titularidad de las mismas. En este evento, nos encontramos ante un proceso de conocimiento, el cual parte de una incertidumbre inicial, y que tiene por finalidad obtener una certeza de orden jurídico; el proceso de conocimiento por antonomasia es el proceso ordinario.

Mas existen otras situaciones en las cuales no hay tal incertidumbre; se tiene una certeza formal respecto de la existencia de un derecho, así como de su titularidad. En consideración a estas circunstancias, y desde el origen mismo del Derecho Procesal como disciplina científica, se diseñaron procedimientos “sumarios”, más breves en su trámite, con reducción del decreto y de las oportunidades probatorias, de los recursos, y de las excepciones que pudieren proponerse, sometidos al prerequisite de la acreditación del derecho alegado y de su posibilidad de exigencia.

Es así como se plantea la existencia de dos tipos fundamentales de proceso: el de conocimiento, que parte de la incertidumbre respecto de la existencia y exigibilidad de un derecho particularizado o positivo; y el de ejecución, que parte de la certeza formal respecto de la existencia de un derecho, así como de su titular, y por cuyo conducto se pretende hacer exigible la mencionada facultad.

El proceso ejecutivo, entonces, puede definirse como la actuación jurisdiccional regulada por las leyes de procedimiento mediante la cual el titular de un derecho formalmente probado puede hacerlo exigible, por intermedio de la manifestación de un juez. Al punto, estructuralmente, la legislación procesal colombiana concibe tres tipos de proceso ejecutivos: a) el proceso ejecutivo singular, de mayor o menor cuantía; b) el proceso ejecutivo hipotecario, de mayor o menor cuantía; y c) la acción ejecutiva mixta.

Por medio del proceso ejecutivo singular, el acreedor pretenderá satisfacer la obligación a su favor recurriendo al patrimonio completo de su deudor, persiguiendo mediante la práctica de medidas cautelares todos y cada uno de los bienes que lo conforman, en la medida en que este, según lo previsto por el artículo 2488 del Código Civil, es “prenda general de los acreedores”. Así pues, se puede concebir como una acción personal en contra del deudor.

Mediante el proceso ejecutivo hipotecario o prendario –art. 554 CPC–, el acreedor pretenderá satisfacer la obligación a su favor haciendo efectivo un derecho de garantía constituido en su favor –prenda o hipoteca–, persiguiendo tan solo ese bien del patrimonio de su deudor. En consideración a esta fundamentación, este procedimiento cuenta con reglas especiales respecto del proceso ejecutivo singular, y, consecuentemente, puede concebirse como una acción real.

Mediante el ejercicio de la acción ejecutiva mixta –inciso 5º art. 554 CPC–, el acreedor perseguirá la satisfacción de la obligación a su favor, buscando hacer efectiva la garantía real constituida en su favor, mas persiguiendo a la vez la totalidad del patrimonio de su deudor. Se tiene, entonces, una acción personal y real.

La estructura del proceso ejecutivo

Definido como queda, nos referiremos a continuación a la estructura que, en su condición de procedimiento, nos ofrece el Código de Procedimiento Civil respecto del proceso ejecutivo. La estructura la proponemos con las instancias que se desglosan a continuación:

- Título ejecutivo
- Demanda
- Admisión
- Mandamiento de pago
- Notificación
- Traslados
- Excepciones
- Posibilidad de la práctica de pruebas
- La sentencia
- Liquidación del crédito
- Remate
- Adjudicación

Título ejecutivo

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, para efectos de poder iniciar un proceso ejecutivo, es necesario acreditar la existencia del derecho que se busca exigir. Es así como se requiere contar con un título ejecutivo, cuya forma y contenido general están previstos por el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil.

Conforme con la definición propuesta por el estatuto procesal, será título ejecutivo el documento en el que conste una obligación clara, expresa y exigible⁹, lo que nos lleva a detenernos en el concepto de obligación, para poder determinar en qué momento esta es clara, expresa y exigible.

Las obligaciones, en el Derecho Positivo colombiano, tienen origen en la ley y en el contrato. En el caso de que tengan origen legal, se tratará de obligaciones generales, abstractas y de observancia general; en el caso de las que tienen origen en un contrato, se tratará de obligaciones particulares, concretas, y vinculantes solo para las partes, puesto que es su voluntad, en un ejercicio libre y autónomo, la que les da origen.

Las obligaciones contractuales, o mejor, las obligaciones convencionales, son las que nos interesan a efectos del presente estudio. La dinámica de la obligación, en tanto derecho personal, implica la existencia de una relación obligatoria, en la que, concomitante con la obligación exigible al deudor, existe el derecho a exigir en cabeza del acreedor¹⁰. Es de esa relación

que se deriva la obligación a exigir, sometida, como se verá, a ciertas condiciones a efectos de la verificación de su existencia, para, en consecuencia, ratificar su validez y hacerla exigible.

La estructura tradicional del Derecho de las obligaciones se construye sobre el postulado de la autonomía de la voluntad, según el cual los particulares, personas, en tanto sujetos de derechos y obligaciones, pueden celebrar convenciones con sus semejantes, a efectos de regular las relaciones que los vinculan, en plano de igualdad. Esta posibilidad de autorregulación solamente se ve limitada por ciertas disposiciones, que por su carácter policivo se consideran de orden público, y, por lo tanto, no pueden ser inobservadas por los ciudadanos, puesto que, de hacerlo, se estarían contraviniendo las reglas elementales de la convivencia social.

Por otra parte, esa autonomía de la voluntad ha de satisfacer un mínimo de requisitos para que su manifestación sea válida y, en consecuencia, pueda producir efectos, so pena de incurrir en una causal de nulidad.

Con fundamento en esta dogmática, se ha construido, como ya hemos dicho, el Derecho de Obligaciones, y con los mismos fundamentos se ha desarrollado el de Contratos. Estos postulados, que tienen su origen en el movimiento jurídico que siguió a la Ilustración y a la Revolución Francesa, planteados en los códigos de origen francés, se han mantenido, más o menos, incólumes hasta nuestros días, no obstante haberse operado profundas transformaciones en la sociedad contemporánea.

Para nadie es un secreto que en la actualidad el concepto de igualdad, en su concepción decimonónica liberal, es ya desueto, en la medida en que se ha desnaturalizado; es evidente la existencia de grupos de poder, de sectores económicamente poderosos, capaces de imponer condiciones de contratación, y, en consecuencia, de valerse de los mecanismos legales formales para incurrir en injustos. Esta afirmación, que se desarrollará con más espacio más adelante, nos sirve de punto de partida a efectos de referirnos al tema en cuestión.

⁹ y actualmente exigible de hacer, o de entregar una especie o cuerpo cierto, o bienes de género, o de pagar una cantidad líquida de dinero”.

⁹ Nótese que el concepto de título ejecutivo parte del concepto de obligación. Atendiendo al aforismo romano según el cual “no hay derecho sin acción”, es posible entender que el proceso ejecutivo es el mecanismo judicial de realización de las obligaciones, lo cual nos sitúa en el régimen civil y comercial de estas. Así las cosas, y entendiendo que el régimen de obligaciones es prácticamente el sustento del Derecho Civil, por una parte, y de la vida contemporánea, por otra –considerando la dependencia de la vida moderna de las condiciones de crédito–, nos encontramos con que respecto del proceso ejecutivo son de especialísima relevancia las reglas positivas referidas al origen, validez, exigibilidad y extinción de las obligaciones. Desafortunadamente, la realidad nos muestra que esta conexión, en la mayoría de los casos, y debido al uso que los operadores hacen del mecanismo judicial, no suele tenerse en cuenta.

