



DERECHO PROCESAL DE FAMILIA

**MAESTRÍA EN DERECHO DE FAMILIA
2010-2011**

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA

IVÁN SANTOS BALLESTEROS

TABLA DE CONTENIDO

CAPITULO I	1
1 DERECHO PROCESAL DE FAMILIA	1
1.1 DENOMINACIÓN Y JUSTIFICACIÓN.....	1
1.1.1 Denominación.....	1
1.1.2. Justificación de la existencia del Derecho de Familia	2
1.2 DERECHO COMPARADO	10
1.2.1 El Derecho de familia en Cuba.....	10
1.2.2 El Derecho de Familia en Italia.....	11
1.2.3 El Derecho de Familia en España	11
1.3 LA RAZÓN DE SER DEL DERECHO PROCESAL DE FAMILIA	12
CAPITULO II	16
2 JURISDICCIÓN DE FAMILIA	16
2.1 CREACIÓN DE LA JURISDICCIÓN DE FAMILIA.....	16
2.1.1 Antecedentes	16
2.1.2 Competencia de los funcionarios jurisdiccionales en asuntos de familia.....	16
2.1.2.1 Salas de Familia de los Tribunales de Distrito Judicial.....	16
2.1.2.2 Juzgados de Familia.....	17
2.1.2.3 Juzgados Civiles y Promiscuos Municipales	20
2.1.2.3.1 Reformas al Código de Procedimiento Civil	22
2.1.2.4. Defensor de Familia	23
CAPITULO III	24
3 EL PROCESO	24
3.1 NOCIÓN	24
3.2 EL PROCESO JUDICIAL	24
3.2.1 Noción y elementos del proceso	25
3.2.1.1 Noción	25
3.2.1.2 Elementos del Proceso.....	25
3.3 NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO	26
3.3.1. El proceso como contrato.....	26
3.3.2 El proceso como cuasi contrato	26
3.3.3 El proceso como relación jurídica.....	27
3.3.4 El proceso como situación jurídica	28
3.3.5 Teoría de la institución jurídica.....	29
3.4 EL PROCESO Y OTROS MECANISMOS PARA LOGRAR LA PAZ JURÍDICA.....	30
3.5 CLASIFICACIÓN DEL PROCESO	30
3.5.1 De conformidad con el órgano juzgador.....	30
3.5.2 Por naturaleza del derecho sustancial que se pretende realizar	32
3.5.3 Conforme a la naturaleza de la pretensión que se formule	33
3.6 PRINCIPIOS GENERALES Y PRINCIPIOS TÉCNICOS, O REGLAS TÉCNICAS DEL DERECHO PROCESAL.....	35
3.6.1 Introducción al tema	35
3.6.2 Funciones de los principios procesales.....	36
3.6.3 Clasificación de los principios procesales	36
3.6.3.1 Atendiendo a la interpretación doctrinal de la ley procesal.....	36

3.6.4 De los principios procesales y de los principios o reglas técnicas del Derecho procesal.....	37
3.6.4.1. Según su ámbito de aplicación.....	37
3.6.4.1.1 Primera sub-clasificación.....	37
3.6.4.1.2 Segunda sub-clasificación.....	38
3.6.4.2 Atendiendo a la existencia de opciones contrarias.....	38
3.6.4.2.1 Principios de Oralidad o Escritura	39
3.6.4.2.2 Principios de intermediación o mediación.....	39
3.6.4.2.3 Principios de concentración o dispersión.	39
3.6.4.2.4 Principios de libre valoración de la prueba o sistema de tarifa legal.	39
CAPITULO IV	40
4 LOS PROCESOS EN LA JURISDICCIÓN DE FAMILIA	40
DE LOS PROCESOS DECLARATIVOS	40
4.1 INTRODUCCIÓN	40
4.2 PROCESO VERBAL. CLASES	40
Señala el artículo 396 del C. de P.C., que	41
4.2.1 Proceso Verbal de mayor y menor cuantía	41
4.2.1.1 Etapa previa al proceso declarativo. La conciliación extraprocesal.....	41
4.2.1.1.1 De la conciliación extrajudicial en derecho.....	41
4.2.1.1.2 De la conciliación extrajudicial en materia de familia.....	42
4.2.1.1.3 Medidas provisionales en la conciliación extrajudicial en asuntos de familia.....	42
4.2.1.1.4 La conciliación como requisito de procedibilidad.....	43
4.2.1.1.5 Asuntos en materia de familia que no tienen conciliación previa ni procesal.....	45
4.2.1.1.6 Rechazo de plano de la demanda	47
4.3 PROCESOS VERBALES DE FAMILIA	47
4.3.1 Generalidades	47
4.3.2 Asuntos que comprende.....	48
4.3.2.1 Proceso verbal de mayor y menor cuantía	48
4.3.2.2 Proceso verbal sumario.....	49
4.4 ESQUEMA DE LOS PROCESOS VERBALES	49
4.4.1 Etapas del proceso verbal de mayor y menor cuantía	49
4.4.2 Incidentes y trámites especiales.....	52
4.4.3 Recursos y trámites.....	52
4.5 ASUNTOS SIN TRÁMITE ESPECIAL QUE SE VENTILAN Y DECIDEN EN PROCESO DECLARATIVO VERBAL	52
4.5.1 Etapas de los procesos verbales sin trámite especial	53
4.5.1.1 Demanda de reconvenición y excepciones previas	54
4.5.1.2 Decreto de pruebas y término para practicarlas (artículo 402).....	54
4.5.1.3 Alegaciones (artículo 403).....	55
4.5.1.4 Sentencia	55
4.5.2 Medidas cautelares en procesos declarativos sin trámite especial	55
4.5.2.1. Pretensiones que recaen sobre derechos reales	55
4.5.2.1.1 Clases de medidas cautelares cuando recaen sobre derechos reales... ..	56
4.5.2.1.2 Pretensiones que recaen sobre derechos personales.....	59

4.6 DE LOS PROCESOS DECLARATIVOS DE FAMILIA SIN TRÁMITE ESPECIAL EN PARTICULAR	61
4.6.1 Proceso de declaración de existencia de la unión marital de hecho, de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, su disolución y liquidación.	61
4.6.2 Acciones de estado	65
4.6.2.1 Acciones de reclamación de estado	65
4.6.2.2 Acciones de impugnación de estado	70
4.6.3 Otros procesos declarativos de familia.....	75
4.6.3.1 Acciones del heredero para recuperar bienes de la herencia	76
4.6.3.1.1 Proceso de petición de herencia	76
4.6.3.2 Proceso de reivindicación de los bienes herenciales	78
4.7 OTROS PROCESOS DECLARATIVOS DE FAMILIA EN DISPOSICIONES ESPECIALES	79
4.7.1 Proceso de Rendición de Cuentas	79
4.7.1.1 Generalidades	79
4.7.1.2.1 Rendición provocada de cuentas	81
4.7.1.2.2 Rendición espontánea de cuentas	83
4.7.2 Medidas Cautelares aplicables a las disposiciones especiales (artículos 415 a 426 del C. de P.C.).....	84
4.7.2.1 Pago por consignación (artículo 429 del C. de P.C.).....	84
4.7.2.2 Impugnación de actos de asambleas, juntas directivas o de socios (artículo 421 del C. de P.C.).....	84
4.7.2.3 Declaración de bienes vacantes y mostrencos	85
4.7.2.4 Restitución de inmueble arrendado	85
4.8 DISPOSICIONES ESPECIALES EN PROCESOS VERBALES DE MAYOR Y MENOR CUANTIA Y VERBALES SUMARIOS DE FAMILIA	85
4.8.1 Nulidad de matrimonio civil.....	85
4.8.1.1 Causales	85
4.8.1.2 Competencia	88
4.8.1.3 Trámite	88
4.8.1.4 Medidas cautelares	88
4.8.1.5 Parte resolutive de la sentencia (artículo 443 del C. de P.C).	89
4.8.1.6 La ejecución de la sentencias eclesiástica de nulidad de matrimonio religioso en cuanto a sus efectos civiles	91
4.8.2. Proceso de divorcio	91
4.8.2.1 Contencioso	91
4.8.2.1.1 Competencia	91
4.8.2.1.2 Causales	91
4. La embriaguez habitual de uno de los cónyuges.	93
4.8.2.1.3 Clases de las causales de divorcio y legitimación	95
4.8.2.1.4 La caducidad en el proceso de divorcio	96
4.8.2.1.5 Formulación de las pretensiones de divorcio o de separación de cuerpos	97
4.8.2.1.6 Aspecto probatorio	97
4.8.2.1.7 Medidas cautelares	98
4.8.2.1.8 Norma remisoria	99

4.8.2.1.9 Terminación del proceso	99
4.8.2.1.10 Parte resolutive de la sentencia que decreta el divorcio.....	100
4.8.2.2 Proceso de divorcio por mutuo acuerdo	100
4.8.3 Separación de cuerpos.....	101
4.8.3.1 Causales	101
4.8.3.2 Trámite	102
4.8.3.3 Reconciliación	102
4.8.3.4 Acción Pastoral y Conciliatoria. Aplicación.....	102
4.8.4 Proceso de separación de bienes	102
4.8.4.1 Competencia	102
4.8.4.2 Trámite	103
4.8.4.2.1 Judicial	103
4.8.4.2.2 Notarial	103
4.8.4.3 Medidas cautelares	103
4.8.4.4 Causales	103
4.8.4.5 Disolución de la sociedad conyugal	104
4.8.5 Liquidación de la sociedad conyugal.....	104
4.8.5.1 Tramite de la liquidación, si la disolución se deriva de sentencia de nulidad de matrimonio religioso	104
4.8.5.2 Trámite de la liquidación, si la disolución se deriva de sentencia de juez de familia (artículo 626 C.P.C)	105
4.8.6 Privación, suspensión y restablecimiento de la patria potestad, remoción del guardador y privación de la administración de los bienes del hijo.....	105
4.8.7 Inhabilitación de persona con discapacidad mental relativa y su rehabilitación	107
4.8.7.1 Introducción	107
4.8.7.2 Aspectos generales	107
4.8.7.3 Confección de inventario de los bienes del inhabilitado	108
4.8.8 Proceso de alimentos	108
4.8.8.1 Asuntos que comprende.....	108
4.8.8.2 Trámites	108
4.8.8.2.1 Según el artículo 448.....	109
4.8.8.2.2 Según el Decreto 2737 de 1989.....	111
CAPITULO V	114
5 PROCESOS DE LIQUIDACIÓN.....	114
5.1 INTRODUCCIÓN	114
5.2 PROCESO DE SUCESIÓN.....	115
5.2.1 Medidas preparatorias en sucesiones testadas	115
5.2.1.1 Apertura y publicación del testamento cerrado en caso de oposición.....	115
5.2.1.2 Publicación del testamento otorgado ante cinco testigos	115
5.2.1.3 Reducción a escrito del testamento verbal.....	116
5.2.1.3.1 Requisitos de orden sustancial son los siguientes:	116
5.2.1.3.2 Trámite	117
5.2.1.3.3 Caducidad del testamento verbal	118
5.2.1.3.4 Inexistencia del testamento verbal	118
5.2.2 Medidas cautelares	118
5.2.2.1 Guarda y aposición de sellos	118

5.2.2.2 Embargo y secuestro provisional (artículo 579 C. de P.C.)	119
5.2.2.3 Secuestro definitivo	120
5.2.3 Herencia yacente	120
5.2.3.1 Noción	120
5.2.3.2 Requisitos para su declaración	121
5.2.3.3 Trámite	121
5.2.4 Herencia vacante.	122
5.3 TRÁMITES PARA LIQUIDAR HERENCIAS Y SOCIEDADES CONYUGALES	122
5.3.1 Trámite Notarial	122
5.3.1.1 Fines.....	122
5.3.1.2 Requisitos.....	122
5.3.1.3 Competencia.	122
5.3.1.4 Trámite	122
5.3.1.5 Variables	124
5.3.2 Trámite Judicial	125
5.3.2.1 Fines y competencia.....	125
5.3.2.2 Etapas	126
5.3.2.2.1 Legitimación. Demanda y anexos.....	126
5.3.2.2.2 Primer auto y contenido.....	127
5.3.2.2.3 Opción entre porción conyugal y gananciales para el cónyuge.....	127
5.3.2.2.4 Inventarios y avalúos.....	128
5.3.2.2.5 Posesión efectiva de la herencia.....	129
5.3.2.2.6 Decreto de partición y designación de partidor (artículo 608)	130
5.3.2.2.7 Suspensión de la partición.	131
5.3.2.2.8 Presentación de la partición.	132
5.3.2.2.9 Objeciones y aprobación de la partición.....	132
5.3.2.2.10 Entrega de bienes a los adjudicatarios.....	133
5.3.3 Sucesión procesal.	134
5.3.4 Acumulación de Sucesiones	134
5.3.5 Conflicto Especial de Competencia	134
CAPÍTULO VI	136
6 PROCESO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA	136
6.1 NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS.....	136
6.1.1 Naturaleza	136
6.1.2 Características	136
6.1.2.1 Según el Código de Procedimiento Civil	136
6.1.2.2 En la doctrina	137
6.2 ASUNTOS QUE COMPRENDE	137
6.3 ETAPAS PROCESALES.....	138
6.3.1 Demanda y contenido del primer auto.....	138
6.3.1.1 Demanda Artículo 650 del C. de P.C.....	138
6.3.1.2 Contenido del primer auto	138
6.3.1.3 Intervinientes	138
6.3.1.4 Incidentes	139
6.3.1.5 Sentencia	139
6.3.1.6 Apelaciones.....	139

6.3.1.7 Efectos de la sentencia	139
6.4 DISPOSICIONES ESPECIALES.....	139
6.4.1 Licencias o autorizaciones (artículo 653)	139
6.4.2 Transacción	140
6.4.3 Reconocimiento del guardador testamentario y posesión del cargo	140
6.4.4 Declaración de ausencia	141
6.4.4.1 Acción de provocación del nombramiento de administrador	141
6.4.4.2 Requisitos sustanciales para la mera ausencia.....	141
6.4.4.3 Reglas para esta declaración:	141
6.4.5 Presunción de muerte por desaparecimiento	142
6.4.5.1 Legitimación	142
6.4.5.2. Requisitos sustanciales para la declaración de muerte presunta	142
6.4.5.3 Competencia.	143
6.4.5.4. Reglas procesales para la declaración de muerte presunta.....	143
6.4.6 Interdicción del discapacitado mental absoluto	144
6.4.6.1 Rehabilitación del discapacitado mental absoluto	146
6.4.7 Insinuación de donaciones	146
6.4.8. Proceso de adopción.....	148
6.4.8.1. Requisitos previos al proceso.....	148
6.4.8.2 Competencia.	148
6.4.8.3 Demanda y anexos.....	148
6.4.8.4 Trámite del proceso de adopción	149
Biibliografía	151

Anexos Capítulos

Capítulo IV PROCESOS DECLARATIVOS
Proceso Verbal de Mayor y Menor Cuantía
Proceso Verbal Sumario

Capítulo V PROCESOS DE LIQUIDACIÓN
Trámite Notarial
Trámite Judicial

Capítulo VI PROCESO DE JURIDICCIÓN VOLUNTARIA
Etapas Procesales
Proceso de Adopción

Ver archivos adjuntos en Power Point

CAPITULO I

1 DERECHO PROCESAL DE FAMILIA

1.1 DENOMINACIÓN Y JUSTIFICACIÓN

1.1.1 Denominación.

La anterior expresión de “Derecho Procesal de familia” se integra por los tres vocablos.

“*Derecho*” (Del latín “directus”, directo; dirigere, enderezar o alinear) entendido como poder o potestad individual de hacer, elegir o de abstenerse de hacer algo en cuanto atañe a sí mismo, y de exigir, permitir o prohibir a los demás, suele clasificarse en derecho objetivo (conjunto de normas de carácter jurídico que sirven para regular la vida del individuo en la sociedad), y en derecho subjetivo (facultad derivada de las normas jurídicas para actuar en determinado sentido, o para exigirle a otro u otros el la observancia de una conducta).

La expresión “*Procesal*” denota el conjunto de normas encaminadas a la realización de los derechos subjetivos, mediante el ejercicio de la función jurisdiccional.

“*De familia*” alude al conjunto de normas que regulan la institución familiar.

Al integrarse los anteriores vocablos surge el Derecho procesal de familia. Esta rama del derecho obedece a la clasificación de la ley procesal acorde con la rama del derecho sustancial o material para cuya efectividad sirva de medio. Azula Camacho además de la anterior clase hace referencia a la ley procesal conforme a la estructura (orgánica y procesal propiamente dicha); en relación con los actos procesales, la concibe como material, referida a la calidad de los sujetos que producen los actos procesales y al contenido de los mismos, y formal, cuando

atiende a las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que corresponde la realización de los actos procesales); respecto de la fuerza obligatoria (absoluta o imperativa, de forzoso acatamiento siempre que se den los presupuestos necesarios que ella misma prevé para su aplicación, y dispositiva, aquella que puede aplicarse o dejarse de aplicar conforme con la actitud que ante un determinado acto procesal asuman las partes)¹.

En forma aislada, el derecho de familia constituye una rama que se desprende del Derecho civil. Si a los dos primeros vocablos (Derecho procesal) se le agrega un tercer término (de familia), éste delimitará, ya una rama, o una especialidad del derecho procesal, como el civil, penal, laboral, etc. "Pero estudiado unitariamente, basta decir "derecho procesal", aunque los principios se particularicen en función de la materia a actuar. Esto significa que es posible, y conveniente, formular una teoría uniforme del derecho procesal"².

La familia suele concebirse en sentido lato y en sentido estricto. Por el primer aspecto, engloba a todas las personas que se encuentran integradas por lazos de parentesco de consanguinidad o de afinidad. Atendiendo al segundo sentido, la familia designa a las personas que viven bajo el mismo techo, como los padres, hijos, nietos y colaterales. En un sentido jurídico, es válida la primera noción por constituir un grupo étnico, intermedio entre el individuo y el estado. En cualquiera de los aspectos que se la considere, surge la familia como una institución necesaria.

Refiriéndose a la familia Jossierand señala que "es un elemento de cohesión, una condición del equilibrio social. La historia enseña que los pueblos más fuertes han sido siempre aquellos en que la familia estaba más fuertemente constituida: Roma, Inglaterra, Francia, Alemania; las lecciones de la historia nos enseñan el relajamiento de los lazos familiares en los períodos de decadencia: ordinariamente, en la célula familiar se manifiestan los primeros síntomas del mal antes de afectar al organismo más vasto y más poderoso del Estado"³.

1.1.2. Justificación de la existencia del Derecho de Familia

El Código Civil colombiano, al igual que el chileno, contienen normas reguladoras del Derecho de familia, cuya base la constituye el matrimonio y el Derecho patrimonial, al que le sirve de fundamento el derecho de propiedad. De ahí que el matrimonio y la propiedad se conviertan en los soportes del Derecho civil, pero mientras el Derecho patrimonial cae bajo la órbita del Derecho privado, el Derecho de familia se encuentra en una línea intermedia entre aquél y el Derecho público. La anterior afirmación se refleja en la reglamentación del Derecho de familia

¹ AZULA CAMACHO, Jaime. "Manual de Derecho Procesal". Tomo I. Teoría General del Proceso. Octava edición. Editorial Temis, Bogotá, 2002, ps. 15 y s.

² CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. "Derecho Procesal". Tomo I. Concepto fundamentales. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 6.

³ JOSSERAND, Louis. "Derecho Civil". Tomo I. Volumen 2º. Ediciones Jurídicas Europa- América. Bosch y Cia. Editores. Buenos Aires, 1952, p. 4.

independiente del Derecho civil, tal como acontece en Rusia y en Cuba, y antiguamente en Méjico antes de la promulgación de su Código Civil.

Estas consideraciones se justifican por las diferencias múltiples que existen entre lo derechos patrimoniales y los derechos de familia. Somarriva Undurraga⁴ señala entre otras, las siguientes:

Las leyes que constituyen el Derecho patrimonial son en gran parte permisivas, y en forma excepcional, prohibitivas o imperativas; por el contrario, en el Derecho de familia, estas últimas son las más abundantes.

Los actos patrimoniales, salvo contadas excepciones pueden someterse a modalidades, no así los de familia, como sucede, por ejemplo, con el matrimonio y la adopción.

Los derechos de familia como tales se encuentran fuera del comercio jurídico, y en consecuencia no se pueden ceder, renunciar y en ellos no cabe la transacción (tal como sucede con el estado civil).

Los actos patrimoniales pueden dejarse sin efecto por los contratantes, lo que, por regla general no es permitido en los actos de familia. Sin embargo, algunos de estos últimos son posibles, como el evento del divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges.

Aunque el formalismo tiende a desaparecer en el derecho, existen actos de familia frente a los cuales el legislador los reviste de formalidades, como sucede con el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, el matrimonio, la legitimación, la adopción, etc., a diferencia de un gran número de actos patrimoniales (contratos consensuales, por ejemplo).

Los actos de familia son de efectos absolutos. El estado civil a que ellos dan origen se puede oponer a cualquier persona. Por ejemplo, el reconocimiento de un hijo extramatrimonial afecta la vocación hereditaria de los hermanos del padre.