¹⁰ Es interesante lo que preveía el artículo 982 del Código Judicial, precursor del actual Código de Procedimiento Civil: “Puede exigirse ejecutivamente toda obligación que conste en acto o documento que provenga del deudor, o de su causante, y constituya por sí solo, según la ley, plena prueba contra él, o que emane de una decisión judicial que deba cumplirse. “Se requiere, además, que del documento o la decisión judicial resulte a cargo del demandado una obligación expresa, clara

Pero volvamos al punto del título ejecutivo. Conforme con la descripción que de él nos hace el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, se trata de cualquier documento en el que conste una obligación clara, expresa y exigible, proveniente del deudor o de su causante, y que constituya plena prueba en su contra¹¹. Por otra parte, la normatividad positiva crea otros títulos ejecutivos, al concederle mérito ejecutivo a tales o cuales, dependiendo de la materia que se trate¹², de lo que podemos deducir que, básicamente, será título ejecutivo el documento en el que conste una obligación clara, expresa y exigible, causada por una relación jurídica subyacente de contraprestación¹³, o por disposición legal, por medio del cual un sujeto acreedor puede probar formalmente la existencia de un derecho en su favor, con la correspondiente obligación de su deudor para satisfacerla. Nótese que se trata de un documento formal, constituido con arreglo a la normatividad vigente, formalmente, de nuevo, y proveniente del deudor, a efectos de encuadrarlo dentro de la doctrina clásica de la igualdad de las partes en los negocios civiles y de la autonomía de la voluntad como fuente de obligaciones.

Tenemos, en consecuencia, un documento en el que consta una obligación, condicionada a ser expresa, clara y exigible. Es expresa cuando manifiesta sin ambages ni dudas su existencia, sin que sea necesario recurrir a interpretaciones o explicaciones para verificar su existencia¹⁴; al ser expresa, es clara, y de la expresión y claridad de la obligación se derivará el momento en el cual se hace exigible, es decir, desde cuando es posible compeler al deudor a efectos de que la satisfaga. Esta estructura, desde la formalidad en la que se construye, busca darle al deudor una garantía de defensa, en la medida en que al requerirlo se lo hace para que satisfaga una

obligación de cuya creación él mismo fue partícipe, y acerca de la cual no queda ninguna duda respecto de su contenido ni de la forma ni el tiempo en los que se debe satisfacer¹⁵, independientemente de que se trate de un título simple –contrato, letra de cambio o pagaré– o de uno compuesto –obligación sometida a una condición, requiriéndose la acreditación documental de esta.

Una vez verificado el mérito ejecutivo del documento que sustenta la obligación que se pretende cobrar, se elabora la demanda.

La demanda ejecutiva y su admisión

La demanda ejecutiva, conforme con la lógica de la regulación, se sustenta en la existencia del título ejecutivo, puesto que por su conducto pretende hacer este efectivo. Se trata, como se verá, de un proceso sustentado en la exigencia de un documento, motivo por el cual es fundamental su aportación en original. Por lo demás, debe satisfacer los requisitos generales que contiene el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil¹⁶.

Al punto de la presentación de la demanda, es necesario tener presente que mediante la acción ejecutiva se pueden hacer valer obligaciones de dar, de hacer, de no hacer, de entregar sumas de dinero, puesto que las pretensiones, al igual que en cualquier clase de demanda, deben estar debidamente individualizadas y relacionadas entre sí. De la correcta elaboración de la demanda en este aspecto dependerá el alcance y el contenido del mandamiento de pago.

En lo referente a las obligaciones de dar y de hacer/no hacer, la legislación procesal contempla la posibilidad de incluir en las pretensiones de la demanda un rubro

11 "Pueden cobrarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él (...)".

12 Así por ejemplo, el régimen bancario determina que el comprobante de tarjeta de crédito, no obstante no provenir del deudor, presta mérito ejecutivo en su contra; o lo que prevé la Ley 142 de 1994 al darle fuerza ejecutiva a la factura que la empresa prestadora del servicio público expida y suscriba por parte de su representante legal –art. 142–, o el mérito ejecutivo con que cuentan las actas de conciliación, o los títulos de ejecución fiscal, o los certificados que expide la Superintendencia Financiera a efectos de cobrar sobregiros a cargo de los cuentacorrientistas.

13 Bien sea causada en una convención o proveniente de una providencia judicial o administrativa.

14 Según López Blanco (1997), el hecho de que la obligación sea expresa "implica que se manifieste con palabras, quedando constancia usualmente escrita y de forma inequívoca de una obligación" (p. 388).

15 Es ilustrador lo que expone Jairo Parra Quijano, citado por López Blanco (1997): "La obligación no es expresa cuando haya que hacer explicaciones, deducciones, o cualquier otro tipo de rodeos mentales para explicar qué es lo que 'virtualmente' contiene. En otras palabras, no prestará mérito ejecutivo una obligación virtual. Si se permitiera ingresar al ejecutivo con una obligación de este tipo, prácticamente el requisito de expreso habría que predicarlo del intérprete y no de la obligación, lo que resultaría atentatorio de los derechos del ejecutado que tendría que recurrir y defenderse de construcciones mentales y no de realidades manifiestas" (p. 389).

16 "El libelo debe reunir los requisitos generales de toda demanda, y como anexo obligatorio, el título ejecutivo o el documento que puede serlo, si se piden algunas de las diligencias previas (...); de la demanda y sus anexos, es menester acompañar copias para que se le entreguen al demandado cuando le sea notificado el mandamiento de pago, por así exigirlo el art. 505 del C. de P. C."

económico correspondiente a los perjuicios moratorios que el incumplimiento hubiese generado¹⁷.

17 A continuación transcribimos los artículos del Código de Procedimiento Civil referidos al punto.

“ART. 498. Pago de sumas de dinero. Si la obligación versa sobre una cantidad líquida de dinero, se ordenará su pago en el término de cinco días, con los intereses desde que se hicieron exigibles hasta la cancelación de la deuda. Cuando se trate de obligaciones en moneda extranjera cuyo pago deba realizarse en moneda legal colombiana a la tasa vigente al momento del pago, el juez dictará el mandamiento de pago en la divisa acordada. Cuando se trate de alimentos u otra prestación periódica la orden de pago comprenderá, además de las sumas vencidas, las que en lo sucesivo se causen, y dispondrá que éstas se paguen dentro de los cinco días siguientes al respectivo vencimiento.

ART. 499. Obligación de dar. Si la obligación es de dar especie mueble o bienes de género distintos de dinero, se procederá así:

1. El juez ordenará al demandado que entregue el (sic) demandante los bienes debidos en el lugar que se indique en el título, si ello fuere posible, o en caso contrario en la sede del juzgado, para lo cual señalará un plazo prudencial a partir de la ejecutoria del mandamiento ejecutivo o de la notificación del auto que ordene cumplir lo resuelto por el superior, según fuere el caso.

El mandamiento ejecutivo se librá, además, por los perjuicios moratorios, si el demandante lo hubiere pedido en la forma indicada en el artículo 493.

2. Presentados los bienes, si el demandante no comparece o se niega a recibirlos sin formular objeción, el juez nombrará un secuestrador a quien se le entregarán por cuenta de aquél y declarará cumplida la obligación; igual declaración hará cuando el demandante reciba los bienes.

La ejecución proseguirá por los perjuicios moratorios, si fuere el caso.

3. Si el demandante comparece y en la diligencia objeta la calidad o naturaleza de los bienes, el juez decidirá inmediatamente, salvo que considere necesario un dictamen de peritos, en cuyo caso se entregarán a un secuestrador que allí mismo designará.

Rendido el dictamen, si el juez considera que los bienes son de la naturaleza y calidad debidas, ordenará su entrega al acreedor; la ejecución continuará por los perjuicios moratorios, si se hubiere ordenado su pago. Cuando prospere la objeción y se hubiere dispuesto subsidiariamente el pago de los perjuicios, continuará el proceso por éstos; en caso contrario, se declarará terminado por auto que no tiene apelación.

En el supuesto de que los bienes no se presenten en la cantidad ordenada, el juez autorizará su entrega, siempre que el demandante lo solicite en la diligencia, por auto que no tendrá recurso alguno, y seguirá el proceso por los perjuicios compensatorios correspondientes a la parte insoluble de la obligación, si se hubiere pedido subsidiariamente en la demanda y ordenado su pago.

ART. 500. Obligación de hacer. Si la obligación es de hacer, se procederá así:

1. El juez ordenará al deudor que se ejecute el hecho dentro del plazo prudencial de lo que se señale y librá ejecución por los perjuicios moratorios cuando se hubieren pedido en la demanda.

2. Ejecutado el hecho, se citará a las partes para su reconocimiento en fecha y horas determinadas dentro de los cinco días siguientes, o se comisionará para ello si fuere el caso. Si el demandante lo acepta, no concurre a la diligencia, o no formula objeciones dentro de ella, se declarará cumplida la obligación; pero si las propone, se aplicará en lo pertinente lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 499.