Las instituciones del derecho de Familia se encuentran reguladas en algunos de los libros del Código Civil, reformado en sus primeros años de vigencia por las leyes 57 de 1887, (sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional); 153 de 1887, por la cual se adicionan y reforman los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la ley 57 de 1887; ley 100 de 1888, adicional al Código Civil y reformatoria de la ley 153 de 1887 y la ley 8ª de 1888, entre otras. Su verdadera evolución legislativa aparece a partir de 1930. Los gobiernos anteriores le otorgaron preferencia al matrimonio católico como origen del núcleo familiar. Referente a la celebración del matrimonio civil surgieron impedimentos para quienes fueran católicos, ya que los futuros contrayentes debían abjurar de

⁴ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Derecho de Familia. Editorial Nascimento. Santiago de Chile, 1963, p. 7 y s.

su religión tal como lo dispuso la ley 54 de 1924, denominada ley concha (Convenio Gasparri- Concha). Con el sistema de la potestad marital a la mujer se le aplicaba una capitis deminutio en el aspecto de la administración de sus bienes.

El libro I del C.C., regula lo relativo a las personas, así:

Título I. De las personas en cuanto a su nacionalidad y domicilio.

Título II. Del principio y fin de la existencia de las personas.

Título III. De los esponsales.

Título IV. Del matrimonio.

Referente a la institución del matrimonio encontramos las siguientes reformas o modificaciones:

a) Ley 266 de 1938, por la cual se autoriza la celebración de matrimonios de extranjeros ante sus respectivos agentes diplomáticos y cónsules.

b) Ley 20 de 1974. Aprobatoria del concordato celebrado por el gobierno con la Santa Sede y autoriza la celebración de matrimonio civil sin tener en cuenta la religión que se profese.

c) Decreto 2668 de 1988, por el cual se autoriza la celebración del matrimonio civil ante Notario Público.

d) Decreto 1556 de 1989, por el cual se modifica el artículo 4º del Decreto- Ley 2668 de 1988.

e) Ley 54 de 1990, por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes.

f) Ley 979 de 2005, por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes.

Título V. De la nulidad del matrimonio y sus efectos

Título VI. De la disolución del matrimonio

Título VII. Del divorcio y la separación de cuerpos, sus causas y efectos.

Constituyen modificaciones a los dos últimos títulos:

a) Ley 1ª de 1976, por la cual se establece el divorcio en el matrimonio civil, se regula la separación de cuerpos y de bienes en el matrimonio civil y en el canónico, y se modifican algunas disposiciones de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil en materia de familia.

b) Ley 25 de 1992, ley de divorcio.

c) Decreto 902 de 1988, por el cual se autoriza la liquidación de herencias y sociedades vinculadas a ellas ante notario público y se dictan otras disposiciones.

d) Decreto 1729 de 1989, por el cual se modifica y adiciona el Decreto- Ley 902 de 1988.

e) Decreto 2668 de 1988, por el cual se autoriza la celebración del matrimonio civil ante Notario Público.

f) Decreto 1556 de 1989, por el cual se modifica el artículo 4º del anterior decreto.

g) Ley 962 de 2005, por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.

h) Decretos 4436 y 2817 de 2006, reglamentarios de la ley anterior.

Título VIII. De las segundas nupcias.

Título IX Obligaciones y derechos entre los cónyuges.

Principales modificaciones a estos dos títulos:

a) Ley 28 de 1932, sobre reformas civiles (régimen patrimonial en el matrimonio).

b) Ley 68 de 1946, aclaratoria de la ley 28 de 1932.

c) Decreto 2820 de 1974, por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones, acordado con las modificaciones introducidas por el decreto 772 de 1975.

Título X. De los hijos legítimos concebidos en matrimonio.

a) Ley 1060 de 2006, por la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad.

Título XI. De los hijos legitimados.

Título XII. De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos.

El Decreto 2820 de 1974 vino a modificar algunas de sus normas, al igual que el decreto 2737 de 1989.

Título XIII. De la adopción

a) Ley 5ª de 1975, por la cual reglamenta la adopción.

b) Decreto 2737 de 1989, derogatorio de la ley 5ª de 1975.

Título XIV. De la patria potestad.

Título XV. De la emancipación.

Título XVI. De los hijos naturales.

a) Ley 45 de 1936, sobre reformas civiles (filiación extramatrimonial).

b) Ley 75 de 1968, por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

c) Ley 721 de 2001, por medio de la cual se modifica la Ley 75 de 1968.

Título XVII. De las obligaciones y derechos entre los padres y los hijos naturales

Título XVIII. De la maternidad disputada

Título XIX. De la habilitación de edad.

a) Ley 27 de 1977, por la cual se fija la mayoría de edad a los 18 años.

Título XX. De las pruebas del estado civil.

a) Decreto 1260 de 1970, por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas.

b) Dentro de las modificaciones o adiciones a este decreto encontramos las siguientes:

Decreto 2158 de 1970, por el cual se modifica y adiciona el Decreto-Ley número 1260 de 1970 y se dictan otras disposiciones.

Decreto 1873 de 1971, por el cual se reglamenta el registro de nacimiento de que tratan los artículos 44 y siguientes del Decreto-Ley 1260 de 1970 y se dictan otras disposiciones.

Decreto 278 de 1972, por el cual se reglamenta la expedición y uso de copia y certificados de las actas, partidas y folios del registro de nacimiento de que trata el artículo 115 del Decreto-ley 1260 de 1970 y se modifica el párrafo del artículo 1 del Decreto 1873 de 1971.

Decreto 3596 de 1981, por el cual se adopta el formato del folio para el registro de Matrimonio de que tratan los Decretos-Leyes 1260 y 2158 de 1970, y se dictan otras disposiciones.

Decreto 999 de 1988, por el cual se señala la competencia para las correcciones del registro del estado civil, se autoriza el cambio de nombre ante notario público, y se dictan otras disposiciones.

Decreto 1555 de 1989, por el cual se adiciona el Decreto 999 de 1988.

Ley 54 de 1989, por medio de la cual se reforma el artículo 53 del Decreto 1260 de 1970.

Decreto 2188 de 2001, por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto-ley 1260 de 1970 y se dictan otras disposiciones.

Título XXI. De los alimentos que se deben por ley a ciertas personas.

Título XXII. De las tutelas y curadurías en general.

Título XXIII. De las diligencias y formalidades que deben preceder al ejercicio de la tutela o curaduría.

Título XXIV. De la administración de los tutores y curadores relativamente a los bienes.

Título XXV. Reglas especiales relativas a las tutelas

Título XXVI. Reglas relativas a la curaduría del menor.

Título XXVII. Reglas relativas a la curaduría del disipador.

Título XXVIII. Reglas especiales relativas a la curaduría del demente.

Título XXIX. Reglas relativas a la curaduría del sordomudo.

Título XXX. De las curadurías de bienes.

Título XXXI. De los curadores adjuntos.

Título XXXII. De los curadores especiales.

Título XXXIII. De las incapacidades y excusas para la tutela o curaduría.

Título XXXIV. De la remuneración de los tutores y curadores.

Título XXXV. De la remoción de los tutores y curadores.

Los títulos 22 al 35 del C.C., fueron derogados por el artículo 119 de la ley 1306 de 2009. En la actualidad estos títulos de manera general se refieren a las personas con discapacidad mental y régimen de representación legal de incapaces emancipados.

Título XXXVI. De las personas jurídicas.

El libro Tercero hace referencia a la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos, así:

Título I. Definiciones y reglas generales

Título II. Reglas relativas a la sucesión intestada

a) Ley 29 de 1982, por la cual se otorga igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y se hacen los correspondientes ajustes a los diversos órdenes hereditarios

Título III. De la ordenación del testamento.

a) Decreto 960 de 1970, por el cual se expide el Estatuto de Notariado.

b) Decreto 2163 de 1970, por el cual se oficializa el servicio de notariado, y se modifica el Decreto-Ley número 960 de 1970.

c) Decreto 208 de 1975, por el cual se ordena la inscripción de los testamentos cerrados y de los poderes en las oficinas de registro de instrumentos públicos del país.

d) Decreto 1265 de 1975, por el cual se aclaran y adicionan los Decretos 208 y 665 de 1975.

e) Decreto 2148 de 1983, por el cual se reglamentan los Decretos-Leyes 960 y 2163 de 1970 y la ley 29 de 1973.

Título IV. De las asignaciones testamentarias.

Título V. De las asignaciones forzosas

Título VI. De la revocación y reforma del testamento.

Título VII. De la apertura de la sucesión y de su aceptación, repudiación e inventario.

Título VIII. De los ejecutores testamentarios.

Título IX. De los albaceas fiduciarios.

Título X. De la partición de los bienes.

Título XI. Del pago de las deudas hereditarias y testamentarias

Título XII. Del beneficio de separación.

Título XIII. De las donaciones entre vivos.

a) Decreto 1712 de 1989, por el cual se autoriza la insinuación de donaciones ante notario público.

El Libro III del C.C., “De las obligaciones y de los Contratos”, contiene cuarenta y cuatro títulos. El título XXII, “De las capitulaciones matrimoniales y de la sociedad conyugal”, tiene hondas repercusiones en el Derecho de Familia, al momento en que este aspecto constituye una de sus ramas como es el del Derecho Patrimonial Matrimonial. Algunos de los decretos y leyes referidos constituyen evolución cronológica en este campo, como la ley 28 de 1932 que modificó lo relativo a la administración de la sociedad conyugal, que actualmente corresponde a ambos cónyuges, y el decretos 2820 de 1974, en cuanto a la modificación de algunas normas sobre renuncia de los gananciales hecha por parte de la mujer, después de la disolución de la sociedad conyugal (capítulo VI) y la ley 1ª de 1976, en el aspecto de la disolución de la sociedad conyugal y partición de gananciales.

Adicional a los libros anteriores, concretamente al libro segundo del C.C., como instrumento de protección a los bienes de los integrantes de la familia se han expedido las siguientes normas:

a) Ley 70 de 1931, por la cual se autoriza la constitución de patrimonios de familia no embargables

b) Ley 91 de 1936, por la cual se autoriza la constitución de patrimonios de familia no embargables, con criterio y fines de acción social.

c) Ley 258 de 1996, por la cual se establece la afectación a vivienda familiar y se dictan otras disposiciones.

d) Ley 495 de 1999, por la cual se modifican los artículos 3º y 4º (literales a y), 8º y 9º de la ley 70 de 1931 y se dictan otras disposiciones afines sobre constitución voluntaria de patrimonio de familia.

e) Ley 85 de 2003 , por medio de la cual se modifica el artículo 1º y el párrafo 2º del artículo 4º de la Ley 258 de 1996, a fin de dar protección integral a la familia.

El Derecho de Familia mira igualmente a algunos de los miembros que integran este núcleo (el familiar) para brindarles protección en atención a situación especial que se encuentran dentro de esta célula básica social.

Normas protectoras a la mujer cabeza de familia y a las mujeres en general

a) Ley 82 de 1993, por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia.

b) Ley 861 de 2003, por la cual se dictan disposiciones relativas al único bien urbano o rural perteneciente a la mujer cabeza de familia.

c) 1232 de 2008, por la cual se modifica la ley 82 de 1993. Ley mujer cabeza de familia y se dictan otras disposiciones.

d) Ley 1257 de 2008, por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Código Penal, de Procedimiento Penal, la ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones.

Normas relativas a la protección de menores:

a) Decreto 2303 de 1989, por el cual se expide el Código del Menor.

b) Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.

Normas relativas a la protección de incapaces

a) Ley 1306 de 2009, por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados.

b) Ley 1346 de 2009, por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

c) Ley 1361 de 2009, por medio de la cual se crea la Ley de Protección Integral a la Familia.

La anterior referencia a las leyes y decretos que amplían el contenido del Derecho de familia, daría lugar a una codificación de esta rama del derecho, como sucede con el código de la infancia, niñez y adolescencia, para que se pudiera llegar a predicar la existencia de su autonomía didáctica (cátedra de Derecho de familia, aunque ya existe en los programas de Derecho); autonomía legislativa (Código de la infancia), y con el estatuto de la familia, se llegaría a la compilación de las normas del C.C., sobre esta institución, adicionado con la legislación complementaria que se ha reseñado, para predicar la autonomía científica. Sin embargo, en la actualidad el Derecho de familia se encuentra consagrado en el Código Civil, básicamente, pero no de manera exclusiva.

1.2 DERECHO COMPARADO

1.2.1 El Derecho de familia en Cuba

El Código de Familia fue promulgado mediante la ley No. 1289 de 14 de febrero de 1975 y modificado parcialmente por la ley 9ª de 22 de agosto de 1977. Entró en vigencia el 8 de marzo de 1975 y derogó toda la legislación anterior sobre Derecho de familia que se encontraba plasmada en el Código Civil Español de 1888, hecho extensivo a Cuba en julio de 1889, y en disposiciones legales posteriores, especialmente, en el Decreto-Ley No. 206 de 10 de mayo de 1934 sobre divorcio vincular y en la ley 9ª de 20 de diciembre de 1950, relativa a los derechos de la mujer en la esfera del matrimonio y en las relaciones de familia. Coral Pellado⁵ define el Derecho de familia como “el conjunto de normas jurídicas que regulan el complejo de relaciones jurídicas que surgen en la familia en sí y de ésta respecto a terceros”. Relaciones jurídicas que reflejan a la vez las relaciones personales, sociales, materiales y económicas que se crean entre el hombre y la mujer, al adquirir su condición de esposos como consecuencia del matrimonio; entre padres e hijos, y entre unos y otros con terceros, especialmente el Estado y las organizaciones sociales”.

Posteriormente fueron dictadas otras normas legales que vinieron a ampliar el marco teórico del Código de familia como lo fue el Código de la Niñez y Juventud de 1978. Este código proclamó una nueva moral en relación con los valores que deben regir la vida familiar; resalta igualmente la obligación de la familia para con los niños y los jóvenes ante la sociedad. Estos postulados ya habían sido

⁵ PERAL COLLADO, Daniel A. “Derecho de Familia”. Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1989, p. 29

refrendados con la Constitución de la República de 1976, que en su capítulo IV se refiere a la familia, considerándola como la célula fundamental de la sociedad.

Con el mismo sentido proteccionista a la niñez se promulgaron el Decreto Ley 64 de 1982, sobre el sistema para la atención a menores con trastornos de conducta, y el Decreto Ley 76 de 1984 sobre adopción, hogares de menores y las familias sustitutas.

1.2.2 El Derecho de Familia en Italia

El Derecho de familia en Italia evoluciona a partir de la reforma de 1975. Antes de esta etapa, el legislador buscó garantizar la estabilidad de la convivencia entre los miembros de la familia. Para ello, consagró algunas reglas que venían adoptándose de tiempo atrás por las legislaciones de una gran mayoría de países, como el carácter de indisoluble del matrimonio, la desigualdad conyugal, la situación de inferioridad para la filiación extramatrimonial.

“Así las cosas- expresa Sesta- la reforma de 1975 sustituyó a un ordenamiento familiar prácticamente idéntico al que se había inaugurado con la codificación napoleónica por un modelo de convivencia desde muchos puntos de vista nuevo y en contraste con el anterior; signo de que el orden social que se había desarrollado en la segunda posguerra había afectado profundamente el modelo familiar tradicional, expresión consolidada de las culturas de matriz idealista, rural y católica”⁶.

1.2.3 El Derecho de Familia en España

España también se ha sumado a este movimiento del Derecho de familia. La mayor parte de las reformas al Código civil han recaído sobre aquel derecho, y es el derecho patrimonial del Código civil el que permanece sin modificación alguna.

La modificación al Derecho de familia, en sentido de reforma en conjunto, aparece por primera vez en la Ley de 2 de mayo de 1975. En la exposición de motivos se señaló en forma expresa que esta ley vendría a ser parte de una reforma más amplia. El móvil directo de ella fue el de implantar la igualdad jurídica de los cónyuges. Paralela a esta reforma se hizo necesaria otra que incidiera en el régimen de la filiación y que tuviera por objeto suprimir las discriminaciones de las personas nacidas fuera del matrimonio.

Producto de la anterior evolución han sido las leyes 11, de fecha 13 de mayo de 1971 que modifica los preceptos del Código civil atinentes a la filiación, patria potestad y el régimen económico del matrimonio, y 30 de 7 de julio de 1981 que

⁶ SESTA, Michele. “Derecho de Familia Italiano. ¿Hacia nuevas transformaciones?”. Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 13

modifica la regulación general del matrimonio y determina los cauces que han de seguirse en procesos de separación, nulidad y divorcio.

La Doctrina española señala como principios inspiradores de la reforma el de igualdad de los cónyuges en el matrimonio impuesto por el artículo 32 de la Constitución; de equiparación o igualdad de los hijos, sin distinción de origen (artículos 14 y 38 de la Constitución), y el del carácter tuitivo de las potestades paternas, respecto de la ley 13 de mayo de 1981. La ley de 7 de julio del mismo año tuvo otros orígenes. La implantación del divorcio en España aparece como consecuencia obligada del principio de igualdad⁷.

1.3 LA RAZÓN DE SER DEL DERECHO PROCESAL DE FAMILIA

Como se vio anteriormente, el Derecho Procesal atendiendo a las ramas del derecho admite clasificación en Derecho civil, de familia, agrario, penal, etc. El Derecho Procesal de familia se nutre con normas que se encuentran en el C. de P.C., al igual que el Derecho de familia se estructura con el Derecho civil. El Estatuto procesal civil se compone de un Título Preliminar (disposiciones generales).

El Libro I (Sujetos Procesales) contiene dos secciones (Órganos Judiciales y sus Auxiliares, Partes, Representantes y Apoderados) y cinco Títulos.

El Libro II (Actos Procesales) se encuentra integrado por siete Secciones (objeto del proceso; Reglas Generales del Procedimiento; Régimen Probatorio; Providencias del Juez, su Notificación y sus Efectos; Terminación Anormal del Proceso; Medios de impugnación y Consulta; Expensas y Copias) y quince Títulos.

El Libro III (Los Procesos) se encuentra conformado por cinco secciones (Procesos Declarativos; Procesos de Ejecución; Procesos de Liquidación; Jurisdicción Voluntaria y el Proceso Arbitral, este último consagrado en los artículos 663 a 677, derogados por el Decreto 2279 de 1989 y éste modificado y algunas de sus normas derogadas por la ley 23 de 1991, ley 446 de 1998, y el Decreto 1818 de 1998, que constituye el estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos e integrado en su primera parte por 13 Títulos (conciliación), y la segunda parte por 5 Títulos (arbitramento).

El Libro IV (Medidas Cautelares) comprendido en dos Títulos.

El Libro V (Cuestiones Varias) conformado por dos Títulos.

La ley 1395 de 2010, por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial regula varias materias, entre ellas el estatuto procesal civil; cuarenta y cuatro artículos lo modifican o adicionan; cuatro de ellos en el mismo sentido

⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLON, Antonio. "Sistema de Derecho Civil". Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones. Editorial Tecnos. Madrid, 2009, p. 41.

versan sobre el régimen de conciliación extrajudicial en derecho y siete disposiciones regulan temas relacionados con la prueba extraprocésal, notificación por medios electrónicos y la variación del turno para fallos.

En cuanto a la legislación aplicable a los procesos de familia se encuentra lo siguiente:

Procesos Notariales

Además de los decretos ya mencionados que contienen los trámites para la liquidación de herencias y sociedades conyugales (decreto 902 de 1988 y su decreto que lo modifica y adiciona, 1729 de 1989), se encuentra:

a) Decreto 2688 de 1988, por el cual se autoriza la celebración de matrimonio civil ante notario público; Decreto 1712 de 1989, por el cual se autoriza la insinuación de donaciones ante notario público.

b) Decreto 1557 de 1989, por el cual se autoriza a los notarios para recibir declaraciones con fines extra procesales.

c) Decreto 2272 de 1989, por el cual se organiza la Jurisdicción de familia, se crean unos Despachos Judiciales y se dictan otras disposiciones.

d) Ley 1395 de 2010 ya referida. En lo pertinente, el artículo 43 consagra lo relativo a la autorización de copia de escritura pública, y el artículo 113 se refiere a pruebas extraprocésales.

Legislación sobre menores

a) Decreto 2737, sobre el Código del Menor.

b) Ley 1098 de 2006. El artículo 217 de esta ley deroga el Decreto 2737 o Código del Menor, a excepción de los artículos 320 a 325 y los relativos al juicio especial de alimentos los cuales quedan vigentes.

Descongestión de despachos judiciales

a) Ley 23 de 1991, por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los despachos judiciales, y se dictan otras disposiciones.

b) Decreto 2651 de 1991, por el cual se expiden normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales.

c) Ley 446 de 1998, por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de

1989 y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.

d) Ley 962 de 2006, por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.

e) Decreto 4436 de 2005, divorcio o cesación de efectos civiles de matrimonios religiosos por el trámite notarial.

f) Decreto 2817 de 2006, sobre constitución de patrimonio de familia inembargable, inventario de bienes de menores y otros actos por el trámite notarial.

Conciliación

a) Ley 640 de 2001, por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones.

Suplemento Procesal de Familia

a) Ley 979 de 2005, por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes.

b) Ley 986 de 2005, por medio de la cual se adoptan medidas de protección a las víctimas del secuestro y sus familias, y se dictan otras disposiciones.

c) Ley 1008 de 2006, por la cual se fijan algunas competencias y procedimientos para la aplicación de convenios internacionales en materia de niñez y de familia.

d) Resolución 119 de 2006, por medio de la cual se denominan las Procuradurías Judiciales en Familia, se delegan funciones del Procurador General de la Nación, se distribuyen y asignan competencias de la Procuraduría General de la Nación y se establece la sede y circunscripción territorial de los Procuradores Judiciales en Familia.

La numerosa legislación en materia del derecho procesal de familia lleva a afirmar la aproximación hacia su autonomía científica, didáctica y legislativa, características que se afianzan al entrar en vigencia el decreto 2272 de 1989, la creación de autoridades judiciales y administrativas en esta materia, en razón a que aún no se ha desprendido totalmente del tronco común que es el derecho procesal civil.

Como se vio anteriormente, el derecho procesal constituye una unidad fundamental. Todos sus tipos responden al mismo concepto; el proceso civil, por ejemplo, tiene la misma índole fundamental que cualquiera de los demás tipos de proceso. Así, el aspecto unitario de los tipos procesales civiles y penales se mira desde el punto de vista de las pretensiones; pero si se partiera para definir el proceso de la idea del conflicto o de la actuación del derecho, la unificación conceptual sería difícil. La variedad del tratamiento positivo que se le da a cada rama, exige estudio separado para cada una de ellas⁸.

⁸ GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1998, p. 42.

CAPITULO II

2 JURISDICCIÓN DE FAMILIA

2.1 CREACIÓN DE LA JURISDICCIÓN DE FAMILIA

2.1.1 Antecedentes

El proyecto de ley 47 de 1974 constituyó el primer intento legislativo para la creación de la jurisdicción de familia. Con posterioridad a esta fecha, entidades gubernamentales, como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Ministros de Justicia, abogados especializados en esta rama del derecho elaboraron proyectos de ley para que los asuntos referentes a la familia se desligaran de la órbita de la jurisdicción civil y fueran tramitados por sus propias normas y decididos por jueces especializados.

Con la expedición del Decreto 2272 de 1989 este viejo anhelo vino a convertirse en realidad, porque se organizó la jurisdicción de familia, se establecieron jueces de familia y promiscuos de familia; a los jueces de menores que venían funcionando en ese momento se les reasignaron nuevas atribuciones. Fueron creadas las salas de familia de los Tribunales Superiores, etc. El decreto en mención no condujo a la creación del Código de la familia, ni un Estatuto procesal de familia, por lo que, excepcionalmente, controversias de familia se dirimen por la vía de la jurisdicción civil.

2.1.2 Competencia de los funcionarios jurisdiccionales en asuntos de familia

2.1.2.1 Salas de Familia de los Tribunales de Distrito Judicial

Se creó la Sala de Familia en los Tribunales Superiores de Distrito Judicial para el ejercicio de la Jurisdicción de Familia (artículo 1º).

En cuanto a su integración, las Salas de Familia ejercen sus funciones en Salas de Decisión, integradas en cada asunto por el magistrado ponente y los dos que le sigan en orden alfabético de apellidos.

Cuando el número de magistrados de la Sala de Familia sea inferior a tres (3), las decisiones se adoptarán en Sala dual (artículo 2º).

Las Salas de Familia conocen de los siguientes asuntos:

1o. De la apelación de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces de familia, y de los recursos de queja, cuando se deniegue el de apelación.

2o. De las apelaciones que se formulen contra los autos interlocutorios dictados por los jueces de familia, en los casos señalados por la ley.

3o. De las consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces de familia, en los casos señalados por la ley¹.

4o. Del recurso extraordinario de revisión contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por los jueces de familia (artículo 3º).

2.1.2.2 Juzgados de Familia

Denominación

Los jueces civiles y promiscuos de menores que venían ejerciendo sus funciones, se denominaron en adelante jueces de familia y promiscuos de familia.

Los jueces penales de menores a partir de la entrada en vigencia del decreto en cuestión se convirtieron en jueces de menores y continuaron ejerciendo sus funciones de acuerdo con la competencia establecida por la ley (artículo 4º).

Según el artículo 5º del decreto, los jueces de familia conocen de conformidad con el procedimiento señalado en la ley, de los siguientes asuntos:

En única instancia.

a. De la protección del nombre;

b. Literal modificado por el artículo 7º de la ley 25 de 1992. Del Divorcio de matrimonio civil, cesación de efectos civiles de matrimonios religiosos y separación de cuerpos, de mutuo acuerdo;

c. De la suspensión y restablecimiento de la vida en común de los cónyuges.

¹ El artículo 44 de la ley 1395 de 2010 derogó entre otras disposiciones la expresión “con la misma salvedad deben consultarse las sentencias que decreten la interdicción y las que fueren adversas a quien estuvo representado por curador ad-litem, excepto en los procesos ejecutivos del artículo 386 del Código de Procedimiento Civil”.

- d. De la custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los menores;
- e. De la aprobación del desconocimiento de hijo de mujer casada, en los casos previstos en la ley;
- f. De la designación de curado ad-hoc para la cancelación del patrimonio de familia inembargable;
- g. De la citación judicial para el reconocimiento de hijo extramatrimonial, prevista en la ley;
- h. De los permisos a menores de edad para salir del país, cuando haya desacuerdo al respecto entre sus representantes legales o entre éstos y quienes detentan la custodia y cuidado personal;
- i. De los procesos de alimentos, de la ejecución de los mismos y de su oferta;
- j. De los demás asuntos de familia que por disposición legal deba resolver el juez con conocimiento de causa, breve y sumariamente, o con prudente juicio o a manera de árbitro².

PARAGRAFO 1o. En los asuntos a que se refieren los numerales anteriores, procederá la acumulación de pretensiones y de procesos verbales, cuando fuere el caso, conforme a la ley.

En primera instancia.

1o. Numeral modificado por el artículo 7º de la ley 25 de 1992. De la nulidad y divorcio de matrimonio civil y de la cesación de efectos civiles de matrimonio religioso;

2o. De la investigación e impugnación de la paternidad y maternidad legítima o extramatrimoniales, de la investigación de la paternidad y maternidad extramatrimoniales que regula la ley 75 de 1968, y de los demás asuntos

² El artículo 119 de la ley 1098 de 2006 expresa que además el juez de familia conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:

1. La homologación de la resolución que declara la adoptabilidad de los niños, niñas o adolescentes.
2. La revisión de las decisiones administrativas proferidas por el Defensor de Familia o el Comisario de Familia, en los casos previstos en el mencionado código.
3. De la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes.
4. Resolver sobre el restablecimiento de derechos cuando el defensor o el Comisario de Familia haya perdido competencia.

Los asuntos regulados en dicho código deben ser tramitados con prelación sobre los demás, excepto los de tutela y habeas corpus, y en todo caso el fallo deberá proferirse dentro de los dos meses siguientes al recibo de la demanda, del informe o del expediente, según el caso. El incumplimiento de dicho término constituye causal de mala conducta.

referentes al estado civil de las personas. La expresión legítima debe entenderse sin vigencia (ley 1060 de 2006);

3o. De la separación de cuerpos del matrimonio civil o canónico, cuando haya contención;

4o. De la separación de bienes y de la liquidación de sociedades conyugales por causa distinta de la muerte de los cónyuges, sin perjuicio de la competencia atribuida por la ley a los notarios;

5o. De la pérdida, suspensión y rehabilitación de la patria potestad y de la administración de los bienes de los hijos;

6o. Numeral modificado por el artículo 40 de la ley 1306 de 2009. De los procesos de designación y remoción de curadores, consejeros o administradores;

7o. Numeral modificado por el artículo 40 de la ley 1306 de 2009. De la aprobación de las cuentas rendidas por guardadores, consejeros o administradores;

8o. Numeral modificado por el artículo 40 de la ley 1306 de 2009. De la interdicción de la persona con discapacidad mental absoluta, de las inhabilitaciones de personas con discapacidad mental relativa y de las correspondientes rehabilitaciones, así como de las autorizaciones de internación o libertad de la persona con discapacidad mental absoluta;

9o. Numeral modificado por el artículo 40 de la ley 1306 de 2009. De la rendición de cuentas sobre la administración de los bienes del pupilo por parte del curador y las de los consejeros o administradores;

10. De las diligencias de apertura y publicación de testamento cerrado y de la reducción a escrito de testamento verbal;

11. De los procesos de sucesión de mayor cuantía, sin perjuicio de la competencia atribuida a los notarios por la ley;

12. De los procesos contenciosos sobre el régimen económico del matrimonio y derechos sucesorales;

13. De la licencia para enajenar o gravar bienes, en los casos exigidos por la ley;

14. De la declaración de ausencia;

15. De la declaración de muerte por desaparecimiento;

16. De la adopción;

17. De la insinuación de donaciones entre vivos en cantidad superior a cincuenta (50) veces el salario mínimo mensual, sin perjuicio de la competencia atribuida por la ley a los notarios;

Las donaciones cuya cuantía sea igual o inferior a la indicada, no requieren insinuación;

18. De la corrección, sustitución o adición de partidas del estado civil, cuando se requiera intervención judicial;

19. De la declaración de existencia de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, su disolución y liquidación;

En segunda instancia

De los recursos de apelación que se interpongan en los procesos atribuidos por el artículo 7º en primera instancia a los Jueces Municipales, y de los de queja.

PARAGRAFO 2o. Los Jueces Promiscuos de Familia conocerán de los asuntos contemplados en el presente artículo y, además, en única instancia de las infracciones a la ley penal en que incurran los menores comprendidos entre los doce (12) y los dieciséis (16) años. Este párrafo debe entenderse derogado por la ley 1098 de 2006, norma que en su libro 2º fijó un Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.

CONSULTA. Son consultables las sentencias que decreten la interdicción (o inhabilitación) y las que fueren adversas a quien estuvo representado por curador ad litem (artículo 7º del decreto 2272 de 1989). Nota. Este artículo debe entenderse derogado por el artículo 44 de la referida ley 1395 de 2010.

2.1.2.3 Juzgados Civiles y Promiscuos Municipales

Los jueces civiles y promiscuos municipales también conocen de los siguientes asuntos, conforme lo dispone el artículo 7º del decreto en mención:

En única instancia:

a. De los procesos de sucesión de mínima cuantía;

b. De la celebración del matrimonio civil, sin perjuicio de la competencia atribuida a los notarios por la ley³

³ El artículo 50 de la ley 1306 de 2009 atribuye competencia a los Jueces de Familia sobre situaciones de familia relacionadas con el discapacitado mental absoluta, entre ellas, para la celebración de matrimonio cuando uno de los contrayentes sea una persona con esta clase de discapacidad.

c) De los procesos atribuidos a los jueces de familia en única instancia, cuando en el municipio no exista juez de familia o promiscuo de familia (numeral 2º del artículo 16 del C. de P.C., reformado por el artículo 6º de la ley 794 de 2003).

En primera instancia:

1o. De los procesos de sucesión de menor cuantía;

2º. De los demás procesos cuya competencia sea asignada por la ley.

Competencia por razón del territorio

En los procesos de alimentos, pérdida o suspensión de la patria potestad, investigación o impugnación de la paternidad o maternidad [legítima] o extramatrimonial; los que deban resolverse de conformidad con la letra j del artículo 5º del decreto citado; custodia, cuidado personal y regulación de visitas; permisos para salir del país y, en las medidas cautelares sobre personas o bienes vinculados a tales procesos, en que el menor sea demandante, la competencia por razón del factor territorial corresponderá al Juez del domicilio del menor.

PARAGRAFO. De las infracciones a la Ley penal en que incurran los menores de doce (12) a dieciséis (16) años, será competente el juez de menores o promiscuo de familia del territorio en donde se realizó el hecho punible y, a prevención, cualquiera de ellos en las circunstancias previstas en el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal, con aplicación del trámite allí establecido.

Cuando en el lugar en donde se cometió el hecho punible no hubiere juez de menores o promiscuo de familia, la autoridad que la ley establezca aplicará el trámite que corresponda para garantizar la comparecencia del menor al proceso (artículo 8º del decreto). Este párrafo ha perdido vigencia al expedirse la ley 1098 de 2006, disposición que en su Libro Segundo reguló el sistema de responsabilidad penal para adolescentes.

Recursos extraordinarios. Además de los casos, en que conforme al Código de Procedimiento Civil proceden los recursos extraordinarios de casación y revisión, también son susceptibles de los mismos, las sentencias proferidas en los procesos de investigación de la paternidad a que se refieren los artículos 13 a 16 de la ley 75 de 1968, hoy 721 de 2001 (artículo 9º del citado decreto).

Artículo 10. Reconocimiento especial para el hijo extramatrimonial. El numeral 4o. del artículo 1º de la ley 75 de 1968, quedará así:

"Artículo 1o. numeral 4o. Por manifestación expresa y directa hecha ante un juez, aunque el reconocimiento no haya sido objeto único y principal del acto que lo contiene.

El hijo, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y cualquier persona que haya cuidado de la crianza del menor o ejerza su guarda legal o el defensor de familia o el Ministerio Públicos, podrán pedir que el supuesto padre o madre sea citado personalmente ante el juez a declarar bajo juramento si cree serlo. Si el notificado no compareciese, pudiendo hacerlo y se hubiere repetido una vez la citación expresándose el objeto, se mirará como reconocida la paternidad, previo trámite incidental, declaración que será impugnabile conforme al artículo 5º de esta misma ley.

2.1.2.3.1 Reformas al Código de Procedimiento Civil

La ley 1395 de 2010, “por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”, en referencia a la competencia asignada a los jueces municipales su artículo 1º introduce modificaciones al artículo 14 del C. de P.C., así:

1. De los procesos contenciosos de mínima cuantía. Suprime la expresión, “salvo que corresponda a la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.

Los numerales 2 y 3 no sufren modificación alguna (procesos de sucesión de mínima cuantía y celebración del matrimonio civil, sin perjuicio de la competencia atribuida a los notarios.

Numeral 4. De los procesos verbales sumarios, en lugar de “procesos verbales de que trata el artículo 435”.

El numeral sexto se suprime (“de los demás procesos cuya competencia sea asignada por la ley”.

Esta ley en su artículo referido introduce el siguiente párrafo:

“Tratándose de los procesos consagrados en los numerales 1, 2, y 3, los jueces municipales conocerán de éstos sólo cuando en el municipio no exista juez municipal de pequeñas causas y competencia múltiple”.

El artículo 2º de la ley introduce al C. de P.C. un nuevo artículo 14 A, del siguiente tenor:

“Competencia de los jueces municipales de pequeñas causas y competencia múltiple. Los jueces municipales de pequeñas causas y competencia múltiple conocen en única instancia de los siguientes asuntos:

“1. De los procesos contenciosos de mínima cuantía.

“2. De los procesos de sucesión de mínima cuantía.

“3. De la celebración del matrimonio civil, sin perjuicio de la competencia atribuida a los notarios”.

En torno a la determinación de la cuantía, el artículo 3º viene a modificar el numeral 2º del artículo 20. En el texto que se modifica se consagra que en el evento en que se acumulen varias pretensiones se tiene en cuenta el valor de la pretensión mayor. En el nuevo texto la cuantía se fijará “por el valor de la suma de todas las pretensiones acumuladas al momento de la presentación de la demanda”.

2.1.2.4. Defensor de Familia

El defensor de familia intervendrá en nombre de la sociedad y en interés de la institución familiar, en los procesos que se tramiten antes esta jurisdicción y en los que actuaba el defensor de menores, sin perjuicio de las facultades que se le otorgan al Ministerio Público.

Intervendrá también en interés del menor, para promover las acciones pertinentes en los asuntos judiciales y extrajudiciales de familia; sin perjuicio de la presentación legal y judicial que corresponda (artículo 11 del decreto 2272 de 1989).

CAPITULO III

3 EL PROCESO

3.1 NOCIÓN

La expresión proceso proviene de la voz latina *processus*, entendida como la acción de ir hacia adelante. Esta expresión denota también el conjunto de fases o etapas sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial.

El proceso conduce a la idea de progreso, avance mediante una serie de hechos que llevan a la obtención de un fin. Con los acontecimientos que dan origen al proceso se produce una modificación en el mundo exterior. Lo anterior se afirma tanto para los procesos naturales, como los físicos, químicos, biológicos, geológicos, y aún para los culturales, donde interviene la actividad del hombre, como la construcción de un edificio, la elaboración de un cuadro pintado al óleo. En todo proceso, natural o cultural todo es actividad.

3.2 EL PROCESO JUDICIAL

El proceso judicial es una especie del proceso cultural. Este constituye una actividad con un resultado, que es la sentencia y una finalidad específica, como la aplicación de la ley sustancial al caso concreto.

El proceso como actividad, conforme lo señala Arazi,¹ se caracteriza por ser ella compleja, debido a que en él intervienen diversas personas (juez, partes, peritos, testigos, etc.), que realizan tareas diferentes y con intereses de distinta índole; progresiva, ya que el conocimiento se obtiene en forma gradual, y metódica, porque para la instrucción que debe realizar el juez, el proceso se lleva a cabo siguiendo un método que preceptúa el ordenamiento jurídico. Entre nosotros el método histórico. Este método se compone de tres operaciones: *la eurística*, que consiste en la determinación de las fuentes de información y la adquisición de la

¹ ARAZI, Roland. "Elementos de Derecho Procesal". Parte General. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1991, ps. 107 y s.

misma; *la crítica*, que conlleva a la determinación del valor inductivo de cada prueba; y la *síntesis*, que conduce a la re-creación que hace el juez del hecho pasado, una vez recolectadas las pruebas y depuradas a través de la crítica.

3.2.1 Noción y elementos del proceso

3.2.1.1 Noción

Conforme lo expresa Palacio², el proceso se define como “el conjunto de actos recíprocamente coordinados entre sí de acuerdo con reglas preestablecidas, que conducen a la creación de una norma individual destinadas a regir un determinado aspecto de la conducta del sujeto o sujetos, ajenos al órgano, que han requerido la intervención de éste en un caso concreto, así como la conducta del sujeto o sujetos, también extraños al órgano, frente a quienes se ha requerido esta intervención”.

3.2.1.2 Elementos del Proceso

El proceso consta los elementos subjetivo, objetivo y comprende también una actividad.

El primero lo integran en un proceso contencioso, las partes; éstas, junto con el juez conforman los sujetos procesales. La parte actora constituida por la persona que en ejercicio del derecho de acción formula su pretensión para que el Estado a través del órgano competente la satisfaga, y la otra parte, la demandada viene a ser la persona frente a quien esa pretensión es formulada. Algunas veces las partes se encuentran conformadas por dos o más personas, situación que conduce al fenómeno del litis consorcio. En los procesos de jurisdicción voluntaria este primer elemento viene dado por el demandante o peticionario, por no existir parte demandada, tal como lo señala el artículo 650 del C. de P.C.

El elemento objetivo se encuentra en la misma pretensión, bien para la solución del conflicto de intereses como en el proceso contencioso, o para la protección de los derechos de incapaces, una de las finalidades del proceso de jurisdicción voluntaria.

El tercer elemento, constituido por la actividad, entendida ésta como el conjunto de actos que deben realizar los sujetos procesales, desde el momento en que se presenta la demanda, hasta su terminación, bien sea normal, como sucede al proferir el juez sentencia de fondo, o anormal, en el evento en que el proceso finaliza por transacción, desistimiento, etc.

² PALACIO, Lino Enrique. “Manual de Derecho Procesal Civil”. I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 62

3.3 NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO

Al tratar este tema de la naturaleza del proceso se está haciendo referencia a su esencia misma. Frente a este aspecto, la doctrina gira en torno a desentrañar los vínculos que surgen en su desarrollo y a compararlo con otros entes jurídicos para llegar a concluir si le es aplicable alguna de las categorías conocidas, o si por el contrario se trata de una nueva.

La doctrina extranjera como la nacional destacan las teorías contractualista, cuasi-contractualista, la de la relación jurídica, la de la situación jurídica y la de la institución. Se hará una breve referencia a cada una de ellas³

3.3.1. El proceso como contrato

Esta primera concepción del proceso tiene origen francés y data de los siglos XVIII y XIX imbuida en la ideas de algunos pensadores de la enciclopedia, como Montesquieu y Rousseau, entre otros, quienes exaltaron el valor de la libertad y estudiaron los fenómenos jurídicos con fundamento en la noción contractual.

Pothier, Demolombe, Aubry y Rau, sus principales partidarios, al estudiar el origen de los poderes del juez y los efectos de la cosa juzgada, lo hicieron con fundamento en viejos conceptos del derecho romano, sus dos primeros períodos, como los de la ley, el formulario y la *litis contestatio*. El proceso romano se iniciaba con un acto privado, la invitación hecha por el demandante al demandado para que compareciera ante el magistrado. Al aceptarla este último, se perfeccionaba la *litis contestatio*, se extinguía la obligación original y surgía una nueva. El derecho que invocaba el actor se reemplazaba por otro que buscaba obtener una sentencia que resolviera la cuestión en litigio.

La anterior teoría deja sin explicar la naturaleza del proceso, sólo se limita a señalar que su origen es el contrato. Los sostenedores de esta tesis no señalaron que el proceso fuera un contrato, sino que la cosa juzgada provenía de él. La actividad judicial moderna implica el ejercicio de un poder y no del acuerdo de voluntades, como también la obligatoriedad de una sentencia surge de la ley y no de un contrato.