3. Cuando no se cumpla la obligación de hacer en el término fijado en el mandamiento ejecutivo y no se hubiere pedido en subsidio el pago de perjuicios, el demandante podrá so-

licitar dentro de los cinco días siguientes al vencimiento de dicho término, que se autorice la ejecución del hecho por un tercero a expensas del deudor; así se ordenará siempre que la obligación sea susceptible de esa forma de ejecución. Con este fin, el ejecutante celebrará contrato que someterá a la aprobación del juez.

4. Los gastos que demande la ejecución los sufragará el deudor y si éste no lo hiciera los pagará el acreedor. La cuenta de gastos deberá presentarse con los comprobantes respectivos y una vez aprobada se extenderá la ejecución a su valor.

ART. 501. Obligación de suscribir documentos. Cuando el hecho debido consiste en suscribir una escritura pública o cualquier otro documento, el mandamiento ejecutivo, además de los perjuicios moratorios que se demanden comprenderá la prevención al demandado de que en caso de no suscribir la escritura o el documento en el término de tres días, contados a partir de la notificación del mandamiento, el juez procederá a hacerlo en su nombre como dispone el artículo 503. A la demanda se deberá acompañar, además del título ejecutivo, la minuta o el documento que debe ser suscrito por el ejecutado o en su defecto, por el juez.

Cuando la escritura pública que deba suscribirse implique la transferencia de bienes sujetos a registro o la constitución de derechos reales sobre ellos, para que pueda dictarse mandamiento ejecutivo será necesario que el bien objeto de la escritura se haya embargado como medida previa, y que se presente certificado que acredite la propiedad en cabeza del ejecutado. El ejecutante podrá solicitar en la demanda que simultáneamente con el mandamiento ejecutivo se decrete el secuestro del bien y, si fuere el caso, su entrega una vez registrada la escritura.

No será necesario el certificado de propiedad cuando se trate de actos referentes a terrenos baldíos ocupados con mejoras, semovientes u otros medios de explotación económica, o de la posesión material que el demandado ejerza sobre inmuebles de propiedad privada sin título registrado a su favor; pero en estos casos se acompañará certificado del registrador de instrumentos públicos acerca de la inexistencia del registro del título a favor del demandado.

Para que el juez pueda ordenar la suscripción de escritura o documento que verse sobre bienes muebles no sujetos a registro, se requiere que éstos hayan sido secuestrados como medida previa.

ART. 502. Obligación de no hacer. Si la obligación es de no hacer y se ha probado la contravención, el juez ordenará al demandado la destrucción de lo hecho dentro de un plazo prudencial y librá ejecución por los perjuicios moratorios, si en la demanda se hubieren pedido.

Si el ejecutado considera que no es procedente la destrucción, deberá proponer la respectiva excepción.

En caso de que el deudor no destruya oportunamente lo hecho, el juez ordenará su destrucción a expensas de aquél, si el demandante lo pide y siempre que en subsidio no se hayan demandado perjuicios por el incumplimiento. Para este efecto podrá el juez requerir el auxilio de la fuerza pública; y en cuanto sea pertinente aplicará lo dispuesto en el artículo 500.

ART. 503.— Oportunidad para el cumplimiento forzado. El cumplimiento forzado de las obligaciones de hacer, suscribir documentos y destruir lo hecho, no podrá llevarse a efecto sino una vez ejecutoriada la sentencia que ordene seguir adelante la ejecución.

ART. 504.— Ejecución subsidiaria por perjuicios. Cuando la demanda se formule de acuerdo con lo previsto en el inciso segundo del artículo 495, el auto ejecutivo deberá contener:

1. La orden de que se cumpla la obligación en la forma estipulada y que se paguen los perjuicios moratorios demandados.
2. La orden subsidiaria de que, en caso de no cumplir oportunamente el demandado la respectiva obligación, pague la cantidad señalada en el título ejecutivo o la estimada por el demandante como perjuicios.

Elaborada la demanda conforme con los requerimientos legales, formalmente procederá la admisión de la demanda y la correspondiente expedición del mandamiento de pago. Mediante esta providencia, el despacho judicial ordenará al ejecutado el cumplimiento de la obligación propuesta por el demandante, en los términos de la demanda y sustentada en el título ejecutivo que se presente con el libelo.

Lo anterior es de aplicación en el caso de la proposición de una acción ejecutiva singular¹⁸; en el caso de que se trate de una acción ejecutiva hipotecaria, con la demanda, además del mandamiento de pago, hay que indicar cuál es el bien objeto del gravamen que se busca hacer efectivo, y acompañar el documento en el que conste la imposición de este y la titularidad del mismo.

Por otra parte, con la demanda se podrá solicitar la práctica de medidas cautelares –en los casos en que para proceder con el cumplimiento de las obligaciones ejecutadas se requiera la práctica de medidas cautelares, su solicitud será forzosa con la demanda, y tal solicitud será un requisito formal para su admisión–, cuya práctica será decretada por el juzgado una vez se libre el mandamiento de pago –art. 513 C. P. C.– o una vez quede ejecutoriado este auto –art. 514 C. P. C. –, y se preste la caución que para tal efecto exige el artículo 513 del Código de Procedimiento Civil. Sea del caso poner de presente que a efectos de este estudio no nos detendremos en el análisis de las medidas cautelares, bastándonos la mención a su procedencia¹⁹.

18 En el evento de la acción ejecutiva mixta, se acompañan los documentos que acrediten el gravamen, mas el trámite es el mismo de la acción ejecutiva singular.

19 ART. 513. Embargo y secuestro previos. Desde que se presente la demanda ejecutiva podrá el demandante pedir el embargo y secuestro de bienes del demandado.

Las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación son inembargables.

Si llegaren a resultar embargados bienes de esta índole (basta certificación del director general de presupuesto o su delegado para acreditar el mencionado carácter de los bienes y), se efectuará desembargo de los mismos (a más tardar el día siguiente de haber sido presentada al juez dicha certificación. Contra la providencia que disponga el desembargo no procede recurso alguno). La solicitud de embargo se formulará en escrito separado, y con ella se formará cuaderno especial.

Simultáneamente con el mandamiento ejecutivo, el juez decretará, si fueren procedentes, los embargos y secuestros de los bienes que el ejecutante denuncie como de propiedad del ejecutado, bajo juramento que se considerará prestado por la presentación del escrito, los cuales se practicarán con sujeción a lo dispuesto en el artículo 515 y el título XXXV de este código.

No obstante, podrán decretarse embargos y secuestros antes de librarse mandamiento ejecutivo, cuando falte únicamente reconocimiento del título, o la notificación al deudor de la cesión del crédito o la de éste a los herederos de aquél o el requerimiento para constituir en mora al deudor, y en la

La práctica indica que, una vez librado el mandamiento de pago y prestada la caución, se procede a las medidas cautelares, y, con posterioridad, al trámite de la notificación²⁰.

La notificación del mandamiento de pago, traslados, proposición de excepciones y posibilidad de la práctica de pruebas

Dispone el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil: “El mandamiento de pago se notificará en la forma indicada en los artículos 315 a 320 y 330”. Es decir, una vez notificado por estado al demandante, este asume la carga procesal de notificar personalmente al demandado, conforme las reglas generales de notificación –envío de un citatorio para la comparecencia al juzga-

demanda se pida que previamente se ordene la práctica de dichas diligencias.

Cuando se ejecute por obligaciones de una persona fallecida, antes de liquidarse la sucesión, sólo podrán embargarse y secuestrarse bienes del difunto.

El juez, al decretar los embargos y secuestros, podrá limitarlos a lo necesario; el valor de los bienes no podrá exceder del doble del crédito cobrado, sus intereses y las costas prudencialmente calculadas, salvo que se trate de un solo bien o de bienes afectados por hipoteca o prenda que garantizan aquel crédito, o cuando la división disminuya su valor o su venalidad. Si lo embargado es dinero, se aplicará lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 681.

En el momento de practicar el secuestro el juez deberá de oficio limitarlo en la forma indicada en el inciso anterior, si el valor de los bienes excede ostensiblemente del límite mencionado, o aparece de las facturas de compra, libros de contabilidad, certificados de catastro o recibos de pago de impuesto predial, o de otros documentos oficiales, siempre que se le exhiban tales pruebas en la diligencia.