3.3.2 El proceso como cuasi contrato

Son sostenedores de esta tesis: Arnault de Guenyveau en Francia; en España algunos prácticos como Salgado de Somoza, Carleval, Conde de la Cañada, y con posterioridad Caravantes, De la Serna y Montalbán; en Italia Mattiolo; En

³ Como fundamento a la exposición del tema objeto de estudio puede consultarse a los siguientes autores, de quienes se tomaron las ideas centrales: ARAZI, Roland. Op., cit., ps.109 y ss. COUTURE, Eduardo J. "Fundamentos del Derecho Procesal Civil". Tercera Edición (póstuma), Ediciones Depalma, Buenos Aires, ps. 124 y ss. GUASP, Jaime. "Derecho Procesal Civil", Op., cit., p.33 y ss. PALACIO, Lino Enrique. "Manual de Derecho Procesal Civil", Op., cit., ps. 65 y ss. VÉSCOVI, Enrique. "Teoría General del Proceso". Editorial Temis, Bogotá, 1984, ps. 107 y ss.

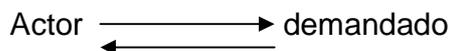
Portugal, Pereira y Sousa, y en Argentina, Parodi, De la Colina, etc. Los anteriores consideraron que como la *litis contestatio* constituía acto bilateral en su forma y un hecho que generaba obligaciones, pero sin que su consentimiento fuera totalmente libre, para explicar la naturaleza del contrato acudieron a esta concepción teórica, a la que se llega descartando que el proceso fuera un contrato, delito o cuasidelito y deja a un lado a la ley, que es fuente de obligaciones cuyo origen es lo que se trata de buscar.

3.3.3 El proceso como relación jurídica

Esta teoría cuenta con numerosos partidarios, pero sin que exista uniformidad de criterios, en especial sobre la forma y el momento de su constitución. Ésta encuentra su antecedente en las ideas de Hegel, e igualmente en autores medievales. Su primer expositor fue Oscar von Bulow, en su libro *La teoría de las excepciones y los presupuestos procesales*, quien expresó que en el proceso surge una relación jurídica esencialmente procesal, relación que se da entre el Estado y las partes.

En Italia esta tesis fue acogida por Chiovenda al expresar que con anterioridad al pronunciamiento definitivo sobre la procedencia de la demanda las partes tienen *derechos y deberes*. Este mismo autor siguiendo de cerca el pensamiento de Bulow expresa que en el proceso civil se encuentra contenido una relación jurídica y que en todos los actos que se manifiestan en el proceso están revestidos de trascendencia jurídica en cuanto pertenece a esa relación fundamental. Para el tratadista Italiano la relación jurídica se caracteriza por ser: 1) *pública*, por derivarse de normas reguladores de una actividad pública, como lo es la administración de justicia; 2) *autónoma*, porque nace y se desarrolla con independencia del derecho material; 3) *compleja*, porque dicha relación abarca el conjunto de derechos y obligaciones que realizan los diferentes sujetos procesales intervinientes, y 4) *unitaria*, porque los derechos y obligaciones se dirigen a la obtención de un fin común.

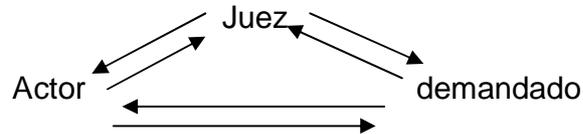
Existen criterios diferentes al analizar la forma como se encuentra constituida la relación jurídica procesal. Para unos se *constituye sólo entre las partes* (Kohler):



Otros autores sostienen que *establece entre el juez y cada una de las partes, sin la existencia de ligamen o vínculo de las partes entre sí* (Hellwig):



Y quienes afirman que la relación se *da en forma triangular*, por la existencia de vínculos entre las partes y entre cada una de éstas y el juez (Wach):



3.3.4 El proceso como situación jurídica

Esta teoría se debe a James Goldschmidt, quien no está de acuerdo con las ideas recogidas en la tesis anterior, porque afirma que no puede hablarse de la existencia de una relación jurídica en el proceso, ya que los imperativos referidos al juez, como el deber de decidir la controversia, entre otros, son de naturaleza constitucional y no procesal; estos se derivan no del proceso, sino de su calidad de funcionario público. Respecto de las partes, para ellas no existen deberes y derechos derivados de la relación jurídica sino una cosa diferente.

Desde el punto de vista que se examina, el autor afirma que las normas jurídicas cumplen diferentes funciones. En la función extrajudicial, que es estática, las normas representan imperativos que se dirigen a los ciudadanos (deberes y derechos); en su función judicial, que tiene carácter de dinámica, tales normas vienen a constituirse en medidas con arreglo a las cuales el juez debe juzgar la conducta; en el proceso dichas normas dejan de ser imperativas para asumir la función de promesas o amenazas de determinada conducta del juez. El proceso crea nuevos nexos jurídicos referidos a la sentencia del juez; Tales nexos vienen a ser *expectativas* de sentencia favorable o *perspectivas* de sentencia desfavorable. Goldschmidt sostiene que el proceso no es una relación jurídica sino una *situación jurídica*, la que define como el estado en que una persona se encuentra desde el punto de vista de la sentencia judicial que se espera con arreglo a las normas jurídicas. Dicha situación se concreta en actos u omisiones determinados, así: la expectativa de sentencia favorable depende de que el demandante realice un acto procesal exitoso, valiéndose para ello de la existencia de una *posibilidad u ocasión procesal*, como por ejemplo, la posibilidad de fundamentar la demanda, de probar, de impugnar decisiones desfavorables, etc.; de otra parte, la perspectiva de una sentencia desfavorable depende de la no realización de un acto procesal; para evitarle perjuicios a las partes, éstas deben cumplir con una determinada carga procesal, como por ejemplo, comparecer, declarar para no ser tenido como confeso en forma ficta, etc. El proceso origina, por consiguiente, nuevas categorías jurídicas de orden procesal, aunque paralelas a las del derecho sustancial. Estas categorías son los *derechos y las cargas* procesales. Las últimas implican actuaciones procesales para evitar un perjuicio de esta naturaleza, como por ejemplo, que se llegue a dictar sentencia desfavorable. Las cargas miran a los intereses de las partes. Se consideran como *imperativos del propio interés*.

Constituyen derechos procesales:

- a) La *expectativa* de una ventaja procesal, en último término de una sentencia favorable;
- b) La *dispensa* de una carga procesal, como por ejemplo, la admisión de los hechos en el escrito de contestación de la demanda, releva al actor de la demostración de los mismos.
- c) La *posibilidad* de llegar a aquella situación con la realización de un acto procesal.

3.3.5 Teoría de la institución jurídica

El principal exponente de estas ideas, Jaime Guasp, considera que el proceso es algo más que una simple relación jurídica y le atribuye el carácter de “institución” en el sentido dado por los creadores de esta teoría jurídica, como Hauriou, Renard, etc.

Según Guasp en el proceso existen verdaderos deberes y derechos jurídicos. Si, a pesar de ellos se rechaza la doctrina de la relación jurídica, no es por su inexactitud, sino por su insuficiencia, pues si en el proceso se presenta más de una correlación de deberes y derechos jurídicos hay más de una relación jurídica, y por lo tanto, no puede hablarse en síntesis de la relación jurídica procesal. Las múltiples relaciones jurídicas se deben reducir a una unidad superior, que no se obtiene únicamente con la sola fórmula de la relación jurídica compleja, si se quiere ubicar con precisión la naturaleza jurídica del proceso. En toda institución se encuentran dos ideas fundamentales: la idea objetiva o común y las voluntades particulares que se adhieren a la misma. La primera de ellas, suele corresponder muchas veces al Derecho público, y la segunda al derecho privado: el primero se encuentra por encima de este último.

Así entendido, señala el autor, el proceso es una verdadera institución. La idea común y objetiva que se encuentra en éste es la de la satisfacción de una pretensión. Las voluntades particulares que actúan en el proceso se adhieren todas a esta idea común; el juez en su fallo, al igual que el actor en su pretensión y el demandado en su oposición, tratan de satisfacer la reclamación engendrada en el proceso, aunque cada uno de estos sujetos entienda de manera diferente el contenido concreto que en cada caso debe integrar la satisfacción definida.

A manera de conclusión, puede señalarse que la naturaleza jurídica del proceso constituye un tema sin una solución definitiva; que todas las teorías enunciadas han sido útiles para el derecho procesal.

Dentro de las reflexiones que hace Palacio, se encuentran las siguientes: “es que el proceso constituye, como observa SATTA, un fenómeno *único* en el mundo del derecho. Y debe entonces ser *explicado*, como tal proceso, mediante la ley que lo

regula, desde que, como dice PODETTI, “tanto el deber- derecho de la jurisdicción, como los llamados deberes y derechos de los sujetos o cargas y expectativas para la doctrina de la situación jurídica no emanan de una contrato, de un cuasicontrato, de una relación jurídica simple o compleja o de la aludida citación jurídica, sino de la ley”⁴.

3.4 EL PROCESO Y OTROS MECANISMOS PARA LOGRAR LA PAZ JURÍDICA

El proceso constituye una carga para el Estado y los particulares; de ahí que no sea deseable. Una situación ideal sería que cada asociado permaneciera en forma invariable dentro de su esfera jurídica, sin atentar a la de los demás asociados, y si las leyes no constituyeran fuentes de dudas. Como la anterior situación es un espejismo, surge el proceso como una necesidad. Uno de los fines del es la obtención de la paz social y la preservación del orden público. Estos fines pueden llegar a conseguirse por medios diferentes al proceso civil.

Prieto- Castro y Ferrandiz señala entre otros a la *auto tutela*, llamada en forma general *autodefensa*, como por ejemplo la persecución del enjambre de abejas, el corte de raíces del árbol del vecino, el derecho de retención.

El principio de necesidad que rige en el proceso penal (*nulla poena sine iudicio*) no tiene aplicación en el proceso civil, donde se permite que las partes le pongan fin a un conflicto de intereses susceptibles de ser transigido, acudiendo a un proceso privado de *arbitraje*. Aún después de iniciado el proceso judicial, la ley deja en libertad a las partes para solucionar sus diferencias mediante un convenio de *transacción*, con el que se le pone fin en forma anormal a aquel.

Y algo más, hasta que punto se considera patológico la existencia del proceso y conveniente el evitarlo, lo indica la obligatoriedad, en numerosos casos, de intentar un arreglo amistoso, mediante el acto de *conciliación*, tal como lo dispone entre nosotros la ley 640 de 2001⁵

3.5 CLASIFICACIÓN DEL PROCESO

Aunque el proceso tiene un carácter unitario, admite clasificación en atención a algunos de sus aspectos:

3.5.1 De conformidad con el órgano juzgador

1º) Procesos judiciales, que implican el desenvolvimiento de una de las ramas del estado, a saber, la función jurisdiccional o judicial.

⁴ PALACIO, Lino Enrique. Op., cit., p. 75

⁵ PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo. “Derecho Procesal Civil”. Volumen I. Editorial Tecnos, Madrid, 1975, p. 31.

Couture define el proceso judicial, como “una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión”⁶

2º) Procesos legislativos. Actos preordenados por la C.P. para la producción de las leyes. En el campo del derecho procesal, corresponde al Senado dentro de sus atribuciones conocer de las acusaciones que le formule la Cámara de Representantes contra altos dignatarios del Estado, conforme lo dispone el artículo 174 de la C.P., en concordancia con el artículo 116 ibídem cuando consagra que “el congreso ejercerá determinadas funciones judiciales”.

2º) Procesos administrativos. Tienen un carácter gubernativo o contencioso que se originan cuando se impugnan las resoluciones, disposiciones u órdenes de la administración pública, a través de los recursos de reposición apelación para agotar la vía gubernativa.

El artículo 116 de la C.P. señala que “excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas”. A manera de ejemplo, la ley 446 de 1998, en su artículo 137 le asignó competencia a la Superintendencia de Sociedades para conocer mediante el proceso verbal sumario sólo los asuntos relacionados con la impugnación de actos decisiones de asambleas de accionistas o junta de socios o de juntas directivas de sociedades vigiladas por esta entidad. La acción indemnizatoria a que hubiere lugar por los posibles perjuicios derivados del acto o decisión que se declaren nulos será de competencia exclusiva de los jueces.

El inciso 1º de artículo 27 de la ley 1395 de 2010 expresa que todo proceso declarativo que pueda ser de conocimiento de las superintendencias en ejercicio de funciones jurisdiccionales se decidirá y ventilará por el trámite del proceso verbal de mayor y menor cuantía o verbal sumario.

3º) Procesos arbitrales y de amigables componedores

El artículo 116 de la C.P., le atribuye a los particulares en forma transitoria la función de administrar justicia en calidad de conciliadores, o en la de árbitros habilitados por los interesados para proferir fallos en derecho, o en equidad, en la forma que determine la ley o acuerden los interesados.

El artículo 111 de la ley 446 de 1998 , dispone: “El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un Tribunal Arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral.”

⁶ COUTURE, Eduardo J. Op., cit., p.122

La amigable composición se encuentra definida en el artículo 130 de la ley 446 de 1998, como “un mecanismo de solución de conflictos, por medio del cual dos o más personas delegan en un tercero denominado amigable componedor, la facultad de precisar con fuerza vinculante para ellas, el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular. El amigable componedor podrá ser singular o plural”.

La amigable composición tiene su fundamento en el contrato de transacción, mediante el cual las partes otorgan mandato con representación para el cumplimiento del encargo de decidir la controversia presentada entre las mismas. Los amigables componedores no ejercen una función estatal judicial.

Ambas figuras constituyen mecanismos alternativos para la solución de conflictos hetero-compositivos, con algunas diferencias, entre otras, por su naturaleza, dado que el arbitramento es un proceso, mientras que en la amigable composición se procede sin que sujeción a formas legales.

3.5.2 Por naturaleza del derecho sustancial que se pretende realizar

Atendiendo a las distintas ramas del derecho existentes en un país se puede hablar de:

Procesos constitucionales o políticos. Como integrantes de los órganos que administran justicia en Colombia, según lo establece el artículo 241 de la C.P., a la Corte Constitucional “se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin cumplirá las siguientes funciones:....”

En ejercicio de tales funciones, deciden, entre otros asuntos, sobre demandas de inconstitucionalidad promovidos por los ciudadanos contra:

Los actos reformativos de la constitución, cualquiera sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación; sobre demandas de inconstitucionalidad; leyes, tanto en su contenido material, como por vicios de procedimiento en su formación; demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley proferidos por el gobierno con fundamento en el numeral 10 del artículo 150 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

Igualmente la Corte Constitucional revisa, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales que se relacionan con las acciones de tutela de los derechos constitucionales.

Procesos civiles: aquéllos que se tramitan por una de las ramas de la jurisdicción ordinaria, relativos a conflictos y demás asuntos voluntarios que atañen fundamentalmente al derecho privado.

Procesos penales: serie de actuaciones integradas indispensables para averiguar la comisión de un delito o delitos con el fin de determinar la participación y responsabilidad que hubiesen intervenido en este o estos.

Procesos laborales o del trabajo y de la seguridad social para conocer y decidir, entre otras, cuestiones relacionadas con conflictos emanados de un contrato de trabajo; acciones sobre fuero sindical, sin tener en cuenta la naturaleza de la relación laboral; controversias referentes al sistema de seguridad social integral entre personas y entidades relacionados con él, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos controvertidos; conflictos jurídicos surgidos en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneración por servicios personales de carácter privado, cualquiera sea la relación que los motive.

Procesos comerciales, son los que se encuentran establecidos para decidir asuntos mercantiles relacionados con actos, hechos, operaciones, negocios y empresas de este carácter relacionados con los comerciantes.

Procesos de familia, entendidos, como el conjunto de actos preordenados por el legislador para la solución de conflictos y asuntos voluntarios que llegasen a surgir dentro del núcleo familiar que requieren de la intervención judicial, estos procesos se han venido desprendiendo del proceso civil, en atención a los jueces competentes encargados de decidirlos (jueces de familia, magistrados de las salas de familia de los tribunales superiores de distrito judicial), se surten por los diferentes trámites que consagra el Libro Tercero del C. de P.C.

Procesos contenciosos administrativos, que contemplan etapas preestablecidas por el legislador para dirimir asuntos que se originan en las decisiones que toma la administración pública, en las operaciones que ejecuta y en los hechos que ocurran con ocasión de sus actividades.

Proceso agrarios. En la forma establecida en el decreto 2303 en su artículo primero se encuentran consagrados para decidir controversias que se originan en actividades agrarias relacionadas con la propiedad, posesión tenencias agrarias y en las actividades esenciales, de transformación productos de la misma índole, siempre que ellas no originen contratos de trabajo o que las regule el derecho comercial.

3.5.3 Conforme a la naturaleza de la pretensión que se formule

Se prefiere ubicar este aspecto como clasificación de los procesos, tal como lo hace la mayoría de la doctrina y no desde el punto de vista de la pretensión, que viene a ser su determinante. El proceso puede ser de conocimiento. Este tipo de proceso comprende dos clases: el proceso de conocimiento y el proceso dispositivo. El primero se propone decir el derecho, darle certeza al derecho sustancial contenido en la pretensión; viene a ser el de pretensión incierta o discutida en expresión de Carnelutti. En el dispositivo, la pretensión se decide en

equidad, en conciencia. La consagración de este último es de carácter de excepción, debe estar consagrado en forma expresa⁷

El proceso de conocimiento admite una nueva clasificación:

Proceso declarativo puro. En este proceso el juez declara la existencia de un derecho o relación jurídica. Se busca con este proceso darle la certeza al derecho, como sucede con la demarcación que hace el juez en la diligencia de deslinde para determinar la línea divisoria de los predios en conflicto, o la declaración de que el demandado es hijo extramatrimonial en un proceso de filiación de esta naturaleza.

Proceso declarativo constitutivo. Este proceso no sólo tiende a darle certeza a la relación jurídica, sino a la constitución o modificación de un estado jurídico preexistente, como sucede con el proceso de divorcio, que al prosperar las pretensiones de la demanda en el sentido de decretarlo aparece una nueva situación referente al estado civil de los cónyuges, ya que éstos dejan de ser casados para tomar uno nuevo, el de solteros.

Proceso declarativo de condena. En este proceso el actor pretende, frente al demandado que el juez reconozca su derecho, le imponga la obligación de satisfacerlo, con las consecuencias adversas en caso de incumplimiento.

Proceso ejecutivo. Se llega a este proceso cuando la parte demandante busca que el demandado cumpla con una obligación a su cargo, cierta pero insatisfecha.

El proceso ejecutivo puede ser la consecuencia de un proceso de condena. Así, agotado el procedimiento de conocimiento (proceso ordinario. Actualmente, con la ley 1395 de 2010, proceso verbal de responsabilidad civil contractual o extracontractual, por ejemplo), si existió condena y el demandado no la hubiere cumplido voluntariamente, viene un nuevo proceso, el de ejecución. Se ejecuta lo juzgado (artículo 335 del C. de P.C.).

Ante la existencia de un documento que constituye título ejecutivo por reunir los requisitos de fondo y de forma señalados en el artículo 488 del C. de P.C., el acreedor acudirá directamente al trámite del proceso ejecutivo singular, sin necesidad de uno anterior por no tratarse de una pretensión discutida.

Una modalidad de los procesos ejecutivos es la de los procesos ejecutivos concursarios, donde se hacen presentes varios acreedores que afectan la totalidad de los bienes del deudor.

El proceso cautelar (o pretensión cautelar) con su carácter de accesorio por pender de uno principal garantiza la efectividad del principal. El cautelar sigue la

⁷ QUINTERO, Beatriz, y PRIETO, Eugenio. "Teoría General del Derecho Procesal". Editorial Temis, Bogotá, 2008., p. 397.

suerte de éste. Por ejemplo, en un proceso ordinario (verbal), con medidas cautelares, si se absuelve al demandado se levantara la medida cautelar, tal como lo señala el artículo 690 del C. de P.C.

Se clasifican los procesos, de manera impropia, por la referencia que se hace al procedimiento, más no al proceso, en procesos ordinarios, aplicables a los asuntos contenciosos que no tienen trámite especial (artículos 396 y ss., actualmente, verbales), mientras que los procesos especiales siguen un trámite peculiar que atienden a la naturaleza de las pretensiones debatidas en el ellos.

3.6 PRINCIPIOS GENERALES Y PRINCIPIOS TÉCNICOS, O REGLAS TÉCNICAS DEL DERECHO PROCESAL

3.6.1 Introducción al tema

La expresión “Principio”, derivada del latín *principium* significa, lo que viene de primero en su origen. Constituyen normas generales de donde se deducen reglas jurídicas.

Por Principios Generales del Derecho se entiende, “aquellas normas que no figuran en textos expresos de la legislación, pero que la Constitución y la ley reconocen como incorporadas al derecho positivo, debiendo ser respetadas, en forma que su violación constituye ilegalidad”. Mario Rodríguez⁸

Conforme lo señala el artículo 230 de la C.P., “la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la administración de justicia”.

Estos principios vienen a constituirse en subsidio para resolver lagunas, desempeñan una función integradora de la ley con el mecanismo lógico de *analogía iuris*. Sirven de guía en la labor hermenéutica, como interpretación axiológica⁹

En el campo del Derecho procesal civil, el artículo 5º de su estatuto hace referencia a ellos en los casos de vacíos y deficiencias del código, al señalar que “se llenarán con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas con los principios generales del derecho procesal”.

El tema relativo a los principios del Derecho Procesal, como muchos otros, presenta divergencias y variados criterios. Así por ejemplo Eduardo Pallares los Identifica con la denominación de *principios rectores del procedimiento*; Briceño Sierra los llama *formativos*. El mexicano Delint Pérez los denomina *principios estructurales del proceso*; José Ovalle Favela, Cipriano Gómez Lara y Lino

⁸ GARCIA SIERRA, Jaime. “Diccionario Jurídico”. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Cuarta Edición, Medellín, 2004, p. 436.

⁹ QUNTERO, Beatriz, y PRIETO, Eugenio. Op., cit., p. 106.

Enrique Palacio, *principios procesales*. En la doctrina colombiana, Pedro Pablo Cardona los identifica como *principios estructurales del proceso*; Devis Echandía, como *principios fundamentales del Derecho Procesal y el procedimiento*; Parra Quijano, *principios del Derecho procesal civil*. López Blanco, *los principios informadores y reglas técnicas del procedimiento civil*; Azula Camacho, *principios procesales*.

3.6.2 Funciones de los principios procesales

1º) Servir de bases previas al legislador para estructurar las instituciones del proceso en uno u otro sentido.

2º) Facilitar el estudio comparativo de los diversos ordenamiento procesales vigentes en la actualidad.

3º) Constituir instrumentos de interpretación de inestimable valor¹⁰

3.6.3 Clasificación de los principios procesales

3.6.3.1 Atendiendo a la interpretación doctrinal de la ley procesal

Rafael De Pina y José Castillo Larrañaga, con apoyo en Chiovenda, citado por Gómez Lara enumeran como principios fundamentales, en cuanto a la interpretación doctrinal de la ley procesal, los siguientes: principio lógico, el principio jurídico, el principio político y el principio económico.

El principio lógico del proceso se encuentra representado por esta fórmula: selección de los medios más seguros y expeditos para buscar y llegar a la verdad y evitar el error.

El principio jurídico busca proporcionar a los litigantes la igualdad en la contienda y la justicia en la decisión.

El principio político propone introducir a las partes del proceso la máxima garantía social de los derechos con el menor sacrificio de la libertad individual.

El principio económico tiene como fundamento el que los pleitos no sean objeto de graves impuestos, y tiende a evitar que por su duración y por sus costos sean sólo accesibles a las personas que ocupen una posición social privilegiada.

Chiovenda le adiciona a estos principios otro de carácter más general, el de la *economía procesal*, según el cual conviene obtener en un proceso el máximo resultado con el menor empleo posible de actividad jurisdiccional¹¹.

¹⁰ PALACIO, Lino Enrique. Op., cit., p. 75 y s.

¹¹ GÓMEZ LARA, Cipriano. "Teoría General del Proceso". Octava Edición, Editorial Harla, México, 1990, ps., 340 y s.

3.6.4 De los principios procesales y de los principios o reglas técnicas del Derecho procesal

3.6.4.1. Según su ámbito de aplicación¹²

3.6.4.1.1 Primera sub-clasificación

Principios Procesales Básicos

Estos principios resultan comunes a todos los sectores y ramas del derecho procesal dentro de un determinado ordenamiento jurídico. En esta primera clasificación se incluyen entre otros los siguientes:

a) Principio de contradicción. Se expresa con la fórmula *auditur et altera pars* (óigase a la otra parte). Le impone al juzgador el deber de resolver sobre las pretensiones y defensas de las partes, en especial, las razones de la contraparte, o como mínima garantía, otorgándole la oportunidad de expresarlas. Este principio se encuentra consagrado en el artículo 29 de la C.P. En el derecho alemán y en el angloamericano se le denomina de la *audiencia bilateral*.

b) Principio de la igualdad de las partes. Encuentra su fundamento en el artículo 13 de la C.P. Dentro de las sociedades que se caracterizan por las desigualdades económicas y sociales puede llegarse a la proclamación de una igualdad procesal que no garantiza la aplicación de la justicia en la solución del conflicto de intereses planteado entre las partes. En Colombia y en el campo del Derecho procesal civil, una institución consagrada para atenuar la desigualdad de esta naturaleza es la figura del amparo de pobreza, tal como lo disponen los artículos 160 y ss., del C. de P.C.

c) Principio de la eventualidad. Este principio le impone a las partes el deber de presentar simultáneamente y no en forma sucesiva todas las acciones y excepciones, al igual que las alegaciones, pruebas e impugnaciones que corresponden a un acto o a una etapa predeterminada del proceso. En el campo del proceso civil se encuentra reflejado en el artículo 82 sobre acumulación de acciones; en el numeral 3º del artículo 92 del C. de P.C., referido a las excepciones perentorias que el demandado quiera formular; el artículo 352 del C. de P.C., constituye reflejo de este principio al disponer que “la apelación contra autos podrá interponerse directamente o en subsidio de la reposición”.

d) Principio de la preclusión. El proceso se articula por las diversas fases o períodos, de tal manera que dentro de cada uno de ellos deberá realizarse un acto o actos determinados, porque de lo contrario carecerían de eficacia. Por

¹² OVALLE FAVELA, José. “Teoría General del Proceso”. Sexta Edición. Oxford University Press, México, 2005, ps. 54 y ss; 199 y ss.

ejemplo, en el campo del proceso civil el término de traslado de una demanda verbal de mayor y menor cuantía es de diez días (artículo 428 del C. de P.C.); las excepciones previas se formulan dentro del término de traslado de la demanda (artículo 98 ibídem).

e) Principio de la economía procesal. Busca este principio obtener máximos resultados, con la menor utilización de actividades, recursos y tiempo. Acumulación de pretensiones (artículo 82 del C. de P.C.); demanda de reconvencción (artículo 400 ibídem).

f) Principios de lealtad y probidad. El proceso debe ser considerado por las partes y sus apoderados como un instrumento del Estado que se encamina a solucionar conflictos de intereses con arreglo a derecho, y no como un medio de maquinaciones para obtener reconocimientos de pretensiones o medios de defensas ilegales, injustos o aún fraudulentos.

3.6.4.1.2 Segunda sub-clasificación

Principios Procesales Particulares

Son aquellos que orientan en forma predominante un sector del derecho procesal.

a) Principio Dispositivo. Mediante este principio las partes pueden disponer tanto del proceso (nacimiento, impulso y determinación de su objeto), como del derecho sustantivo controvertido. Constituye un reflejo de la autonomía de la voluntad de las partes en el campo del proceso. El principio dispositivo se aplica, en algunos de sus aspectos, a los procesos civiles, como lo relativo a la iniciación del proceso, su impulso, carga de la prueba, etc.

b) Principio de la Justicia Social. Mira las relaciones jurídicas de las personas consideradas como integrantes de un conglomerado o núcleo social. Entre los grupos surgen desigualdades reales. Dicha desigualdad se toma como punto de partida. Las normas procesales que regulan este principio buscan llegar a la igualdad material y no formal. Se aplica a los procesos laborales, agrarios, etc.

c) Principio Publicístico. En algunas de las disciplinas que comprenden el derecho procesal, la intervención del Estado es doble, bien como parte demandante o demandada y como juzgador. Este principio se refleja en los procesos penales, administrativos, constitucionales, de familia, en especial.

3.6.4.2 Atendiendo a la existencia de opciones contrarias

Hacen referencia a los Principios Procesales Alternativos. Se aplican en lugar de otros que representan la opción contraria.

Son denominados por Gómez Lara, como reglas técnicas:

“Mientras los principios orientan la regulación positiva, y mediante su aplicación se busca que la secuencia, por ejemplo, esté dirigida por un sujeto imparcial, que se desenvuelva expeditamente, que mantenga la bilateralidad de la instancia y la eficiencia de sus fases; las reglas técnicas ofrecen posibilidades que pueden ser contradictorias; invariar instancias orales o escritas, facultades de disposición o de indisponibilidad, de impulsión de parte o de oficio, etcétera...debe, pues, entenderse por principio técnico, la orientación en cualquier invariación que ofrezca una solución más adecuada”¹³.

3.6.4.2.1 Principios de Oralidad o Escritura. Estos principios hacen relación a la forma predominante del proceso. El primero rige en aquellos procesos donde el uso de la palabra prevalece sobre la escrita; y se aplica el principio de la escritura al momento en que predomina el uso de la palabra escrita sobre la hablada. En ambos casos se trata de un predominio y no uso exclusivo de las dos formas de expresión.

3.6.4.2.2 Principios de inmediación o mediación. El primero se enuncia como aquél donde debe existir un contacto personal entre el juez y las partes, y en especial entre el juez y la producción de la prueba. En el proceso civil este principio se consagra en el artículo 181 del C. de P.C., al disponer que el juez debe practicar personalmente las pruebas que se realicen en su sede; pero podrá comisionar cuando se trata de pruebas que se vayan a practicar fuera de su sede, y dentro de su jurisdicción, a excepción de la prueba de inspección judicial, pues en este evento la realizará personalmente.

En el principio contrario, las partes pueden producir pruebas sin la presencia del juez, tal como se señala en el artículo 21 del decreto 2651 de 1991, al disponer que en los procesos, las partes de común acuerdo pueden, antes de que se profiera sentencia de primera o única instancia o laudo arbitral, realizar determinados actos procesales.

3.6.4.2.3 Principios de concentración o dispersión. Apunta el primero a la brevedad del proceso mediante la realización de toda la actividad procesal en la menor cantidad de actos. Se refleja en los procesos verbales, sean de mayor y menor cuantía y los sumarios.

Los procesos escritos son desconcentrados; con las medidas adoptadas en el actual estatuto procesal la dispersión se vio disminuida.

3.6.4.2.4 Principios de libre valoración de la prueba o sistema de tarifa legal. Mediante el primero, el juez goza de libertad para el razonamiento de la prueba. Se encuentra consagrado en el artículo 187 del C. de P.C.

El principio de la tarifa legal de prueba le imponía al juez en forma anticipada el valor de cada uno de los medios de pruebas, limitándolos.

¹³ GÓMEZ LARA, Cipriano, Op., cit., p.341 y s.

CAPITULO IV

4 LOS PROCESOS EN LA JURISDICCIÓN DE FAMILIA DE LOS PROCESOS DECLARATIVOS

4.1 INTRODUCCIÓN

No obstante el considerarse como un avance la entrada en vigencia del decreto 2272 de 1989, se hace necesaria la expedición de los estatutos sustancial y procesal que regule de manera integral las relaciones que surjan del núcleo familiar. En estos estatutos sus normas vendrían a ser de orden público, imperativas, irrenunciables, diferentes a las que constituyen el ordenamiento civil.

De ahí la conveniencia de que las controversias de índole familiar sean dirimidas con fundamento en normas especiales, y no mediante procedimientos consagrados en el C. de P.C. Actualmente, Los asuntos de familia se ubican para su trámite en la mayoría de los procesos que consagra el C. de P.C., en su libro III, como son los procesos declarativos en sus dos modalidades de verbal de mayor y menor cuantía y verba sumario; ejecutivos, de liquidación, jurisdicción voluntaria, y otros trámites especiales para regular asuntos particulares.

4.2 PROCESO VERBAL. CLASES

Los asuntos señalados en los artículos 427 del C. de P.C., se tramitarán en proceso verbal de mayor cuantía. Los asuntos indicados en el artículo 435 se decidirán en única instancia por el proceso verbal sumario. En ambos trámites opera el factor objetivo en sus aspectos naturaleza del asunto y cuantía.

De otra parte, se acudirá al proceso verbal para ventilar asuntos que no tienen asignado un procedimiento diferente. Constituye este trámite un proceso de conocimiento o declarativo.

Señala el artículo 396 del C. de P.C., que “se ventilará y decidirá en proceso verbal todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial” (artículo 21 de la ley 1395 de 2010).

El artículo 397 aclara que “los asuntos de mayor cuantía y los que no versen sobre derechos patrimoniales, se sujetarán al procedimiento del proceso verbal de mayor y menor cuantía.

“Los asuntos de mínima cuantía se decidirán por el trámite del proceso verbal sumario, el cual se tramitará en forma oral y en una sola audiencia. Todo proceso declarativo que pueda ser conocido por las Superintendencias en ejercicio de funciones jurisdiccionales, se sujetará a lo establecido en este artículo” (artículo 22 de la ley 1395 de 2010).

El artículo 23 de la ley elimina el Título XII (proceso abreviado) y el Capítulo II (Disposiciones Especiales).

El artículo 24 Incorpora el contenido de este último Capítulo (artículos 415 a 426 del Título XII (Proceso Abreviado), al Capítulo, Disposiciones Especiales, del Título XXI Trámite especial de los procesos declarativos.

Los artículos 20 a 24 de la nueva ley que modifica el C. de P.C., vienen a constituir uno de los aspectos básicos de la reforma. Elimina los procesos ordinarios y abreviados para someter al trámite del proceso verbal todo asunto contencioso sin trámite especial, en su modalidad de verbal de mayor y menor cuantía, atendiendo a las pretensiones comprendidas en estas cuantías y a aquellas que no recaen sobre derechos patrimoniales. Si se trata de asuntos de mínima cuantía, el trámite será el del proceso verbal sumario, oral y en una sola audiencia.

4.2.1 Proceso Verbal de mayor y menor cuantía

El artículo 427 del C. de P.C., señala en forma expresa los asuntos que siguen el trámite de esta clase de proceso

4.2.1.1 Etapa previa al proceso declarativo. La conciliación extraprocésal

4.2.1.1.1 De la conciliación extrajudicial en derecho

Dispone el artículo 19 de la ley 640 de 2001 que se podrán conciliar todas las materias susceptibles de transacción, desistimiento y conciliación, ante los conciliadores de centros de conciliación, ante los servidores públicos facultados para conciliar a los que se refiere la presente ley y ante los notarios.

Si de acuerdo con la ley el asunto es conciliable, la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse en el menor tiempo posible y, en todo caso, tendrá que surtirse dentro de los tres (3) meses siguientes a la presentación de la solicitud. Las partes por mutuo acuerdo podrán ampliar este término.

La citación a la audiencia deberá comunicarse a las partes por el medio que el conciliador considere más expedito y eficaz, indicando sucintamente el objeto de la conciliación, con la mención a las consecuencias jurídicas de la no comparecencia.

Parágrafo. Las autoridades de policía prestarán toda su colaboración para hacer efectiva la comunicación de la citación a la audiencia de conciliación (artículo 20)

Con la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador, se suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2º de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable (artículo 21)

Salvo en materias laboral, policiva y de familia, si las partes o alguna de ellas no comparece a la audiencia de conciliación a la que fue citada y no justifica su inasistencia dentro de los tres (3) días siguientes, su conducta podrá ser considerada como indicio grave en contra de sus pretensiones o de sus excepciones de mérito en un eventual proceso judicial que verse sobre los mismos hechos (artículo 22).

4.2.1.1.2 De la conciliación extrajudicial en materia de familia

La conciliación extrajudicial en derecho en materia de familia podrá ser adelantada ante los conciliadores de los centros de conciliación, ante los defensores y los comisarios de familia, los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, los agentes del Ministerio Público, ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y ante los notarios. A falta de todos los anteriores en el respectivo municipio, esta conciliación podrá adelantarse por los personeros y por los jueces civiles o promiscuos municipales.

Estos podrán conciliar en los asuntos a que se refieren el numeral 4 del artículo 277 del Código del Menor y el artículo 47 de la Ley 23 de 1991 (artículo 31).

4.2.1.1.3 Medidas provisionales en la conciliación extrajudicial en asuntos de familia

Si hubiere urgencia, los defensores y los comisarios de familia, los agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y los jueces civiles o promiscuos municipales podrán adoptar hasta por treinta (30) días, en caso de riesgo o violencia familiar, o de amenaza o violación de los derechos fundamentales constitucionales de la familia o de sus integrantes, las medidas provisionales previstas en la ley y que consideren necesarias, las cuales para su mantenimiento deberán ser refrendadas por el juez de familia.

Los conciliadores de centros de conciliación, los delegados regionales y seccionales de la defensoría del pueblo, los personeros municipales y los notarios podrán solicitar al juez competente la toma de las medidas señaladas en el presente artículo.

El incumplimiento de estas medidas acarreará multa hasta de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo del sujeto pasivo de la medida y a favor del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (artículo 32).

Este artículo vino a subrogar en forma total el artículo 88 de la ley 446 de 1998

No existe claridad en la norma en lo relacionado con las medidas de embargo y secuestro de bienes. Los funcionarios administrativos se encuentran facultados para ordenar dichas medidas, siempre que se cumpla con el requisito de la refrendación del juez de familia

En cuanto a la prevención de violencia intrafamiliar, el comisario de familia y el juez civil municipal o promiscuo municipal podrán imponer, además, las medidas consagradas en los artículos 2º y 6º de la ley 575 de 2000.

El defensor de familia podrá adoptar en el evento en que fracase la conciliación extrajudicial en derecho y donde actúe como conciliador, cualquiera de las medidas de protección referidas en el numeral 4º del artículo 277 del decreto 2737 de 1989, las que consagran los artículos 57 y 58 de este decreto y las dispuestas en el artículo 47 de la ley 23 de 1991.

La ejecución de tales medidas corresponderá al citado funcionario como lo establecen los artículos 67 y siguientes del Código del Menor, sin perjuicio de las acciones atribuidas a los jueces sobre tales materias.

Las medidas que él mismo adopte permanecerán hasta la iniciación del proceso judicial correspondiente, tal como lo señala el artículo 51 de la ley 23 de 1991, al disponer que en caso de fracasar la conciliación se mantengan las medidas durante el curso del mismo, si no sufren modificación por orden del juez, siempre que se promueva el proceso dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la audiencia y que, de no presentarse este, cesarán en sus efectos¹

4.2.1.1.4 La conciliación como requisito de procedibilidad

La ley 640 de 2001 señala en su artículo 35, modificado por el artículo 52 de la ley 1395 de 2010, que en los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación en derecho constituye requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción civil,

¹ CEBALLOS SÁNCHEZ, Luis Arturo, CUARTAS VANEGAS, Martha Lucía, FLÓREZ MORALES, Marta. "La Conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos y requisitos de procedibilidad en los procesos de familia". Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 2007, ps. 80 y ss.

de familia y contencioso administrativa, conforme lo previsto en dicha ley para cada una de estas áreas. En los asuntos civiles y de familia podrá cumplirse el requisito de procedibilidad mediante la conciliación en equidad.

Realizada la conciliación sin que se hubiere llegado a ningún acuerdo conciliatorio total o parcial, se prescindirá de la conciliación señalada en el artículo 101 del C. de P.C., o de la oportunidad de conciliación que las normas aplicables señalen como obligatorias en el trámite del proceso, salvo cuando el demandante solicite su celebración.

Este requisito de procedibilidad se entenderá cumplido cuando se realice la audiencia de conciliación sin que se logre el acuerdo, o cuando vencido el término previsto en el inciso 1º del artículo 20 de la ley, la audiencia no se hubiere celebrado por cualquier causa, para este último caso, el interesado podrá acudir a la jurisdicción respectiva con la sola presentación de la solicitud de conciliación.

No obstante, podrá acudirse en forma directa a la jurisdicción cuando bajo la gravedad de juramento, el que se entiende prestado con la presentación de la demanda, se manifieste que se ignora el domicilio, lugar de habitación y lugar de trabajo de la contraparte, o que éste se encuentra ausente y se desconoce su paradero.

Cuando en el proceso de que se trate sea admisible y se quiera solicitar el decreto y práctica de medidas cautelares podrá acudirse directamente a la jurisdicción. En caso contrario deberá intentarse la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad, conforme lo previsto en la presente ley.

El párrafo 1º de este artículo dispone que cuando la conciliación extrajudicial en derecho constituya requisito de procedibilidad y se formule la demanda judicial, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 22 y 29 de la ley, el juez impondrá multa a la parte que no hubiere justificado su inasistencia a la audiencia. Dicha multa se fijará hasta por valor de dos salarios mínimos legales mensuales a favor del Consejo Superior de la Judicatura.

La ley mencionada incluye un nuevo párrafo relacionado con las oportunidades que tiene solicitante y convocado para presentar pruebas (copias informales) documentales o anticipadas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el eventual proceso. El primero deberá acompañarlas con la solicitud y el segundo dentro de la audiencia de conciliación. Fracasada la conciliación, en el proceso que se promueva no serán admisibles las pruebas que las partes omitieron aportar en el trámite de la conciliación estando en su poder.

a) Requisito de procedibilidad en asuntos civiles

El artículo 40 de la ley 1395 de 2010 modifica el artículo 38 de la ley 640 de 2001 al señalar que si el asunto de que se trate es conciliable, la conciliación extrajudicial en derecho deberá ser intentada antes de acudir a la jurisdicción civil

en los procesos declarativos, con excepción de los de expropiación y divisorios; estos son considerados como declarativos especiales.

b) Requisito de procedibilidad en asuntos de familia

El artículo 40 dispone que sin perjuicio de lo dispuesto en el Inciso 5º del artículo 35 de esta ley, la conciliación extrajudicial en derecho en materia de familia deberá intentarse previamente a la iniciación del proceso judicial en los siguientes asuntos:

1. Controversias sobre la custodia y el régimen de visitas sobre menores e incapaces.
2. Asuntos relacionados con las obligaciones alimentarias.
3. Declaración de la unión marital de hecho, su disolución y la liquidación de la sociedad patrimonial.
4. Rescisión de la partición en las sucesiones y en las liquidaciones de sociedad conyugal o de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.
5. Conflictos sobre capitulaciones matrimoniales.
6. Controversias entre cónyuges sobre la dirección conjunta del hogar y entre padres sobre el ejercicio de la autoridad paterna o la patria potestad.
7. Separación de bienes y de cuerpos.