Para que pueda decretarse el embargo o secuestro de bienes antes de la ejecutoria del mandamiento de pago, el ejecutante deberá prestar caución en dinero, bancaria o de compañía de seguros, equivalente al diez por ciento del valor actual de la ejecución, para responder por los perjuicios que se causen con la práctica de dichas medidas cautelares. Esta caución se cancelará una vez el ejecutante pague el valor de los perjuicios liquidados o precluya la oportunidad para liquidarlos, o consigne el valor de la caución a órdenes del juzgado o el de dichos perjuicios, si fuere inferior.

El auto que decrete o niegue las medidas cautelares y el que las revoque por vía de reposición, son apelables en el efecto devolutivo.

ART. 514. Embargo y secuestro dentro del proceso. Una vez ejecutoriado el mandamiento ejecutivo, el juez decretará el embargo y secuestro de los bienes que denuncie cualquiera de las partes bajo juramento, que se considerará prestado por la presentación del escrito respectivo; empero, no se practicará el embargo de los denunciados por el ejecutado, si el ejecutante así lo pidiere. Para la limitación de estos embargos y secuestros se aplicará lo dispuesto en el artículo precedente.

En materia de apelaciones se aplicará lo dispuesto en el inciso final del artículo anterior.

20 Este proceder no está regulado por la legislación, sino que tiene su origen en la costumbre del foro. Al punto nos referiremos con más detalle en el capítulo siguiente.

do, a efectos de que se surta la diligencia; envió de un aviso de notificación, vencido el término del aviso; emplazamiento en el caso de que se trate de una persona respecto de la cual no se conozca su domicilio-, o será procedente la notificación por conducta concluyente, entendida como la actuación de una persona conforme con lo ordenado por una providencia judicial que se le debiera notificar, sin que esto se hubiera hecho.

Surtida la notificación, se correrá traslado por el término legal –para el ejecutivo singular de diez días; para el ejecutivo hipotecario de cinco– al demandado para que conteste la demanda, pudiendo, en esta instancia, proponer las excepciones de mérito conforme lo previsto por el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, referidas todas al título ejecutivo, y las excepciones previas como recurso de reposición en contra del mandamiento de pago, así:

a. En el evento de que se propongan excepciones de fondo, estas se propondrán dentro del término para contestar, exponiendo los hechos en que se fundan y aportando las pruebas que lo sustenten. En este caso, dentro del trámite del proceso se abrirá una etapa de conocimiento, conforme lo dispuesto por el artículo 510 del Código de Procedimiento Civil²¹,

21 Dispone el artículo 510, respecto del trámite de las excepciones de mérito:

“De las excepciones se dará traslado al ejecutante por diez días, mediante auto, para que se pronuncie sobre ellas, adjunte y pida las pruebas que pretenda hacer valer.

Surtido el traslado se tramitarán así:

- a. El juez decretará las pruebas pedidas por las partes que fueren procedentes y las que de oficio estime necesarias, y fijará el término de treinta días para practicarlas;
- b. Vencido el término del traslado o el probatorio en su caso, se concederá a las partes uno común de cinco días para que presenten sus alegaciones;
- c. Expirado el término para alegar, el juez dictará sentencia, y si prospera alguna excepción contra la totalidad del mandamiento ejecutivo, se abstendrá de fallar sobre las demás, pero en este caso el superior deberá cumplir lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 306;
- d. La sentencia de excepciones totalmente favorable al demandado pone fin al proceso; en ella se ordenará el desembargo de los bienes perseguidos y se condenará al ejecutante a pagar las costas y los perjuicios que aquél haya sufrido con ocasión de las medidas cautelares y del proceso. La liquidación de los perjuicios se hará como dispone el inciso final del artículo 307;
- e. Si las excepciones no prosperan, o prosperan parcialmente, la sentencia ordenará llevar adelante la ejecución en la forma que corresponda, condenará al ejecutado en las costas del proceso y ordenará que se liquiden. Cuando las excepciones prosperen parcialmente, se aplicará lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 392, y
- f. Si prosperara la excepción de beneficio de inventario, la sentencia limitará la responsabilidad del ejecutado al valor por el cual se le adjudicaron los bienes en el respectivo proceso de sucesión”.

con lo que el proceso deja de ser un ejecutivo para pasar a parecerse en su trámite a uno ordinario.

b. En el evento de que el título ejecutivo sea una sentencia, un laudo arbitral, u otra providencia que implique una condena, el demandado, en su defensa, no podrá proponer excepciones previas, ni siquiera por vía de reposición, pero sí podrá proponer lo siguiente:

- Las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se funden en hechos posteriores a la fecha de creación del título.

- La nulidad en caso de indebida representación de las partes o de indebida notificación a determinados (nums. 7º y 9º art. 140 C. P. C.)

- Pérdida de la cosa debida.

c. En el evento de que se pretenda proponer excepciones previas, se alegarán por vía de recurso de reposición en contra del mandamiento de pago, conforme lo dispuesto por el inciso segundo del numeral segundo del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil²².

En tratándose del trámite del proceso ejecutivo hipotecario, la regulación al punto, respecto de la notificación y la proposición y trámite de excepciones, está regulada por el artículo 555 del Código de Procedimiento Civil²³.

22 “Los hechos que configuren excepciones previas deberán alegarse mediante reposición contra el mandamiento de pago. De prosperar alguna que no implique terminación del proceso, el juez adoptará las medidas respectivas para que el proceso pueda continuar; o, si fuere el caso, concederá al ejecutante un término de cinco (5) días, para subsanar los defectos o presentar los documentos omitidos, so pena de que se revoque la orden de pago, imponiendo condena en costas y perjuicios. El auto que revoque el mandamiento ejecutivo es apelable en el efecto diferido, salvo en los casos de haberse declarado la excepción de falta de competencia, que no es apelable”.

23 “El trámite se sujetará a las siguientes reglas:

1. Si la demanda reúne los requisitos legales, el juez librará mandamiento ejecutivo en la forma prevista por los artículos 497 y 498, el cual se notificará conforme al artículo 505, y no tendrá apelación.
2. El ejecutado podrá proponer excepciones previas y de mérito en el término de cinco días, en la forma que regula el artículo 509, las cuales se tramitarán como dispone el artículo 510.
3. Respecto de la regulación de perjuicios, cumplimiento de la obligación y condena en costas, beneficio de exclusión y eficacia de la sentencia, se aplicarán los artículos 506, inciso primero del 507, 511 y 512, respectivamente.
4. Simultáneamente con el mandamiento ejecutivo, el juez

Respecto del trámite de la notificación personal del mandamiento ejecutivo, se acudirá, como ya se dijo, al régimen ordinario de notificación, mas se hace precisa mención de la procedencia de la notificación por conducta concluyente, prevista por el artículo 330 del Código de Procedimiento Civil. Sea del caso detenernos un momento en este punto.

El citado artículo, en su primer inciso, dice lo siguiente:

“Cuando una parte o un tercero manifieste que conoce determinada providencia o la mencione en escrito que lleve su firma, o verbalmente durante una audiencia o diligencia, si quedara constancia en el acta, se considerará notificada personalmente de dicha providencia en la fecha de presentación del escrito o de la audiencia o de la diligencia”.

El presupuesto operativo de la norma comentada es la manifestación de la voluntad de la persona a notificar. Esa manifestación, a efectos de contar con carácter vinculante, ha de ser libre y espontánea, tal como lo prevé el Código Civil en su artículo 1502²⁴, y se basa en el conocimiento de la preexistencia del proceso y de los efectos de su misma manifestación.

decretará el embargo y secuestro del bien hipotecado o dado en prenda, que se persiga en la demanda.