4.2.1.1.5 Asuntos en materia de familia que no tienen conciliación previa ni procesal

1. Sin norma especial

- Todos los ejecutivos que se originen en la competencia de familia.
- La interdicción por disipación (hoy inhabilitación del discapacitado mental relativo).
- Todos los asuntos de jurisdicción voluntaria.
- La declaración de ausencia.
- La presunción de muerte por desaparecimiento
- La privación, suspensión y rehabilitación de los derechos de potestad parental.
- Filiación extramatrimonial.
- Investigación de paternidad.
- Divorcio por mutuo acuerdo.
- Filiación extramatrimonial y petición de herencia.
- Filiación extramatrimonial y reforma del testamento.
- Impugnación de la paternidad (maternidad) y filiación.

- Impugnación de la paternidad o (maternidad).
- Unión marital de hecho y sociedad patrimonial entre compañeros permanentes (cuando haya demandados indeterminados o herederos determinados o indeterminados).
- Homologación de providencia que declara la nulidad de matrimonio.
- Rendición espontánea de cuentas por el guardador (de la aprobación de cuentas rendidas por el guardador. Decreto 2272 de 1989).
- Rendición provocada de cuentas por el guardador (de la rendición de cuentas sobre la administración de los bienes del pupilo. Decreto 2272 de 1989).
- Controversias entre los padres respecto de derechos de autoridad parental, cuando es el defensor de familia quien demanda.
- Nulidad de matrimonio civil (cuando no se demanda indemnización por el cónyuge burlado o inocente).
- Nulidad de matrimonio religioso (religión o iglesia diferente a la Católica y Romana).
- Nulidad y validez del testamento.
- Desheredamiento.
- Indignidad o incapacidad para suceder.
- Controversia sobre derechos a la sucesión por incapacidad de los asignatarios.

2. En la ley 23 de 1991 (artículo 47)

- Suspensión de la vida en común de los cónyuges
- Custodia y cuidado personal del menor
- Régimen de visitas del menor
- Protección legal del menor
- Fijación de la cuota alimentaria
- Separación de cuerpos
- Separación de bienes
- Liquidación de sociedad conyugal, por causa distinta a la muerte de uno de los conyuges.
- Procesos contenciosos sobre el régimen económico del matrimonio.
- Rescisión de la participación por lesión enorme.
- Nulidad de la partición.
- Litigio sobre la propiedad de bienes propios o sociales.
- Controversias relativas a la subrogación de bienes en el matrimonio.
- Controversias relativas a la compensación de bienes
- Procesos relativos a derechos sucesorales.
- Nulidad de la partición notarial o judicial.
- Reforma del testamento.
- Petición de herencia.
- Filiación con reforma del testamento.
- Reivindicación por heredero sobre cosas hereditarias.

- Controversias relativas a la sucesión.

3. En el Decreto 2737 de 1989 (artículo 277-4).

- Fijación provisional de residencia separada de los cónyuges.
- Fijación de caución de comportamiento conyugal.
- Custodia y cuidado personal del menor.
- Régimen de visitas del menor.
- Protección legal del menor.
- Régimen de alimentos (fijación de la cuota, disminución, aumento o exoneración).
- Alimentos entre cónyuges, si hay hijos menores²

4.2.1.1.6 Rechazo de plano de la demanda

La ausencia del requisito de procedibilidad de que trata esta ley, dará lugar al rechazo de plano de la demanda, conforme lo señala el artículo 36.

4.3 PROCESOS VERBALES DE FAMILIA

4.3.1 Generalidades

Estos procesos se encuentran regulados en el Título XIII del C. de P.C. Con el decreto 2282 de 1989 los procesos verbales se dividieron en dos clases:

1. Proceso verbal de mayor y menor cuantía; y
- 2 Proceso verbal sumario

El primero de ellos atiende a la naturaleza del asunto y a la cuantía cuando para establecer la competencia del juez se acude al valor de las pretensiones a partir de quince salarios mínimos legales mensuales.

Si la cuantía se encuentra comprendida entre quince salarios mínimos legales mensuales y noventa salarios mínimos legales mensuales, atendiendo a este aspecto, la competencia se fijará en el juez civil municipal y si excede de tal valor, su conocimiento corresponderá al juez civil del circuito.

El proceso verbal sumario igualmente atiende a la naturaleza del asunto y por razón de su cuantía, para este último caso, cuando las pretensiones patrimoniales sean de mínima cuantía.

El proceso verbal se caracteriza por que su trámite se surte en audiencias.

² Ibídem, ps. 76 y ss.

Estos procesos vendrían a constituir la base para la implantación del sistema de la oralidad, siempre que se disponga de los recursos tecnológicos necesarios para su funcionamiento adecuado, y en gran medida se acude a ellos para ventilar asuntos de familia.

4.3.2 Asuntos que comprende

4.3.2.1 Proceso verbal de mayor y menor cuantía

Considerando su naturaleza, según lo dispone el párrafo 1º del artículo 427 del C. de P.C.

1º Nulidad y divorcio de matrimonio civil y separación de cuerpos o de bienes cuando no sea por mutuo consentimiento.

El artículo 7 de la ley 25 de 1992 estableció: “El párrafo primero del artículo 427 del Código de Procedimiento Civil se adicionará con el siguiente numeral:

6) La cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos”.

Esta ley vino a modificar el decreto 2272 de 1989, así:

Artículo 5º en cuanto a la competencia de los jueces de familia conforme al procedimiento señalado en la ley.

En única instancia:

b. Modificado. Del divorcio, cesación de efectos civiles (debe entenderse de matrimonio religioso) y separación de cuerpos de mutuo acuerdo

En primera instancia:

1º. Modificado. De la nulidad y divorcio del matrimonio civil y de la cesación de efectos civiles de matrimonio religioso.

Continúa señalando el artículo 427, en el párrafo referido:

2. Privación, suspensión y restablecimiento de la patria potestad o de la administración de bienes del hijo y remoción del guardador.

3. Interdicción por disipación y rehabilitación del interdicto. Debe entenderse como inhabilitación de persona con discapacidad mental relativa y su rehabilitación.

El párrafo segundo del artículo 427 por razón de su cuantía señala 14 asuntos. Ninguno de ellos tiene relación con el derecho de familia.

4.3.2.2 Proceso verbal sumario

Asuntos que comprende

Atendiendo a su carácter de procesos de familia y en cuanto a su naturaleza:

1º) Fijación, aumento, disminución y exoneración de alimentos. El decreto 2737 de 1989 que adoptó el Código del Menor, en su Capítulo III (artículos 133 a 159) hace referencia a los alimentos para menores.

La ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia señala en su numeral 5º del artículo 111 que el procedimiento para la fijación de alimentos será el especial previsto en el Decreto 2737 de 1989.

2º) Las controversias que se susciten entre padres, o cónyuges, o entre aquellos y sus hijos menores, en lo que respecta al ejercicio de la patria potestad; los litigios de igual naturaleza, en los que el defensor de familia interviene en representación de los hijos; las diferencias que surjan entre los cónyuges sobre: la dirección del hogar; derecho a ser recibido en éste y obligación de vivir juntos y salida de los hijos menores al exterior; solicitud del cónyuge sobre el examen a la mujer a fin de verificar el estado de embarazo; declaratoria de abandono de los hijos menores; en general los asuntos en que sea necesaria la intervención judicial previstos en la ley 24 de 1974, en los decretos 2820 de 1974, 206 y 772 de 1975, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

4.4 ESQUEMA DE LOS PROCESOS VERBALES

4.4.1 Etapas del proceso verbal de mayor y menor cuantía

a) Demanda, admisión, traslado y contestación. Estos aspectos se sujetan a lo dispuesto en los Capítulos I y II del Título VII del Libro Segundo del C. de P.C. El término de traslado será de diez días (artículo 428)

b) Excepciones previas y de mérito

Excepciones previas. El artículo 429 remite al artículo 98 en lo relacionado con la forma y oportunidad para proponerlas. Su trámite se rige por el artículo 99, salvo lo dispuesto en la parte final del numeral 4º en cuanto a su decisión y en el numeral 13 sobre recursos. Estos numerales en su parte pertinente se sustituyen por lo siguiente

Las excepciones previas tendrán un término de traslado de tres días y se resuelven antes de la audiencia, siempre que no hubiere pruebas por practicar. De lo contrario, el juez decretará las que considere necesarias teniendo en cuenta lo que al efecto dispone el artículo 98 del C. de P.C., que se practicarán dentro de los diez siguientes; vencido este término las decidirá. En cuanto a la apelación del auto que declara probada las excepciones indica el párrafo 3º del citado artículo

429 que se concederá en el efecto suspensivo cuando se trata de las excepciones de compromiso o cláusula compromisoria y de trámite por proceso diferente. No será susceptible de este recurso el auto que declara probada la falta de competencia, y el juez actuará en la forma que dispone el numeral 7º del artículo 99; el auto que declare probadas las demás y el que declare no probadas aquéllas y éstas serán apelables en el efecto devolutivo.

Excepciones de mérito. Si el demandado formula excepciones de mérito, el escrito se mantendrá por tres días a disposición del demandante, para que pida pruebas sobre los hechos en que ellas se fundamenten.

c) Auto que señala fecha y hora para la audiencia

Vencido el término de traslado de la demanda, el de las excepciones de mérito si se hubieren propuesto, y decididas las excepciones previas, si a ello diere lugar, el juez señalará para la audiencia el décimo día siguiente, por auto no susceptible de recurso alguno (artículo 430). En este mismo auto, el juez, a petición de parte o de oficio, citará a las partes para la absolución de sus interrogatorios y designará perito(s), quien(es) se posesionará(n) dentro de los cinco días siguientes a la comunicación de su(s) nombramiento(s). El auto que niegue las pruebas mencionadas será susceptible de apelación, la cual será tramitada junto con la de la sentencia (artículo 431).

El artículo 234 del C. de P.C., modificado por la ley 794 de 2003 establece que sin importar la cuantía y la naturaleza del proceso, todo dictamen se practicará por un solo perito.

d) Trámite de la audiencia

El artículo 25 de la nueva ley de descongestión judicial señala el trámite de la audiencia, en seis numerales.

1ª Actuación del juez

Intentará que las partes concilien sus diferencias; hará el saneamiento del proceso, fijara los hechos del litigio; practicará los interrogatorios de parte en la forma que señala el artículo 101, y dará aplicación al artículo 25 de la ley 1285 de 2009. Esta ley constituye uno de los artículos que reforman la ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia. Agotada cada etapa del proceso, el juez debe ejercer el control de legalidad para el saneamiento de los vicios que acarrearán nulidades dentro del proceso, los cuales no serán susceptibles de alegación en etapas subsiguientes, salvo que se trate de hechos nuevos.

2a Etapa probatoria

En esta etapa el juez decretará y practicará las pruebas restantes.

a) Dictamen pericial. Oirá al perito designado, lo interrogará bajo juramento respecto de su idoneidad y de los fundamentos de su experticio. En esta etapa de la audiencia, las partes podrán controvertirlo (aclaración o complementación, pero no objeción). Si el perito no concurre, el juez designará en forma inmediata su reemplazo para que rinda su dictamen en la fecha en que se reanude la audiencia.

b) Interrogatorios. Esta prueba se practicará a las personas que hubieran rendido experticios aportados por las partes, siempre que hubieren sido citados de oficio o a petición de parte.

c) Prueba testimonial. Las declaraciones de testigos sólo las recibirá el juez a quienes se encuentren presentes.

d) Inspección judicial. El decreto de la práctica de inspección judicial tendrá lugar únicamente si la parte que la solicita no puede demostrar los hechos objeto de ésta por medio de videograbación. No hace referencia al término para su práctica, lo que supone suspensión de la audiencia.

e) Etapa de alegaciones. Agotada la etapa de pruebas, el juez oirá a las partes hasta por veinte minutos a cada una de ellas, primero al demandante y luego al demandado (regla 3ª).

f) Sentencia. Esta providencia será proferida en la misma audiencia sin importar si las partes se encuentren presentes o no, bien sea porque no asistan o se hubieren retirado. Si el juez lo estima necesario, podrá decretar un receso hasta por dos horas para el pronunciamiento de la sentencia. En la misma audiencia se resolverá sobre concesión de la apelación (regla 4ª).

Registro y acta de la audiencia

La señala la regla 5ª.

Registro. La audiencia se registrará mediante sistema de grabación electrónica o magnetofónica. No habrá lugar a transcripción del contenido de las grabaciones. Cualquier interesado podrá solicitar la reproducción magnética de las grabaciones, proporcionado los medios para ello. De las grabaciones se dejará duplicado para el archivo del juzgado.

Acta escrita. En esta acta solamente se consignará el nombre de las personas que actuaron en calidad de partes, apoderados, testigos, auxiliares de la justicia, los documentos presentados, el auto que suspenda la audiencia y la parte resolutive de la sentencia.

Efecto de la inasistencia de alguna de las partes. La inasistencia de alguna de las partes hará presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión y que le sirvan de fundamento a las pretensiones o las excepciones, según el caso (regla 6ª).

Efecto de la falta de oposición del demandado. La ausencia de oposición por parte del demandado conlleva a que el juez profiera sentencia por escrito, en forma inmediata, y sin que haya lugar a la realización de la audiencia.

4.4.2 Incidentes y trámites especiales.

El amparo de pobreza y la recusación sólo podrán ser propuestos antes del vencimiento del término para la contestación de la demanda (dentro del traslado de la demanda). Los demás incidentes y trámites especiales deberán proponerse en cualquier estado de la audiencia y serán decididos en la sentencia, salvo cuando se trata de recusación de peritos que será de pronunciamiento previo por auto no susceptible de recurso alguno (artículo 433).

4.4.3 Recursos y trámites

El artículo 25 de la ley de descongestión judicial modifica el artículo 434, así:

La apelación de autos deberán interponerse inmediatamente sean proferidos. La sustentación, trámite y decisión se hará por escrito, conforme lo señala el régimen general.

Si la apelación se concediere en el efecto devolutivo o diferido el impugnante deberá suministrar los recursos necesarios para las copias y reproducción de la respectiva grabación que deban enviarse al superior, y se aplicará lo dispuesto en el artículo 354 y el inciso 4º del artículo 356.

Tratándose de apelaciones de sentencias, admitido el recurso se señalará día y hora para la audiencia de alegaciones y fallo, en la que se dará aplicación a lo dispuesto en los numerales 3 y 5 del artículo 432.

El párrafo único de la nueva norma dispone que tanto en primera como en segunda instancia, sólo se incorporará en el acta respectiva la parte resolutive de la sentencia, sin que pueda hacerse en ningún caso reproducción escrita de la audiencia.

4.5 ASUNTOS SIN TRÁMITE ESPECIAL QUE SE VENTILAN Y DECIDEN EN PROCESO DECLARATIVO VERBAL

Con fundamento en el artículo 396 citado, se acudirá al proceso declarativo cuando se trata de asunto contencioso no sometido a trámite especial, vale decir en el evento en que en el estatuto procesal, o en ley o decreto no se hubiere previsto trámite de esta naturaleza. Si las pretensiones tienen contenido patrimonial éstas deberán exceder de quince salarios mínimos mensuales para acudir al proceso verbal de mayor y de menor cuantía. Lo mismo se predica para las pretensiones sin contenido de carácter económico.

Entre los asuntos de familia sujetos al trámite de este proceso se enuncian los siguientes, entre otros:³

- Declaración de existencia de una sociedad de hecho (ley 54 de 1990).
- Filiación extramatrimonial (artículo 10 de la ley 75 de 1968. Muerto el padre o fallecido el hijo).
- Reconocimiento de heredero de mejor derecho (numeral 4º del artículo 590 del C. de P.C.).
- Impugnaciones de la maternidad legítima (artículo 335 del C.C.) y de la paternidad legítima.
- Procesos de reclamación del estado civil de padre, madre, o de hijo (artículo 406 del C.C., denominados también de investigación de la paternidad, maternidad, etc.).
- Impugnación de matrimonio.
- Petición de herencia (artículo 1321 del C.C.).
- En el proceso de rescisión por lesión enorme (artículo 1946 del C.C.) se incluye el de la rescisión por lesión enorme de la partición.
- Validez de testamento nuncupativo (inciso final del artículo 572 del C. de P.C.).
- Nulidad o validez de testamento.
- Controversias sobre derechos a la sucesión, sea testada o intestada. Desheredamiento, incapacidad o indignidad, para suceder (artículo 1387 del C.C.).
- Controversias suscitadas por un tercero contra los herederos sobre la propiedad de los bienes incluidos en el inventario sucesoral (artículo 1388 del C.C.).
- Revocación de donación por causa de matrimonio.
- Reforma del testamento (artículo 1274 del C.C.).
- Caducidad, inexistencia o nulidad de capitulaciones matrimoniales.
- Restitución a causa de ocultamiento o distracción de bienes sociales (artículo 1824 del C.C.).
- Restitución en caso de fraude tendiente a la apropiación de bienes que pertenecen a la herencia o a la sociedad conyugal (artículo 1288 del C.C.).

4.5.1 Etapas de los procesos verbales sin trámite especial

Se hará referencia en este acápite a las reglas especiales para el trámite de estos procesos que antes de la reforma de la ley 1395 de 2010 se surtía por el del proceso ordinario de mayor cuantía.

³ ESCOBAR VÉLEZ, Edgar Guillermo. "Procesos Cognoscitivos Civiles". Tercera edición. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín, 2009, ps. 70 y ss.

4.5.1.1 Demanda de reconversión y excepciones previas

El artículo 400 del C. de P.C., señala, como otras de las formas de ejercer el derecho de contradicción, la demanda de RECONVENCIÓN, la cual se debe formular dentro del término del traslado de la demanda; el demandado podrá proponerla contra uno o varios de los demandantes, siempre que sea de competencia del mismo juez y que pueda tramitarse por la vía ordinaria. Sin embargo, se podrá reconvenir sin consideración a la cuantía y al factor territorial.

Los requisitos, generales y adicionales de la demanda de reconversión son los mismos de toda demanda y será admisible cuando de formularse en proceso separado procedería la acumulación.

Una vez vencido el término del traslado de la demanda a todos los demandados, el juez deberá resolver sobre la admisión de la reconversión y, si fuere el caso, aplicará el artículo 85 (inadmisión o rechazo de plano de la demanda). Si la admite, conferirá traslado de ella al reconvenido por el término señalado para la demanda inicial, mediante auto que se notificará por estado y dará aplicación al inciso segundo del artículo 87. En lo sucesivo ambas se sustanciarán conjuntamente y se decidirán en la misma sentencia.

Caso especial. Si el trámite se adelanta ante juez civil municipal (verbal de mayor y menor cuantía por estar comprendida ésta dentro de quince a noventa salario mínimos mensuales a noventa salarios mínimos mensuales) y el demandado formula demanda de reconversión, en cuantía que excede a los noventa salarios mínimos mensuales, el primero, por ser la cuantía superior al límite de su competencia ordenará remitir el expediente al juez del circuito para que se pronuncie sobre su admisión (o inadmisión o rechazo de plano) y continúe su trámite, si a ello diere lugar.

Propuestas por el demandado excepciones previas y reconversión, el juez deberá esperar a que venza el término de traslado de ésta, para proceder al traslado de aquéllas. Si el reconvenido propone a su vez excepciones previas contra la demanda de reconversión, unas y otras se tramitarán y decidirán conjuntamente.

4.5.1.2 Decreto de pruebas y término para practicarlas (artículo 402)

Realizada la audiencia de que trata el artículo 101, el juez a petición de parte o de oficio decretará las pruebas que considere necesarias.

En el auto que decreta pruebas, el juez señalará el término de cuarenta días para que se practiquen y las fechas de las audiencias y diligencias necesarias.

4.5.1.3 Alegaciones (artículo 403)

Vencido el término para practicar pruebas, el juez dará traslado a las partes para alegar por el término común de ocho días.

4.5.1.4 Sentencia

Vencido el término del traslado para alegar, el secretario inmediatamente pasará el expediente Al despacho para que el juez dicte sentencia, sin que puedan proponerse incidentes, salvo el de recusación, ni surtirse actuaciones posteriores distintas a las de expedición de copias, desgloses o certificados, las cuales no interrumpirán el término para proferirla ni el turno que le corresponda al proceso.

El secretario se abstendrá de pasar al despacho los escritos que contravengan esta disposición (artículo 404).

Los anteriores artículos no fueron modificados ni derogados por la ley 1395 de 2010. Sin embargo, en el evento de continuar vigentes se estaría aplicando algunas de las etapas del proceso ordinario de mayor cuantía, el que se estructuraba con fundamento en el principio de la escritura, con lo cual surgiría un proceso verbal mixto. Por las anteriores consideraciones podría concluirse que se encuentran derogados tácitamente.

4.5.2 Medidas cautelares en procesos declarativos sin trámite especial

El artículo 690 del C. de P.C., las señala

Este artículo hace referencia a los procesos ordinarios sin distinguir si se trata de procesos de esta naturaleza, de mayor, menor o de mínima cuantía. Con la vigencia de la ley 1395 de 2010 se debe entender que recaen sobre algunos procesos verbales, diferentes a los asuntos que señalan los artículos 427 y 435 del C. de P.C.

Las pretensiones pueden recaer sobre derechos reales o sobre derechos personales.

4.5.2.1. Pretensiones que recaen sobre derechos reales

Las pretensiones se formulan

- a) En forma directa, como cuando se presenta una demanda reivindicatoria
- b) Como consecuencia de pretensión distinta. Ejemplo se solicita como pretensión principal la declaración de simulación de un contrato de compraventa y como consecuencia de esta declaración la de no haber salido nunca el bien del patrimonio del demandante.

c) Como pretensión subsidiaria: “Solicito que se me pague el precio del bien para el evento de que el juez no lo ordene, solicito que se me entregue el bien”⁴

d) Como universalidad de hecho, en la petición de herencia.