5. En el mandamiento ejecutivo se ordenará la citación de los terceros acreedores que conforme a los certificados del registrador acompañados a la demanda, aparezca que tienen a su favor hipoteca o prenda sobre los mismos bienes, para que en el término de cinco días contados desde su respectiva notificación hagan valer sus créditos, sean o no exigibles. La citación se hará en la forma prevista por el artículo 505 y si se designa curador ad litem el plazo para que éste presente la demanda será de diez días a partir de su notificación.
 6. Si no se proponen excepciones y se hubiere practicado el embargo de los bienes perseguidos, se dictará sentencia que decrete la venta en pública subasta de dichos bienes y su avalúo, para que con el producto de ella se pague al demandante el crédito y las costas.
El secuestro de los bienes inmuebles no será necesario para proferir sentencia, pero sí para practicar el avalúo y señalar la fecha del remate.
 7. Si se proponen excepciones, en la sentencia que las decida desfavorablemente se procederá como dispone el numeral 6°.
 8. Cuando no se pueda efectuar el secuestro por oposición de poseedor, o se levante por el mismo motivo, se aplicará lo dispuesto en el parágrafo tercero del artículo 686, sin que sea necesario reformar la demanda.
 9. En este proceso no son aplicables los artículos 517 a 519. En todo lo no regulado en el presente capítulo, se aplicarán las normas de los capítulos I a IV de este título”.
- 24 “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1) que sea legalmente capaz; 2) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3) que recaiga sobre un objeto lícito; 4) que tenga una causa lícita” (cursiva fuera de texto).

Quien actúa en un proceso surtiendo los efectos de una notificación por conducta concluyente debe saber cuáles son los efectos de su proceder.

No obstante lo anterior, el presupuesto planteado también se sustenta en la ficción propia del sistema francés, cual es el del conocimiento general de la ley, reflejado por vía negativa en el postulado contenido en el artículo 9° del Código Civil, según el cual “la ignorancia de la ley no sirve de excusa”.

Conforme con esta construcción formal, se presume que quien actúa de facto en un proceso judicial queda notificado de su contenido, y que, en consecuencia, conoce y asume los efectos de su conducta. Reduciendo esta afirmación respecto al mandamiento de pago, al acaecer la conducta concluyente, se presume que el deudor asume que, al actuar dentro del proceso, comienza a correr el término del traslado para contestar la demanda y proponer excepciones, y que si no lo hace, su conducta se justifica en la posibilidad con la que cuenta de disponer de su derecho. Con fundamento en esta serie de presunciones, opera, desde luego, el principio de eventualidad o de preclusión, y con él, la continuación del trámite procesal, sin defensa ni formal ni material.

El tema de la notificación es de vital importancia en el trámite del proceso, puesto que con su práctica se da lugar al debido proceso, al concederse la única posibilidad de defensa efectiva para el deudor —al contestar la demanda y proponer excepciones.

La sentencia y sus efectos

Surtido el trámite de la notificación del mandamiento ejecutivo, en cualquiera de las modalidades propuestas por el artículo 505, y resueltas las excepciones en el caso de que se hubiesen propuesto, el juzgado de conocimiento procederá a dictar la sentencia ejecutiva, en los términos previstos por el artículo 507 del Código de Procedimiento Civil, cuando no se proponen excepciones o se propusieron previas y no prosperaren, o en los de los literales c), d), e) y f) del artículo 510 *ibídem*. En el caso del proceso ejecutivo hipotecario, la sentencia ordenará la venta en pública subasta del bien gravado y su avalúo, a efectos de pagar al acreedor, conforme lo dispone el artículo 555 en sus numerales 6° y 7°.

La sentencia dentro del proceso ejecutivo se notificará por estado, y contra ella no procederá el recurso de apelación, conforme dispone el artículo 507

del Código de Procedimiento Civil; su contenido es básicamente interlocutorio, puesto que ordena continuar con la ejecución a efectos del cumplimiento del mandamiento ejecutivo, ordenando la liquidación del crédito para efectos de determinar la base del remate, en el caso del ejecutivo singular o de la acción mixta; o subastar el bien gravado, en el caso del hipotecario²⁵.

Así las cosas, esta providencia no resuelve ninguna controversia, dado que, conforme la estructura y la fundamentación de este proceso, tales se han de proponer y resolver con relación al mandamiento de pago.

Lo que se tiene, en consecuencia, es la continuación del trámite, el cual tendrá que llevarse, conforme con el tipo de acción, de forma que satisfaga la obligación ejecutada, manteniéndose este vigente hasta el cumplimiento cabal de la misma²⁶.

En suma

En estos términos, y para los efectos que nos interesan, queda expuesta la estructura del proceso ejecutivo. Hay que resaltar lo siguiente:

- El tráfico social se basa en relaciones, de las cuales algunas tienen incidencia jurídica, y de las que nacen obligaciones, que se estructuran en la dinámica derecho-deber.
- Existe un mecanismo reglado y ajustado a una serie de postulados, por medio del cual hacer valer los derechos propios sin afectar negativamente los ajenos, y ese mecanismo es el procedimiento judicial.
- Las obligaciones, así entendidas, siempre tienen una causa que es la que las legitima, la que las hace exigibles.

- A efectos de la iniciación de la ejecución, se ha de contar con un título ejecutivo legítimo, sustentado en una relación jurídica subyacente, independientemente de la existencia de títulos valores, los cuales, conforme con lo dispuesto por el artículo 616 del Código de Comercio, constituyen un bien mercantil que respalda un derecho autónomo y exigible por quien lo porte debidamente legitimado.
- Dentro del trámite del proceso, es de vital importancia el trámite y práctica de la notificación del mandamiento ejecutivo al deudor, puesto que de tal diligencia depende la posibilidad de defensa de este, y, garantizada esa posibilidad, se garantiza el debido proceso, conforme ya lo hemos propuesto y expuesto.

EL DEBIDO PROCESO EN EL PROCESO EJECUTIVO

Hasta ahora nos hemos referido a dos instituciones por aparte: al debido proceso, en tanto derecho fundamental, y al proceso ejecutivo, en tanto herramienta judicial. A continuación nos proponemos establecer la relación existente entre uno y otro, a efectos de determinar la carga axiológica con que cuenta el proceso de ejecución, la cual determina su forma en tanto estructura y conforme con su finalidad, para llegar a una reflexión respecto de la utilización del mentado proceso por los ciudadanos-operadores jurídicos.

Nos referiremos concretamente a cuatro aspectos, los cuales, en nuestra opinión, son de particular relevancia para lo que nos ocupa: la igualdad de las partes en el trámite del proceso ejecutivo; la comparecencia de las mismas en el proceso; el imaginario común, respecto de la conducta del deudor ejecutado; y el tema del garantismo procesal y la eficacia.

Acerca de la igualdad de las partes en el trámite del proceso ejecutivo

El artículo 13 de la Constitución Política establece positivamente, como derecho fundamental, un presupuesto esencial para la convivencia social, cual es la igualdad natural que existe entre las personas:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna

25 Artículos 521 a 538 del Código de Procedimiento Civil, para el caso del ejecutivo singular; y 557 en el evento del ejecutivo hipotecario.

26 “El proceso ejecutivo tan solo termina cuando existe el pago total de la obligación perseguida, conservando el ejecutado el derecho a ponerle fin en tal forma, en cualquier estado del proceso hasta antes de rematarse el bien, por así indicarlo el art. 537, lo cual supone que una vez iniciada la diligencia de remate, o sea inmediatamente se abre la licitación para oír posturas termina este derecho, por estar ya de por medio los de los postores, sin perjuicio de que si el remate queda por cualquier causa sin efecto, se recobra esa posibilidad mientras no se abra una nueva subasta”. López Blanco. Óp. cit., p. 492.

discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

Este postulado ha tenido amplísimo desarrollo jurisprudencial, por parte de la Corte Constitucional, y no es del caso citar aquí la multitud de pronunciamientos. Lo que sí es pertinente de resaltar es la regla de derecho, en el lenguaje de los juristas analíticos, que se puede extractar de este contenido, cual es la siguiente: bajo ninguna circunstancia, en una relación social, ni mucho menos jurídica, puede darse un trato preferencial a ninguna de las partes vinculadas, en la medida en que estas se encuentren en pie de igualdad, conforme con los postulados tradicionales del derecho civil, los contenidos en el Código Civil.

El Derecho Procesal, en general, y la ley de procedimiento, en particular, precisamente se fundan y sustentan en ese postulado de igualdad de las partes, y por cuanto su contenido es instrumental, y su finalidad es la de servir de “vehículo” por medio del cual se actualice el Derecho sustancial. Para ilustrar positivamente esta afirmación, válganos como referencia lo previsto por el artículo 4° del Código de Procedimiento Civil:

“Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. (...)”

Lo cual corresponde sistémicamente al hecho de que el procedimiento colombiano se basa en el principio dispositivo.