4.5.2.1.1 Clases de medidas cautelares cuando recaen sobre derechos reales

1ª) Inscripción de la demanda

a) Noción

Consiste en la anotación que se hace en la oficina de registro de instrumentos públicos del lugar de ubicación del bien inmueble, objeto de inscripción, que constituye materia del derecho controvertido en el proceso.

Esta medida cautelar procede en relación con los bienes objeto de inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos. No es exclusiva de los inmuebles (incluidas las naves y aeronaves), porque se extiende, por ejemplo a los derechos accionarios y a los vehículos automotores (para este último caso las pretensiones recaen sobre derechos reales, como pertenencias, etc.).

b) Requisito para que el juez la decrete

Solicitud de la medida y que se preste caución, salvo cuando el juez la ordena de oficio en el auto admisorio de la demanda, como lo señala el artículo 692 para los procesos de pertenencia, deslinde y amojonamiento, servidumbre, expropiación y división de bienes comunes. Si el juez no la ordena en esta oportunidad podrá hacerlo en cualquier oportunidad subsiguiente.

Oportunidad para su decreto

Desde el momento en que se presenta la demanda hasta antes de la sentencia de segunda instancia

Efectos jurídicos

El bien no sale del comercio, según lo señala el literal a) del numeral 1, artículo 690. Simplemente pone en conocimiento a futuros negociadores acerca de la existencia de un proceso, y con ello de que quedarán vinculados como partes a quienes adquieran el derecho de dominio, o a favor de quienes se hubiere constituido gravámenes o usufructos del mismo bien. Estos ostentarán la calidad de terceros litisconsorciales dentro del proceso, y en consecuencia como causahabientes se les extiende los efectos de la cosa juzgada.

⁴ PARRA QUIJANO, Jairo. “Derecho Procesal Civil”. Parte Especial. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 1995, p. 47.

Señala el artículo 690 en su parte pertinente: “Si la sentencia fuere favorable al demandante, en ella se ordenará su registro y la cancelación de los registros de la transferencia de propiedad, gravámenes y limitaciones al dominio efectuados después de la inscripción de la demanda, si los hubiere”. Y prosigue la norma señalando que si en la sentencia no se obrare en consonancia con ella, el juez, de oficio o a petición de parte por auto que no tiene recurso alguno enviará la comunicación al registrador mediante oficio; esta posibilidad podrá darse con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia.

El registro de la demanda no impide el de una demanda ni un embargo posteriores.

Cuando concurren varias inscripciones de la demanda, el registrador tomará nota en el orden en que reciba las comunicaciones del juez o jueces que la decretaron, y al momento en que se profieran las sentencias, el juez resolverá sobre el caso planteado, bien ordenando la cancelación de las transferencias o gravámenes posteriores a la respectiva inscripción, pero dejando en las mismas condiciones los registros posteriores.

Concurrencia de registro de demandas y de embargos

Lo anterior es posible por los efectos jurídicos de la inscripción de la demanda en cuanto que no saca los bienes del comercio. Puede llegarse al remate del bien, pero el rematante sufre los efectos de la cosa juzgada del proceso donde se inscribió la demanda sin importar el orden de su registro frente a la anotación del embargo en el folio de matrícula que corresponde al inmueble.

Perfeccionamiento de la medida cautelar.

El juez libra oficio al registrador de Instrumentos Públicos del lugar de ubicación del bien para que inscriba la medida cautelar en el folio de matrícula inmobiliaria; en él se indica el nombre de las partes, la clase de proceso, el objeto de éste, es decir, la pretensión formulada, el nombre del bien, nomenclatura, su situación y el folio de matrícula inmobiliaria o datos del registro si no existiere aquella. En la actualidad no se requiere incluir los linderos del bien que se va a registrar. Una vez registrada la inscripción de la demanda quedará perfeccionada la medida cautelar y el registrador devolverá el oficio al juez que la ordenó, junto con el certificado sobre la situación jurídica del inmueble, en período de veinte años si fuere posible.

2º) Secuestro de bienes muebles

Noción

El secuestro es el depósito de una cosa en poder de un tercero hasta tanto se decida sobre su propiedad o destino.

Oportunidad para solicitar esta medida

Desde el momento en que se presenta la demanda hasta antes de que se dicte sentencia de segunda instancia.

Requisito para su decreto

Que el demandante preste caución

Efectos jurídicos

Esta medida cautelar no pone a los bienes por fuera del comercio, en virtud a que se trata de un secuestro autónomo, y no perfeccionador o complementario del embargo. El artículo 1521 del C.C., se refiere a la prohibición de la enajenación de cosas embargadas por decreto judicial y no a las secuestradas. Alguna parte de la doctrina sostiene la tesis contraria.

“Sostener que el secuestro autónomo no pone los bienes fuera del comercio, implicaría que podría disponerse libremente de estos durante la vigencia de la cautela. La tesis además no distingue entre bienes fuera del comercio de los embargados por orden judicial. Ciertamente, una de las formas para que un bien no esté en el comercio es su embargo por orden judicial, pero no es la única, pues hay casos en los que sin haberse decretado el embargo, el bien no es susceptible de transferencias u operaciones, como los derechos de uso y habitación”⁵

Levantamiento de la medida

A solicitud del demandado el juez ordenará su levantamiento siempre que éste preste caución teniendo en cuenta el valor del bien secuestrado, con inclusión de los frutos, las costas y el incremento por la devaluación monetaria.

Cuando los bienes muebles se encuentran sometidos a registro pueden coexistir estas dos medidas cautelares.

3º) Secuestro de bienes inmuebles

Oportunidad

Se requiere que dentro del respectivo proceso se hubiere dictado sentencia de primera instancia y que ésta sea favorable al demandante y se encuentre en apelación o en vía de consulta. Es en esta etapa procesal cuando se hace viable la solicitud en tal sentido para que el juez de primera instancia proceda al secuestro del inmueble. Dicha oportunidad se extiende hasta antes de la sentencia de segunda instancia. Para esta medida cautelar la ley no exige el otorgamiento de la caución.

⁵ BEJARANO GUZMÁN, Ramiro. “Procesos Declarativos”. Editorial Temis, Bogotá, 2008, p. 76.

Efecto jurídico

Esta medida cautelar no pone los bienes fuera del comercio,

El numeral 5º del artículo 690 del C.C., es el desarrollo del artículo 959 del C.C.: “Si se demanda el dominio u otro derecho real constituido sobre un inmueble, el poseedor seguirá gozando de él hasta la sentencia definitiva, pasada en autoridad de cosa juzgada. Pero el actor tendrá derecho de provocar las providencias necesarias para evitar todo deterioro de la cosas y de los muebles y semovientes anexos a ella y comprendidos en la reivindicación”.

El demandado conserva en su poder el bien mientras la medida cautelar se encuentra vigente.

Si en el proceso ordinario no opera la segunda instancia, bien por ser de mínima cuantía o porque no se interpuso este recurso, procederá la diligencia de entrega, a la que se refieren los artículos 337 a 339 del C. de P.C.

4.5.2.1.2 Pretensiones que recaen sobre derechos personales

1º) Embargo y secuestro del vehículo automotor que causó daños al demandante

Noción

En el proceso ordinario el embargo viene a ser aquella medida cautelar en virtud del cual, se sacan del comercio determinados bienes del demandado (vehículo que causó perjuicios como consecuencia de un accidente de tránsito, por ejemplo), para asegurar la efectividad de las condenas que imponga al demandado la sentencia ejecutoriada. Va acompañada esta medida del secuestro de dichos bienes, vale decir, su retención y entrega de ellos a un secuestre.

El inciso 2º del artículo 146 de la ley 769 de 2002 del Código Nacional de Tránsito vino a derogar el numeral 6º de artículo 690 del C. de P.C.

Oportunidad

Una vez se dicte la sentencia de primera instancia, sin importar que esta sea apelada o no.

Requisito para su decreto

Que el solicitante preste caución para garantizar el pago de los perjuicios que con la medida se puedan llegar a causar.

El aparte siguiente de la norma citada ha dado lugar a diferentes criterios en torno a si el juez debe ordenar esta medida cautelar en forma oficiosa, o si por el contrario requiere de petición del demandante.

“Una vez dictada sentencia de primera instancia, sin importar que ésta sea apelada o no, el juez decretará el embargo y secuestro del vehículo con el cual se causó el daño, siempre y cuando el solicitante preste caución que garantice el pago de los perjuicios que con la medida pueden causarse”.

Bejarano Guzmán considera que la medida debe ser decretada de oficio, una vez se profiera sentencia de primera instancia que declare la responsabilidad civil extracontractual por daños ocasionados en accidente de tránsito, háyase apelado o no⁶

Como uno de los requisitos es que el actor preste caución, el aparte pertinente no hace referencia al demandante, sino al solicitante, razón para que se sostenga la tesis contraria, es decir, que para el decreto de la medida cautelar se necesita petición del demandante junto con la caución.

Levantamiento de la medida cautelar

Cuando el demandado presta caución suficiente

Por que se revoca en segunda instancia la sentencia condenatoria

Cuando el demandante no promueva ejecución dentro del término que señala el artículo 335 del C. de P.C.

Cuando se extingue la obligación de cualquier manera.

La nueva disposición que regula el artículo 690 se critica en atención a que con anterioridad, la medida se solicitaba con la demanda y ahora se requiere de sentencia de primera instancia, lo que significa años de espera, que para ese momento el vehículo posiblemente se haya enajenado, o destruido, con el agravante de que ahora no es posible solicitar el registro de la demanda, debido a que en estos procesos no se discuten derechos reales⁷

2) En los procesos en que se persiga el pago de perjuicios que provengan de responsabilidad civil contractual proceden las siguientes medidas cautelares:

a) Inscripción de la demanda. Recae sobre bienes sujetos a registro y de propiedad del demandado.

Oportunidad para solicitarla.

Desde la presentación de la demanda hasta antes de la sentencia de segunda instancia.

⁶ Ibídem, p. 80.

⁷ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. “Procedimiento Civil”. Tomo II, Dupré Editores, Bogotá, 2004, p. 919

Efecto jurídico.

No saca el bien fuera del comercio.

Requisito para que el juez la decrete.

Que el demandante preste caución para garantizar el pago de perjuicios que con ella se llegaren a causar.

b) Embargo y secuestro de bienes afectados con la medida de inscripción de la demanda y de los denunciados por el actor como de propiedad del demandado en cantidad suficiente para el cumplimiento de la sentencia.

Oportunidad para solicitar la medida. Una vez se haya dictado sentencia de primera instancia

Efecto jurídico.

Saca el bien del comercio

Levantamiento de las medidas cautelares

Que el demandado preste caución, u ofrecerla para impedir su práctica, casos en los cuales tendrá aplicación en lo pertinente el artículo 519 del C. de P.C.

4.6 DE LOS PROCESOS DECLARATIVOS DE FAMILIA SIN TRÁMITE ESPECIAL EN PARTICULAR ⁸

4.6.1 Proceso de declaración de existencia de la unión marital de hecho, de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, su disolución y liquidación.

La ley 979 de 2005 autoriza a cualquiera de los compañeros permanentes para que acuda a este proceso para que se declare la existencia de la unión marital de hecho, en el caso de que no exista acuerdo para declararla, bien por escritura pública o por vía de la conciliación extrajudicial, con miras a ejercer los derechos reconocidos en la ley y la jurisprudencia a los compañeros permanentes, como en materia de alimentos, la presunción de hijo extramatrimonial, seguridad social, etc.

La ley 54 de 1990 dispuso en su artículo 4º que la existencia de la unión marital de hecho se establecería por los medios ordinarios de prueba que consagra el C. de P.C., y sería de conocimiento de los jueces de familia en primera instancia. Asimismo consagró la norma la viabilidad de acudir al proceso ordinario para la declaración de la existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros

⁸ GUTIÉRREZ SARMIENTO, Carlos Enrique. "Manual de Procesos de Familia". Segunda Edición. Universidad Externado de Colombia, 2007, ps. 47 y ss.

permanentes, y si es el deseo de alguno de los interesados, partes, para su disolución y liquidación dentro del mismo trámite, siempre que se reúnan los requisitos exigidos por esta ley y sin posibilidad de declararla judicialmente por mutuo acuerdo.

El artículo 2º de la ley, modificado por el artículo 1º de la ley 979 de 2005, señala en qué casos se presume la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y habrá lugar a declararla judicialmente.

1º. Cuando exista unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio, hoy debe entenderse entre personas del mismo sexo.

2º Cuando exista unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre que la sociedad o sociedades conyugales anteriores se hubieren disuelto y liquidado por lo menos un año antes de la fecha de iniciación de la unión marital de hecho.

Conforme lo expresa la ley 979 de 2005, la pretensión judicial que persigue la declaración de la existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes tiene por finalidad la de que perdure hacía el futuro y con vigencia hasta cuando los mismos decidan disolverla y liquidarla; pero puede solicitarse que se haga la anterior declaración, para su disolución y liquidación, a continuación del proceso, o por mutuo acuerdo por escritura pública o por vía de la conciliación extraprocésal.

Al entrar en vigencia esta ley, se presentaron modificaciones respecto al punto de la declaración de existencia de la sociedad patrimonial por vías diferentes a la sentencia judicial, tal como lo señala el artículo 2º. Según este artículo, los compañeros permanentes que se encuentren en alguno de los casos anteriores podrán declarar la existencia de la sociedad patrimonial acudiendo a los siguientes medios:

1º Por mutuo consentimiento declarado mediante escritura pública ante notario donde dé fe de la existencia de dicha sociedad y acrediten la unión marital de hecho y los demás presupuestos que se prevén en los literales a. y b. del presente artículo.

2º. Por manifestación expresa mediante acta suscrita en un centro de conciliación legalmente reconocido demostrando la existencia de los requisitos previstos en los literales a. y b. del artículo 2º de la ley 54 de 1990.

El artículo 4º de la ley 54 de 1990 se encuentra modificado por el artículo 2º de la ley de la siguiente manera:

“La existencia de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes se declarará por cualquiera de los siguientes mecanismos:”

1º) Por escritura pública ante notario por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes.

2º) Por acta de conciliación suscrita por los compañeros en centro legalmente constituido.

El artículo 5º fue adicionado y señaló que la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes puede llegar a disolverse por los siguientes hechos:

1º) Por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes elevado a escritura pública ante notario.

2º) de Común acuerdo entre compañeros permanentes, mediante acta suscrita ante un centro de conciliación legalmente reconocido.

De otra parte, el artículo 6º establece que cualquiera de los compañeros permanentes, sean heterosexuales u homosexuales y sus herederos, podrán pedir judicialmente la declaración, disolución y liquidación de la sociedad patrimonial y la adjudicación de los bienes. Se fallece alguno de éstos, dentro del proceso de sucesión puede liquidarse la sociedad patrimonial siempre que se hubiera declarado legalmente

Requisito de procedibilidad

Se requiere agotar el trámite de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para poder acudir a la jurisdicción ordinaria como miras a la declaración de existencia de la unión marital de hecho, de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, su disolución y liquidación.

Juez competente

De los procesos de declaración de unión marital de hecho y de declaración de existencia de sociedad patrimonial en primera instancia conoce el juez de familia o promiscuo de familia, y el juez civil del circuito, si no existe en el circuito judicial ninguno de los anteriores, del domicilio del demandado.

Partes

Proceso donde se persiga la declaración de unión marital de hecho: hombre y mujer que convivan en estas condiciones; sus representantes legales para el caso de que estos sean menores; sus herederos cuando uno o ambos compañeros hubieren fallecido.

En el proceso para la declaración de existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, su disolución y liquidación, intervienen como partes el hombre y la mujer; la pareja del mismo sexo que hubiera convivido por más de dos años, y los herederos en caso de fallecimiento de alguno de ellos.

Medidas cautelares

Como las pretensiones afectan derechos reales radicados en la persona del demandado, proceden en su caso, la inscripción de la demanda para los bienes sujetos a registro, y el secuestro de bienes muebles no sujetos a registros y que se adquieran durante la vigencia de la unión marital de hecho.

Trámite: proceso ordinario de mayor cuantía (con la modificación de la ley 1395 de 2010, el trámite correspondiente es el del proceso verbal de mayor y menor cuantía, atiende a la naturaleza del asunto).

Parte resolutive de la sentencia

Se declara la existencia de la unión marital de hecho; se fija la cuota alimentaria para el compañero permanente que carece de bienes para atender a su subsistencia; se ordena la inscripción de la sentencia en el folio de nacimiento de los interesados.

Si además fue solicitada la declaración de la sociedad patrimonial:

Se declara la existencia de la sociedad patrimonial entre los compañeros permanentes, desde la iniciación de la unión marital de hecho hasta la fecha de la ocurrencia de la causal que originó el proceso; y si se hubiere solicitado en la demanda su disolución, así se declarará y se ordena la liquidación de la misma.

Para la liquidación de la sociedad patrimonial, los interesados pueden acudir al trámite notarial, o al proceso de jurisdicción voluntaria, en caso de mediar acuerdo mutuo, de lo contrario se acudirá al trámite liquidatorio, el que se surtirá ante el mismo juez que adelanta el proceso.

“Por otra parte, y quizás en esto haya una razón bastante más apreciable, ha de verse en ello un trato desnivelado; sábese que para contraer segundas nupcias lo más que exige la ley es que, y sólo por salvaguardar los intereses de los hijos menores, se confeccione previamente un inventario solemne —cosa extensible cuando en vez de un nuevo matrimonio se quiere formar la unión marital de hecho, según sentencia C-289 de 2000—; pero no demanda, a buen seguro porque lo sabe anodino, que la sociedad conyugal anterior esté liquidada; se conforma con que apenas esté disuelta. Demandar más, e innecesariamente, por el sólo hecho de no observar la forma matrimonial, compromete el trato igualitario a que aspira la Constitución; e incluso en la misma Ley 54 puede palpase la disparidad (art. 5º b) en cuanto conviene ella en que el sólo hecho del matrimonio de uno de los

compañeros disuelve la sociedad patrimonial, lo que es admitir que la sociedad conyugal podría emerger sin necesidad de liquidarse la patrimonial”.⁹

Respecto de la fecha de iniciación de la sociedad patrimonial, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 28 de octubre de 2005 consideró que puede ser en tiempo anterior al de la vigencia de la ley, por lo que se presenta en este caso el fenómeno de la retrospección de la misma (Magistrado Ponente. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo).

4.6.2 Acciones de estado¹⁰

La filiación da lugar a dos clases de acciones:

- a) De reclamación, las que se encaminan a obtener el reconocimiento de la calidad de padre, madre o de hijo y en general, de un determinado estado civil.
- b) De impugnación, las que buscan establecer que una persona no tiene el estado civil del que se encuentra en posesión aparentemente

4.6.2.1 Acciones de reclamación de estado

1º) Filiación extramatrimonial

- a) Cuando se trata de filiación extramatrimonial reclamada por menores de edad se acude al trámite del proceso verbal de mayor y menor cuantía en consideración a su naturaleza, con aplicación del que señala la ley 721 de 2001, y tendrá el carácter de preferente.

En los procesos de filiación la competencia la tiene el juez de familia del domicilio del menor, conforme lo señala el artículo 5º, parágrafo 1º, numeral 2º del decreto 2272 de 1989: los jueces conocen en primera instancia de la investigación e impugnación de la paternidad y maternidad.

Legitimación activa Genérica

Son titulares de la acción de investigación:

- a) El menor de edad por conducto de su representante legal;
- b) El mayor de edad en forma directa;
- c) La persona que haya tenido el cuidado de la crianza o educación del menor;

⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 10 de septiembre de 2003. Magistrado Ponente. ARDILA VÁSQUEZ, Manuel Isidro.

¹⁰ CARDONA GALEANO, Pedro Pablo. “Manual de Derecho Procesal Civil”. Tomo II, Parte Especial. Editorial Leyer, Bogotá, 2007, ps. 81 y ss

- d) El Ministerio Público;
- e) El defensor de familia;
- f) Los descendientes y los ascendientes en caso de de fallecimiento del hijo.

Legitimación pasiva

Esta acción se dirigirá contra el presunto padre, si se encuentra vivo. Si éste hubiere fallecido la acción se dirigirá contra sus herederos y el cónyuge o compañero permanente.

A) Demanda, admisión y traslado

Presentada la demanda por la persona legitimada para ello, con todos los requisitos legales, el juez competente la admite y procederá a su notificación al demandado en legal forma.

En el mismo auto admisorio se ordenará la práctica de la prueba a que hace referencia el artículo 1º, que modifica el artículo 70 de la ley 75 de 1968, y con el resultado en firme se procede a dictar sentencia.

El término de traslado de la demanda es de 8 días hábiles para que la parte demandada la conteste y proponga los demás medios de defensa pertinentes. En el acto de la notificación, el juez le advertirá al demandado sobre los efectos de la renuencia a comparecer a la práctica de esta prueba

B) Material probatorio

La ley 721 de 2001 introdujo algunos cambios en esta materia que busca llegar a la verdad real con un grado de alto acierto.

a) Exámenes científicos

El artículo 7º de esta ley ya citado dispuso que en todos los procesos encaminados a establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%.

Los laboratorios legalmente autorizados para la práctica de estos experticios deberán estar certificados por autoridad competente y de conformidad con los estándares internacionales.