Así las cosas, es claro que el aparato normativo que informa la legislación procesal tiene por finalidad garantizar la igualdad material de las partes en el trámite de la actuación, lo cual no es cosa distinta que la realización del debido proceso. Más arriba decíamos que el debido proceso es aquel que se tramita “con todas las garantías”.

Se tiene, en consecuencia, que el procedimiento halla su razón de ser en la igualdad que por su conducto se ofrece a las partes contendientes. La ley procesal, como tantas veces hemos oído decir, “ni beneficia ni perjudica”.

Sin embargo, la aplicación práctica en los despachos judiciales es otra, y sírvanos para ilustrar esta afirma-

ción lo que en la actualidad ocurre con la notificación por conducta concluyente, prevista por el artículo 330 del Código de Procedimiento Civil, y aplicable respecto del mandamiento de pago por disposición del artículo 505 *ibídem*.

El Código de Procedimiento Civil, desde su primera redacción en 1970, establece en su artículo 4° que “al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial”; a continuación, en su artículo 5° determina que “cualquier vacío en las disposiciones del presente código, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de estas con los principios constitucionales y generales del derecho procesal”.

Ahora, y no por consagración normativa, sino por reconocimiento axiológico, desde 1991, con la promulgación de la Constitución Política, se establecieron como derechos fundamentales la igualdad –art. 13– y el derecho al debido proceso –art. 29–, a los cuales ya nos hemos referido, además de establecer el principio de la buena fe como el rector de las relaciones entre los particulares y entre los particulares y el Estado –art. 83.

Sea menester poner de presente que, desde la expedición de la Constitución de 1991, es decir, desde hace catorce años, el Estado colombiano pasó a ser uno Social de Derecho, superando la concepción decimonónica del Estado de Derecho; el paradigma estatal de la legalidad fue remplazado por el de la reivindicación y respeto de la dignidad humana, como lo establece el artículo 1° de la Carta, y que, conforme con el artículo 4° de esta, “la Constitución es norma de normas (...) en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

La jurisprudencia constitucional, al punto, ha sido extensa y vehemente al determinar que, conforme con los postulados constitucionales, y en pos de su realización, el ordenamiento jurídico positivo ha de ser interpretado de acuerdo con los contenidos axiológicos y las finalidades constitucionales. Sírvanos de ejemplo el efecto de las sentencias de constitucionalidad condicionada, mediante las cuales el Tribunal Constitucional establece la validez sustancial de una norma siempre que su interpretación se haga sustentada en la Constitución; como lo expone Merryman (2002, p. 276):

“Con la adopción de las constituciones rígidas modernas, que incorporan nuevas concepciones sociales y económicas, y el establecimiento de la revisión judicial de la constitucionalidad de la legislación en importantes naciones del derecho civil, el centro legal de la gravedad ha empezado a experimentar lo que promete ser un desplazamiento drástico del código civil a la constitución, del derecho privado al derecho público, del tribunal ordinario al tribunal constitucional, del positivismo legislativo al principio constitucional. Las disposiciones de tales constituciones representan una fuente alterna de los principios generales; ofrecen un conjunto alterno de nociones para guiar a los jueces en la interpretación y aplicación de los estatutos incluidas las disposiciones de los códigos civiles”.

Así las cosas, siendo este el estado de la ciencia en lo que nos ocupa como operadores jurídicos, y no entrañando novedad ni vanguardia, en tanto se trata de la materialización de los postulados constitucionales que, como ya se dijo, desde 1991 se erigieron como vinculantes en nuestro Estado, asombra que todavía la judicatura se aferre a las formas y principios de un positivismo exegético y formalista que hace muchísimo se hizo desueto y caduco, y lo que es peor, que al aplicar tales criterios, afectan materialmente los derechos de los ciudadanos y, so pretexto de legalidad, infligen violaciones a los derechos de estos.

En este orden de ideas, nos aparece la figura de la notificación por conducta concluyente, consagrada por el artículo 330 del Código de Procedimiento Civil, y la forma como en la práctica está siendo utilizada esta modalidad por algunos particulares, especialmente vinculados con el sistema financiero. Llama la atención el hecho de que, bajo el argumento de la celeridad y de los resultados contables, se está induciendo a la suspensión de procesos ejecutivos hipotecarios, previa la suscripción de un memorial que, palabras más, palabras menos, indica en su contenido que los demandados conocen el contenido de un tal mandamiento de pago y que se dan por notificados conforme lo dispone el artículo 330 antes mencionado. Huelga decir que los suscriptores, demandados, ignoran de manera supina el significado de los términos “mandamiento de pago” y “artículo 330”.

Por otra parte, asombra la conducta del juez ante estas circunstancias. En su papel de “boca de la ley”, el magistrado se centra en una valoración abstracta de

lo que se le presenta en el expediente, desconociendo en un todo la realidad de la relación jurídica subyacente, que suele ser compleja²⁷, separando el proceso de la realidad en la que deviene la atención del crédito que el ejecutante cobra, en fin, amparándose en el mero formalismo. Reduciéndolo en proporciones, el juez parte del hecho de que, al notificarse por conducta concluyente, los demandados sabían cuáles eran los efectos del acto, asumiendo como verdad de a puño lo que a duras penas llega a ser una ficción legal decimonónica.

Podría pensarse que tal proceder es “legal”, puesto que formalmente se ajusta a los presupuestos normativos: en efecto, se encuentra la existencia de un título ejecutivo, y de una manifestación de conocimiento respecto del mandamiento de pago, y aplicando las normas de interpretación propuestas por la escuela francesa de la exégesis, que se construyó sobre el aforismo “yo no conozco el derecho, yo conozco el código”, pues no hay nada que hacer, hay que proceder en consecuencia... pero tal forma de interpretar el Derecho caducó hace mucho tiempo; esa era la concepción decimonónica del Derecho, el cual, en una estructura positivista al extremo, se pretendió diseñar “a prueba de jueces”, es decir, en contra de cualquier aplicación que no fuera la literal y estricta de la ley. Conforme con este modo de operar, que desafortunadamente es el predominante en el foro, la decisión judicial correcta, la que se “ajuste a Derecho”, será la que se conforme con los supuestos previstos por el Código, independientemente de que la realidad vaya por otro lado. Es un efecto del arraigado positivismo que cunde en nuestro sistema, en el cual es perfectamente posible distinguir una resolución en derecho de una en equidad, teniéndose por más justa la segunda.

Este método, que halla sus orígenes en los postulados de la Ciencia Jurídica alemana del siglo XIX, se sustenta en la seguridad jurídica que parte de la ley como fuente exclusiva, única e infalible del Derecho —no obstante tener a diario pruebas crasas de que eso no es así—, y se funda en los principios de cientificismo, construcción de sistemas, abstracción, formalismo y purismo, propios y exclusivos de un positivismo que no admite más Derecho que aquel promulgado,

27 En la mayoría de los casos, el deudor que está en situación de lo que los bancos denominan “cobro jurídico” antes ha intentado de diferentes maneras normalizar su situación. De ahí que haya novado varias veces su obligación, haya ofrecido garantías reales y personales adicionales a la hipotecaria, haya suscrito un sinfín de pagarés...

y que no entiende la judicatura como cosa diferente al operador automática, que no interpreta sino que aplica, sin más consideración que la que le ofrece el código que se le pone en frente.

De golpe, en el siglo XIX, tales postulados tendrían validez, pero mucha agua ha pasado bajo el puente, y no es de recibo que, después de dos guerras mundiales, del fracaso del positivismo, de la crisis filosófica jurídica que planteó la posmodernidad, en pleno siglo XXI, nuestra judicatura siga aplicando esos criterios, en clara contravía con la realidad social y económica en la que se practica, abstraída y ajena. Al punto, Merryman (2002, pp. 270, 274) dice:

“las premisas y los métodos de la ciencia jurídica alemana han aislado el derecho de los problemas de la sociedad a la que se supone debe servir, mientras perpetúa un conjunto de supuestos socioeconómicos que ya no son válidos, si es que alguna vez lo fueron”.

Y a continuación:

“A todos conviene que la pureza de la ciencia jurídica –su rechazo de todo lo que considera no legal– ha separado al derecho de la vida de la sociedad cuyos problemas debieran constituir su preocupación básica”.

El formalismo es utilizado por operadores ¿jurídicos? que se aprovechan de su conocimiento del procedimiento judicial y de la ignorancia al punto de su contraparte, para dar lugar a situaciones como las que fundan el incidente propuesto. El tema de las notificaciones y de sus efectos es conocido por los abogados y, en algunos casos, por los dependientes judiciales, pero es desconocido del todo por el ciudadano del común. El aforismo contenido en el artículo 9º del Código Civil, según el cual “la ignorancia de la ley no sirve de excusa”, tiene sus raíces en el individualismo posrevolucionario, paradigma sobre el cual se ha construido el Estado positivista decimonónico, con fundamento en los postulados de los pandectistas alemanes, a los que se hizo referencia más arriba. Tanto ha cambiado el mundo desde aquel entonces que incluso se reconoce que en ciertos tipos de relaciones jurídicas existe una desigualdad manifiesta, que da lugar a una protección especial, como es el caso del Derecho Laboral, y, para no ir más lejos, en la actualidad la doctrina civil se debate en el tema de los contratos por adhesión, el régimen de protección al consumidor, el tema de la posición dominante y el

abuso del derecho. Es verdad de a puño que el usuario del sector financiero, quien suscribe un crédito hipotecario, no cuenta con ninguna capacidad de negociación respecto del mutuo, su igualdad respecto de la corporación es puramente formal, puesto que en realidad queda en una situación similar a la del *nexus romano*, y casi tan desprotegido.

La práctica judicial pone de presente que, en la mayoría de los casos en los cuales se recurre al expediente de la notificación por conducta concluyente, el demandado no fue advertido de los efectos procesales del documento que suscribe. Al no tener conocimiento técnico, obra con error, pues cuando el entendie “arreglo con el acreedor”, el ejecutante sabía que había “notificación”, y además sabía que correría el término para proponer excepciones contra el mandamiento de pago, y sabía que el demandado no iba a proponerlas, puesto que él se marcha con el convencimiento de que se había llegado a un acuerdo con su acreedor y que la ejecución terminaría. Esa es la situación real, material, que tiene lugar cada que se llevan a cabo estas “estrategias”. Nótese que este proceder, desafortunadamente consuetudinario en algunos operadores jurídicos, puede llegar a tener connotaciones punibles.

Decía el procesalista Eduardo Couture, palabras más, palabras menos, que la lucha del abogado es por el Derecho, mas que cuando se enfrentan Derecho y Justicia, se ha de luchar por la Justicia. Huelga decir que en estos casos podrá haber legalidad, pero no justicia. El derecho a cobrar un crédito no faculta al acreedor para actuar como lo está haciendo en este caso particular, ni como procede en la generalidad.

Este proceder pone de presente una negligencia en cabeza del ejecutante, en la medida en que decide de plano pretermitir la práctica de la notificación personal, así como una falta a la lealtad procesal que raya con lo procaz. No notifica al ejecutado; practica las medidas cautelares y después “negocia”, ante el pánico que un secuestro genera en la gente del común; al “negociar”, notifica por conducta concluyente y deja el camino allanado para obtener la sentencia que le permita rematar el bien, no obstante obtener del deudor nuevos títulos ejecutivos –en muchos casos– que lo precaven de una eventual prescripción, así como la puesta al día en el pago de las cuotas del crédito; como se dice coloquialmente, “pan y pedazo debajo del brazo”: ¿no será esto un abuso del derecho?, ¿no habrá una violación al debido proceso, al proceso con todas las garantías?, ¿no habrá una afec-

tación al principio procesal de la igualdad material de las partes en el juicio?

Cuando se habla de los principios del derecho procesal, el primero que salta a la palestra es el de la igualdad de las partes, el cual se manifiesta en la oportunidad material y real de participar en el proceso, sin privilegios ni prebendas para ninguna de las partes vinculadas. Ahora, ante el evento de la notificación por conducta concluyente tal como se ha expuesto, ¿habrá alguna garantía del principio del derecho procesal a la igualdad, el cual, además, se sustenta en los artículos 13 de la Constitución y 37, numeral 2°, del Código de Procedimiento Civil?

Acerca de la comparecencia de las partes

Conforme con lo que se ha expuesto a lo largo del presente escrito, se tiene claro que la garantía de la realización del debido proceso en el trámite del proceso ejecutivo se materializa en la comparecencia de las partes al trámite del mismo. Totalmente lógico y coherente con el sistema, en tanto la comparecencia es la que determina la posibilidad de ejercer las conductas procesales –contestar la demanda, oponerse a las pretensiones, proponer excepciones, etcétera–, controvertir las pruebas, proponer las que estime convenientes, en fin, es la comparecencia la que permite participar activamente en el proceso, a efectos de que se verifique el postulado componente del debido proceso expresado en el aforismo según el cual “nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio”²⁸.

La comparecencia se consigue por conducto de la notificación. De ahí la importancia de la práctica legal, y, mejor, leal, de esta diligencia.

Al punto, y para no extendernos más en el asunto, concretando la idea, conforme con la dinámica de nuestra exposición, tenemos que en la práctica se suceden vulneraciones a este mecanismo, en parte prohijadas por la legislación y con la interpretación que hacen los operadores jurídicos en extenso –jueces, litigantes, partes.

La concepción dominante en el foro se conforma con la aplicación formal y abstracta de las normas proce-

sales, y, ante cualquier reclamo al respecto, la respuesta, ya del tipo del lugar común, se circunscribe al hecho de afirmar que “se dio estricto cumplimiento a las disposiciones aplicables al punto”.

La aplicación abstracta del Derecho, conforme con los postulados del más puro positivismo, implica nada más que la negación misma del Derecho. Las construcciones formales que se satisfacen en sí mismas, cuerpos legislativos sistemáticos sin contenido axiológico ni teleológico, de las cuales, desafortunadamente, nuestro sistema legal es representante, tan solo sirven para perpetuar situaciones de iniquidad y de injusticia, todo lo contrario a lo que por vía del Derecho se propugna y busca en una sociedad²⁹.

El imaginario común

Hasta el momento, y por tratarse de un trabajo de contenido académico, nos hemos venido refiriendo a la “dogmática” jurídica del proceso ejecutivo en tanto herramienta procesal destinada a conseguir, mediante una manifestación de la soberanía, cual es la jurisdicción, el cumplimiento forzoso de una obligación incumplida. Sin embargo, se hace necesario referirse a la forma como esa dogmática, de conocimiento exclusivo de los dedicados al estudio y ejercicio de la ciencia jurídica, es percibida y asimilada por el grueso de la comunidad, por las personas respecto de las cuales las normas son destinatarias, quienes, sin saberlo, son los afectados –positiva o negativamente– por esos contenidos normativos, los cuales, en la mayoría de los casos, desconocen, o, en el mejor de todos, no entienden, pero que se presupone aceptado, entendido y asimilado por disposición de lo previsto por el artículo 9° del Código Civil.

En el imaginario de la comunidad, la mención de palabras como “abogado”, “cobro ejecutivo”, “embargo”, “juizado”, “diligencia”, “notificación”, y demás que conforman el argot de la profesión, produce en

28 Dice la Corte Constitucional en sentencia T-663 de 2005: “Lo anterior porque el debido proceso y el derecho a la igualdad se concretan en que las partes en contienda se someten a las mismas normas y asumen iguales cargas y responsabilidades”.

29 Extractando la regla de derecho planteada por la Corte Constitucional en sentencia T-625 de 2005, con ponencia del magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra: “Del simple cotejo de la identidad de las personas involucradas en esta confusión es posible deducir que, *prima facie*, el proceso de extinción de dominio que culminó con la sentencia del Juzgado Cuarto Penal Especializado del Circuito de Bogotá se abrió contra persona distinta al tutelante, lo cual configura una vulneración de sus derechos fundamentales, pues éste nunca fue vencido en proceso. Esta circunstancia comporta la violación automática de sus derechos al debido proceso, su derecho de defensa y el derecho a la vivienda digna, de la cual habría sido despojado sin oportunidad de oposición”.

las personas un terror atávico, asociándolas de inmediato con la imposición de sanciones penales, acompañado de una completa sensación de indefensión, impotencia y desamparo. Recogiendo. Cualquier referencia a un proceso judicial, de entrada, produce en el ciudadano común, independientemente de su grado de instrucción, la sensación de verse abocado a una situación sin salida³⁰.

Por otra parte, es necesario considerar que, en la mayoría de los casos, el ciudadano se entera de la existencia de un proceso ejecutivo en su contra al momento de la práctica de la diligencia de secuestro de bienes, o al momento de disponer de alguno de sus bienes registrables, al encontrar registrada una medida cautelar de embargo.

Este ciudadano, así sorprendido, asume que no tiene ninguna oportunidad de defensa; asume que por conducto del juzgado va a ser objeto de una especie de expropiación, sin ninguna posibilidad de defensa. El deudor ejecutado, hemos dicho, no considera que, en su condición de ciudadano amparado por el Estado de Derecho, cuenta con la posibilidad de comparecer al proceso judicial que se adelanta en su contra y adoptar alguna posición de defensa en relación de las pretensiones.

Y esta idiosincrasia es aprovechada por los acreedores. Nótese que, dentro de ese imaginario común, también el ejecutado contempla como fundamental, al demandar por la vía ejecutiva, practicar medidas cautelares y utilizar el proceso como un mecanismo de presión.

Así las cosas, los postulados que hemos expuesto a lo largo del presente escrito, referidos al debido proceso, informante del proceso ejecutivo, se desconocen en un todo al utilizarse el mecanismo en la vida diaria. Lo que doctrinal, científica y epistemológicamente se ha concebido como un mecanismo garante de los derechos de los ciudadanos, como un mecanismo judicial, en la vida diaria, en el tráfico cotidiano de las relaciones sociales, se suele utilizar como un mecanismo de fuerza, de “constreñimiento” y de ame-

naza, esto, al amparo de una ignorancia generalizada en la ciudadanía respecto del contenido, alcances y finalidades del procedimiento judicial, en general, y del proceso ejecutivo, en particular.

El garantismo procesal y la eficacia

Se han expuesto, a lo largo del presente escrito, los postulados que informan el proceso ejecutivo como proceso judicial, sistemático en tanto parte del sistema jurídico, al amparo del aforismo romano según el cual “no hay derecho sin acción”. Conforme con lo que hemos venido exponiendo, el proceso, como mecanismo judicial, ha de ser garante de la defensa de los derechos de las partes que por su conducto se vinculan, en la medida que, por medio de aquel, se garantiza la igualdad de los comparecientes y la imparcialidad de la autoridad, con la finalidad de lograr la realización fáctica de los derechos particularizados de los ciudadanos, lo cual, necesariamente –teóricamente–, tendrá como resultado la paz social.

Esta ha sido la fundamentación dogmática sobre la que se ha construido la doctrina procesal contemporánea, y que ha conseguido su máximo desarrollo en materia penal, alcanzando al procedimiento constitucional, sobre todo en lo referente a la mecánica de la acción de tutela.

Sin embargo, el Derecho Civil, tanto en su parte sustancial como en la procesal, parece haberse quedado en el lejano siglo XIX, encerrándose en sí mismo, preocupándose por la proposición de complejos esquemas abstractos y ajenos a la realidad de la vida en la que ha de aplicarse y servir de mecanismo para la convivencia.

Podemos decir que, conforme con esto, existe un ordenamiento jurídico “virtual”. En la obra *El ordenamiento jurídico, entre la virtualidad y la realidad*, del profesor Francesco Gentile (2001), se lee:

“Podemos concluir que, hoy en día, en una óptica geométrica (de la concepción del Derecho como sistema con fundamento en el positivismo kelseniano), prevalece la acepción de *ordenamiento jurídico* como conjunto de normas jurídicas, aunque haya que reconocer al mismo tiempo que con este término no se designa un simple conjunto, sino más bien un todo ordenado, precisamente,

30 Es interesante ver que cualquier persona no abogada, independientemente de su grado de instrucción o de su formación académica, al verse requerida judicialmente, o al tener que tratar con abogados o al referirse a asuntos legales, de entrada va predispuesta, condicionándose mentalmente a verse perjudicada ante el requerimiento.

un *sistema de normas*" (paréntesis fuera de texto) (p. 14).

(...)

"lo que significa que el ordenamiento jurídico no es real sino puramente virtual. No corresponde a algo sustancial, sino que viene a ser más bien una creación artificial" (p. 16).

(...)

"de ahí el problema de la separación entre el ordenamiento jurídico virtual y la realidad social o, como sería preferible decir, la comunidad política" (p. 22).

Esta virtualidad del ordenamiento jurídico, que, desde luego, se ve reflejada en las instituciones que lo componen, se debe, como ya hemos dicho, a una concepción eminentemente formal y abstracta, desconectada de la realidad. Recordemos que es el positivismo kelseniano el que ha servido para diseñar este modelo, y que este se basa en la necesidad de organizar la ciencia jurídica de forma sistemática,

apartándola de cualquier influencia externa, y que, en consecuencia, se ve satisfecho en la medida en que formalmente se vea agotado.

Así, nos permitimos afirmar que el proceso ejecutivo, tal como está diseñado en nuestro Código de Procedimiento Civil, se ve satisfecho en la medida en que se agota en sí mismo, independientemente de que haya servido, como instrumento generador de justicia y de paz social, para satisfacer una prestación incumplida.

Esto, en la medida en que se ha querido diseñar más como un mecanismo eficaz, antes que como uno garantista de los derechos y de las oportunidades procesales de las partes. En otras palabras, se ha querido hacer del proceso ejecutivo una herramienta útil para "cobrar", en perjuicio de la protección y garantía de los derechos de las partes, en general, y del deudor, en particular, bajo el presupuesto de que darle oportunidad de defensa al ejecutado es demorar el recobro de una suma de dinero. Se desnaturaliza conceptualmente el proceso, se utiliza para lo que no es, se hace de él más un mecanismo de opresión que de realización de justicia.

Referencias

Libros:

- Berman, H. (1996). *La formación de la tradición jurídica de Occidente*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Devis Echandía, H. (1981). *Compendio de derecho procesal*. Tomo I. Teoría general del proceso. 8ª edición. Bogotá: ABC.
- Gamboa Serrano, R. H. (1998). *Curso de teoría general del proceso*. Apuntes de clase. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas.
- Gentile, F. (2001). *El ordenamiento jurídico, entre la virtualidad y la realidad*. Colección Prudentia Iuris. Madrid: Marcial Posn.
- Gimeno Serra, J. V. (1981). *Fundamentos del derecho procesal*. Madrid: Civitas.
- Merryman, J. H. (2002). *La tradición jurídica romano-canónica*. Colección Breviarios. 2ª edición. México: Fondo de Cultura Económica.

Revistas:

- Prieto Monroy, C. A. (2003). El proceso y el debido proceso. *Universitas*, 116, 811-823. Pontificia Universidad Javeriana.

Trabajos de Grado:

- Prieto Monroy, C. A. (2002). *De las necesidades, de los intereses y de los instrumentos*. Algunas reflexiones acerca del hombre, del Estado, del Derecho, y del procedimiento (tesis de grado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

Normas:

- Código de Procedimiento Civil.
- Constitución Política de Colombia.

Sentencias:

- Corte Constitucional. Sentencia T-001 de 1993. M. P. Jaime Sanín Greiffenstein.
- Corte Constitucional. Sentencia T-431 de 2005. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

*Bibliografía complementaria***Libros:**

Bodenheimer, É. (1994). *Teoría del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica. Ferrajoli, L. (2008). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.

Kaufmann, A. (1998). *La filosofía del derecho en la postmodernidad*. Colección Monografías Jurídicas, 77. Bogotá: Temis.

López Blanco, H. F. (1997a). *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*. Parte general. Tomo I. Bogotá: Dupré Editores.

López Blanco, H. F. (1997b). *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*. Parte general. Tomo II. Bogotá: Dupré Editores.

López Medina, D. E. (2000). *El derecho de los jueces*. Serie Lex Nova. Bogotá: Ediciones Uniandes - Legis.

Segura Ortega, M. (1998). *La racionalidad jurídica*. Madrid: Tecnos.

Normas:

Código Civil colombiano.

Código de Comercio colombiano.

Código de Procedimiento Civil colombiano.

Constitución Política de Colombia.

Sentencias:

Corte Constitucional. Sentencia T-001 de 1993.

Corte Constitucional. Sentencia T-431 de 2005.

Corte Constitucional. Sentencia T-625 de 2005.

Corte Constitucional. Sentencia T-663 de 2005.

Ley 105 de 1931 – Código Judicial.

Ley 142 de 1994.