Mientras los desarrollos científicos no ofrezcan mejores posibilidades, se utilizará la técnica del ADN con el uso de los marcadores genéticos necesarios para alcanzar el porcentaje de certeza.

El informe que se presente al juez deberá contener como mínimo, los siguientes datos:

- a) Nombre e identificación completa de quienes fueron objeto de la prueba;
 - b) Valores individuales y acumulados del índice de paternidad o maternidad y probabilidad;
 - c) Breve descripción de la técnica y el procedimiento utilizado para rendir el dictamen;
 - d) Frecuencias poblacionales utilizadas;
 - e) Descripción del control de calidad del laboratorio.
- b) Procedimiento en los casos de presunto padre o presunta madre o hijo fallecidos, ausentes o desaparecidos

En los eventos anteriores, la persona jurídica o natural autorizada para realizar una prueba con marcadores genéticos de ADN en orden a establecer la paternidad o maternidad utilizará los procedimientos que le permitan alcanzar una probabilidad de parentesco superior al 99.99% o demostrar la exclusión de la paternidad o maternidad.

Para los casos donde no se alcancen estos valores, la persona natural o jurídica que realice la prueba deberá notificarle al solicitante que los resultados no son concluyentes.

Si se llegare a decretar la exhumación de un cadáver, ésta será autorizada por el juez del conocimiento, y la exhumación correrá a cargo de los organismos oficiales correspondientes independientemente de la persona jurídica o de la persona natural que vaya a realizar la prueba.

En este proceso de exhumación deberá estar presente el juez de conocimiento o su representante. El laboratorio encargado de realizar la prueba ya sea público o privado designará a un técnico que se encargará de seleccionar y tomar adecuadamente las muestras necesarias para la realización de la prueba, preservando en todo caso la cadena de custodia de los elementos que se le entregan.

- c) Traslado y contradicción del resultado del examen con marcadores genéticos de ADN.

De este resultado se correrá traslado a las partes por tres (3) días, las cuales podrán solicitar dentro de este término la aclaración, modificación u objeción conforme lo establece el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil.

Si una de las partes solicita nuevamente la práctica de la prueba deberá asumir los costos; en caso de no asumirlo no se decretará la prueba. Para este efecto, el juez conforme lo establece el artículo 236 del C. de P.C., señalará el término dentro del cual deberá suministrar lo necesario

Si se presentare adulteración o manipulación en el resultado de la prueba, los partícipes se harán acreedores a las sanciones penales correspondientes.

En los procesos a que hace referencia la presente ley, el costo total del examen será sufragado por el Estado, sólo cuando se trate de personas a quienes se les haya concedido el amparo de pobreza. En los demás casos correrá por cuenta de quien solicite la prueba.

d) Renuencia a la práctica de la prueba

En este caso el juez del conocimiento hará uso de todos los mecanismos contemplados por la ley para asegurar la comparecencia de las personas a las que se les debe realizar la prueba. Agotados todos estos mecanismos, si persiste la renuencia, el juez del conocimiento de oficio y sin más trámites mediante sentencia procederá a declarar la paternidad o maternidad que se le imputa.

e) Otros medios probatorios

Sólo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, el juez decretará pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente.

f) Costo de la prueba

En los procesos a que hace referencia la presente ley, el costo total del examen será sufragado por el Estado, sólo cuando se trate de personas a quienes se les haya concedido el amparo de pobreza. Para conceder el amparo de pobreza bastará el juramento. En los demás casos correrá por cuenta de quien solicite la prueba.

g) Pruebas para asuntos accesorios

Cuando además de la filiación el juez tenga que tomar las medidas del caso en el mismo proceso sobre asuntos que sean de su competencia, podrá de oficio decretar las pruebas pertinentes, para ser evacuadas en el término de diez (10) días, el expediente quedará a disposición de las partes por tres (3) días para que presenten el alegato sobre sus pretensiones y argumentos; el juez pronunciará la sentencia dentro de los cinco (5) días siguientes.

C) Firmeza del resultado y la etapa decisoria

Una vez en firme el resultado de la prueba, si con esta se demuestra la paternidad o maternidad, el juez procederá a decretarla; en caso contrario se absolverá al demandado o demandada.

Si en la sentencia que se dicte en este trámite especial y preferencial se establece la paternidad o maternidad, el juez en la misma providencia, que prestará mérito ejecutivo, dispondrá la obligación para quien haya sido encontrado padre o madre, de reembolsar los gastos en que hubiere incurrido la entidad determinada por el Gobierno Nacional para asumir los costos de la prueba correspondiente.

La disposición contenida en el párrafo anterior se aplicará sin perjuicio de las obligaciones surgidas del reconocimiento judicial de la paternidad o la maternidad a favor de menores de edad.

b) Filiación reclamada por el hijo extramatrimonial mayor de edad

A) Trámite

El trámite al que acudía era el del proceso ordinario de mayor cuantía. Con la ley 1395 de 2010, éste será el del proceso verbal de mayor y menor cuantía por la naturaleza del asunto. El demandante formula su pretensión que busca la demostración del vínculo de consanguinidad que lo une con el presunto padre extramatrimonial.

Al igual que en el anterior trámite (filiación extramatrimonial cuando el interesado es menor de edad), tendrá lugar la práctica de la prueba científica de ADN, como prueba única para demostrar o descartar la paternidad, no obstante no existir norma expresa.

B) Competencia

El competente lo será el juez de familia o promiscuo de familia y en forma excepcional el juez del circuito, en evento de no existir ninguno de los anteriores, del domicilio del demandado.

C) Legitimación activa y pasiva para demandar y ser demandado

Intervendrán como partes el presunto hijo extramatrimonial que formula su pretensión contra el presunto padre o sus herederos en caso de fallecimiento de este; para este último caso la demanda deberá ser notificada a los herederos dentro de los dos años siguientes a la muerte del causante para que la filiación tenga efectos patrimoniales.

D) Conciliación extraprocésal

No procede en virtud a que se ventilan pretensiones de carácter extramatrimonial, y para este caso las partes no pueden disponer del derecho controvertido que recae sobre el estado civil de las personas.

E) Improcedencia del amparo de pobreza

No procede el amparo de pobreza cuando se trata de las erogaciones que hace el Estado para la obtención de la prueba de ADN. De ahí que el costo de estas pruebas correrá por cuenta de las partes.

F) Acumulación de pretensiones

Es viable acumular otras pretensiones a la de filiación extramatrimonial, como por ejemplo, la de petición de herencia, la reivindicatoria, la reforma del testamento, etc.

G) Parte resolutive de la sentencia

La sentencia favorable al demandante en su parte resolutive, contendrá:

- a) Declara que el demandante es hijo extramatrimonial del demandado;
- b) Ordena al funcionario competente del registro civil de las persona la inscripción de la sentencia en el folio de nacimiento del actor;
- c) Se pronuncia sobre las demás pretensiones acumuladas, si a ello diere lugar.

4.6.2.2 Acciones de impugnación de estado¹¹

1º) Impugnación de la paternidad o la maternidad

El artículo 213 del C.C. modificado por el artículo 1º de la ley 1060 de 2006 señala que el hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padre a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se demuestre lo contrario en un proceso de investigación o impugnación de la paternidad.

Las acciones de impugnación se caracterizan por ser negativas, ya que buscan destruir un determinado estado civil que no se tiene en realidad, como sucede con las impugnaciones de paternidad legítima, maternidad legítima, filiación legítima.

El artículo 214 del C.C., modificado por el artículo 2º de la ley 1060 de 2006 estableció que el hijo que nace después de expirado los ciento ochenta días

¹¹ ESCOBAR VÉLEZ, Edgar Guillermo. Op. Cit., ps. 171 y ss.

subsiguientes al matrimonio o a la declaración de la unión marital de hecho, se reputa concebido en el vínculo y tiene por padres a los cónyuges o a los compañeros permanentes, excepto en los casos siguientes:

1 Cuando se demuestre por parte del padre o del compañero permanente por cualquier medio que él no es el padre.

2 Cuando en proceso de impugnación de paternidad mediante prueba científica se desvirtúe esta presunción, en atención a lo consagrado en la ley 721 de 2001.

Legitimación activa

Pueden intentar la impugnación:

a) El cónyuge, compañero permanente, la madre dentro de los ciento cuarenta días siguientes a aquél en que tuvieron conocimiento de que no es el padre o madre biológicos.

La residencia del marido en el mismo lugar de nacimiento del hijo, hará presumir que lo supo inmediatamente, a menos de probarse que por parte de la mujer ha habido ocultamiento de parto (artículo 217).

b) Parientes cuando el marido o la madre no alcanzan a impugnar la paternidad o la maternidad del hijo dentro del término de ciento cuarenta días.

Esta acción la pueden ejercer los herederos desde el momento en que conocieron del fallecimiento del padre o de la madre o con posterioridad a ésta; o desde el momento en que conocieron del nacimiento del hijo; si no se encuentran en los casos anteriores, el término para impugnar será de ciento cuarenta días. Este derecho cesará si el padre o la madre hubieren reconocido de manera expresa al hijo como suyo en acto testamentario o en otro documento público.

Excepción de ilegitimidad

El inciso final del artículo 219 del C.C., señala que si los interesados hubieran entrado en posesión efectiva de los bienes sin contradicción alguna del pretendido hijo, podrán oponerle la excepción en cualquier tiempo que él o sus herederos le disputaren sus derechos.

Esta excepción constituye el medio que se otorga a quienes no impugnaron o no pudieron impugnar la legitimidad y que persigue impedir los efectos patrimoniales que se puedan llegar a derivar del estado civil, pero no entrar a debatirlo.

Son requisitos para su prosperidad los siguientes:

1. Que el presunto padre no lo hubiera reconocido como hijo suyo en testamento o en otro instrumento público.

2. Que se proponga en forma expresa y se demuestre la ilegitimidad de quien reclama, con los mismos hechos que serían materia de prueba en una acción de impugnación.

3. Que con anterioridad no se hubiere ejercido acción de impugnación desfavorable a quien impugna

4. Que el excepcionante hubiere entrado en posesión efectiva de los bienes sin contradicción del pretendido hijo. La posesión implica la adjudicación de los bienes en proceso o trámite de liquidación de herencia.

5. Que el pretendido hijo del vínculo, que tendrá la calidad de tal, reclame los derechos que le corresponde, en proceso donde posiblemente hubiere formulado la pretensión de petición de herencia, toda vez que se trata de una excepción.

Los ascendientes del padre o la madre tendrán derecho para la impugnación de la paternidad o maternidad, aún sin tener parte alguna en la sucesión de sus hijos, pero solamente podrán intentar la acción con posterioridad a la muerte de éstos y dentro del plazo señalado en la ley, ciento cuarenta días al conocimiento de la muerte de los citados progenitores.

Sobre el fenómeno de la caducidad se señalan los siguientes aspectos¹²:

Aunque el estado es imprescriptible, el legislador señala términos para el ejercicio de las acciones de impugnación (artículos 217,221, 222,335, 337 del C.C., entre otros).

Tales plazos no implican prescripción sino caducidad del derecho. Por lo anterior, si el término se encuentra vencido el juez en el primer auto rechazará de plano la demanda; igualmente puede declararla probada de oficio, tal como lo señala el artículo 306 del C. de P.C. El término para la impugnación, como se ha señalado es de ciento cuarenta días.

c) Toda persona a quien la pretendida legitimidad le irroque perjuicio actual. Debe entenderse en sentido económico.

d) En cualquier tiempo, conforme lo señala el artículo 217 del C.C., el hijo podrá impugnar la paternidad o maternidad.

2º) Otros casos de impugnación de la paternidad o maternidad

a) Impugnación de la legitimación

¹² CARDONA GALEANO, Pedro Pablo, Op., cit., ps, 123 y ss.

Esta impugnación puede tener origen cuando se trata de hijo concebido antes y nacido con posterioridad al matrimonio; o cuando se trata de hijos legitimados nacidos después del matrimonio.

Respecto del primer evento puede impugnar el marido (padre presunto), que debe demostrar en primer lugar la absoluta imposibilidad física para acceder a la mujer durante todo el tiempo en que pudo haberse presumido la concepción (artículo 237 del C.C.); y que no tuvo conocimiento de la preñez de la madre al tiempo de contraer matrimonio, siempre que por actos positivos no haya manifestado reconocer como suyo al hijo.

Fallecido el presunto padre sin haber alcanzado a impugnar y sin vencerse la oportunidad para impugnar, esta acción la podrán ejercer sus herederos, ascendientes y todas aquellas personas a quienes la legitimación les irrogare perjuicios.

El segundo evento se presenta cuando la legitimación opera ipso iure, y cuando se legitima por instrumento público.

Conforme lo señala el artículo 248 del C.C., pueden impugnar

1 Las personas que tengan y demuestren su interés actual. La oportunidad para ello es dentro de los ciento cuarenta días subsiguientes al momento en que conocieron la paternidad.

2 Los ascendientes de quienes se consideran con derechos, dentro de los ciento cuarenta días subsiguientes al momento en que conocieron la paternidad.

En ambos casos deberá probarse: a) que el hijo no ha podido tener por padre al que pasa por tal (impugnación de la paternidad); b) que el legitimado no ha podido tener por madre a la que se presenta como tal (impugnación de la maternidad).

Los ciento cuarenta días para la impugnación se computan desde que el interesado que va a impugnar se enteró que quien legitimó no es el padre.

El artículo 249 del C.C. señala que la legitimación mediante instrumento público podrá ser objeto de impugnación por el supuesto legitimado, o sus descendientes en caso de fallecimiento, por omisión de la notificación o de la aceptación al legitimado o a ellos mismos.

En este caso no se trata de una impugnación, “sino del desconocimiento de los efectos que de la legitimación pretenda valerse el legitimante, esto es el legitimado o sus descendientes harían inoponible esa legitimación. Debe ser así, porque esta no es un acto jurídico de formación bilateral, de una parte, y, de otra, en punto a

sus consecuencias, estará siempre incompleta mientras no se notifique como dispone la ley, y, si se ha notificado, en cuanto no se haya aceptado”¹³

b) Impugnación del reconocimiento de los hijos extramatrimoniales

Este reconocimiento es susceptible de impugnación. Con fundamento en el artículo 5º de la ley 75 de 1968 esta acción opera del mismo modo y por las personas que se encuentran legitimadas para la impugnación de la legitimación por instrumento público. Asimismo, los artículos 248 y 249 tienen aplicación. Por el primero de ellos, el reconocimiento podrá impugnarse con la prueba de que el reconocido no ha podido tener por padre a la persona que reconoce (reconociente); sólo serán oídos los que prueben un interés actual en ello, y los ascendientes del padre que reconoce. Todos cuentan con ciento cuarenta días, desde cuando tuvieron noticias del reconocimiento, aún cuando debiera ser desde el momento en que se conoce que quien reconoció no es el padre.

Por lo que atañe al artículo 249 debe señalarse que sólo el reconocido, y en el caso del artículo 244 sus descendientes llamados en forma inmediata al beneficio del reconocimiento, tendrían derecho para impugnarlo, debido a la omisión o la aceptación en la forma que señalan los artículos 240, 243 y 244 del C.C.

Conforme a lo previsto en el artículo 9º de la ley 45 de 1936, “la mujer que ha cuidado de la crianza de un niño, que públicamente ha proveído a su subsistencia y lo ha presentado como hijo suyo, puede impugnar el reconocimiento que un hombre ha hecho de ese niño, dentro de los sesenta días siguientes en que tuvo conocimiento de este hecho. En tal caso no se puede separar del lado de la mujer sin su consentimiento o sin que preceda orden judicial de entrega”. La anterior norma debe entenderse que se refiere a la mujer que no ha dado a luz, pero que se ha encargado de la crianza y educación y lo ha presentado como a su hijo, al igual que respecto a la verdadera madre. Aunque la norma pareciera ser especial, por lo que se mantiene el término de caducidad, aplicando el principio de igualdad se extendería a los ciento cuarenta días.

El reconocimiento de hijos extramatrimoniales se controvierte por medio de la acción de impugnación y no de nulidad. Lo que en último se debate es “una auténtica y genuina acción de impugnación de esa filiación, así se llame por el actor acción de nulidad del registro o de inoponibilidad o invalidez, pues lo que en el fondo prevalece e importa en todas ellas es que se declare judicialmente que es irreal el hecho afirmado en la partida”¹⁴

¹³ Parra Benítez, JORGE. “Derecho de Familia”. Editorial Temis, Bogotá, 2008, p. 388 y s.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 25 de agosto de 2000. Magistrado Ponente. BECHARA SIMANCAS, Nicolás.

Maternidad disputada. Reclamación e impugnación de la maternidad¹⁵

Acción de reclamación

Esta acción se dirige a lograr por la vía judicial el reconocimiento de la maternidad (hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, según lo señala el artículo 335 del C.C.), cuando el demandante se encuentra privado de dicha calidad, que es la que en derecho le corresponde. Para establecerla se requiere de dos elementos que la integran:

- a) El parto de la madre supuesta en una determinada fecha; y
- b) La identidad del hijo cuya filiación es discutida con el hijo cuyo nacimiento se encuentra demostrado.

A tal fin se llega con las siguientes pruebas:

Actas de inscripción del nacimiento, posesión notoria y declaraciones de testigos que hubieren presenciado este estado civil.

Acción de impugnación

Esta acción se encamina a la obtención judicial de la declaración de que un individuo, cuyo estado se encuentra en discusión, no nació de la mujer señalada como su madre. Para establecerla se requiere demostrar que “hubo falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero”, tal como lo señala el artículo 335 del C.C

Si los elementos de la maternidad son el parto y la identidad del producto de éste, ella puede impugnarse probando uno de los dos extremos, o ambos al mismo tiempo.

- a) Que hubo suplantación de parto, vale decir, que a pesar de la declaración que se hizo ante el funcionario respectivo del registro del estado civil, no existió el parto atribuido a determinada mujer; y
- b) que el ser humano que nació de un parto determinado es diferente del que en la actualidad se encuentra protegido por esa maternidad aparente, como lo señaló la Corte Suprema de Justicia¹⁶

4.6.3 Otros procesos declarativos de familia

Atendiendo a derechos sucesorales

¹⁵ CARDONA GALEANO, Pedro Pablo. Op.,cit., p. 126

¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 28 de marzo de 1984

- 1 Nulidad y validez del testamento
- 2 Reforma del testamento
- 3 Desheredamiento
- 4 Indignidad o incapacidad para suceder
- 5 Petición de herencia
- 6 Reivindicación por el heredero de cosas hereditarias
- 7 Controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o abintestato o por incapacidad de los asignatarios

Sobre régimen económico del matrimonio

1. Rescisión de la partición por lesión y nulidad de la misma
2. Acciones que resulten de la caducidad, inexistencia o nulidad de las capitulaciones matrimoniales
3. Revocación de la donación por causa del matrimonio
4. El litigio sobre la propiedad de bienes, cuando se discuta si estos son propios o de uno de los cónyuges o si pertenecen a la sociedad conyugal
5. Controversias sobre la subrogación de bienes o las compensaciones respecto de los cónyuges y a cargo de la sociedad o a favor de esta o a cargo de aquellos en caso de disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

4.6.3.1 Acciones del heredero para recuperar bienes de la herencia¹⁷

4.6.3.1.1 Proceso de petición de herencia

Finalidad

Este proceso persigue que quien pretenda igual o mejor derecho que los adjudicatarios de los bienes de la herencia y que no intervinieron en el trámite de la liquidación de herencia del causante, obtenga la declaración de ser heredero de igual o de mejor derecho, al igual que se declare con derecho a la herencia en la cuota correspondiente, y que se rehaga la partición con el fin de que distribuya el acervo hereditario en la proporción ordenada en la ley y finalmente se ordene la restitución al demandante la cuota que por ley le corresponde.

En este proceso el actor puede acumular a la pretensión de petición de herencia la de reivindicación.

Requisito de procedibilidad

Como no está en discusión el estado civil de las personas y tratarse de un asunto de carácter patrimonial, se debe agotar el trámite de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad.

¹⁷ CARDONA GALEANO, Pedro Pablo., Op., cit., ps. 131 y ss.

Legitimación

Los herederos que pretenden tener igual o mejor derecho (activa) que quienes tienen la calidad de adjudicatarios de los bienes herencias (pasiva).

Competencia y trámite

Juez de familia o juez promiscuo de familia. Si no existen los anteriores le corresponde conocer al juez de familia o promiscuo de familia del lugar donde se tramitó el proceso de sucesión, conforme lo señala el numeral 15 del artículo 23 del C. de P.C.

Atendiendo al valor de los bienes objeto de controversia el trámite será el ordinario, mayor, menor o mínima cuantía (en la actualidad, en los términos de la ley 1395 de 2010, el trámite será el del proceso verbal de mayor y menor cuantía o verbal sumario, dependiendo de la cuantía de la demanda).

Significa lo anterior que el juez civil o promiscuo municipal que conoció el proceso de sucesión sería el competente para conocer del proceso de petición de herencia.

Si esta acción se formula acumulada al de filiación extramatrimonial la competencia se radica ante el juez de familia o promiscuo de familia atendiendo al factor territorial, fuero general o personal.

Parte resolutive de la sentencia

La sentencia favorable al demandante declarará que el demandante es heredero de igual o de mejor derecho que el ostentado por los demandados; lo reconoce como heredero del causante en el grado que determina la ley; ordena rehacer la partición para su inclusión en ella y se le asignen los derechos hereditarios correspondientes; ordena al demandado la restitución de los bienes a que tiene derecho el demandante, si esta petición fue solicitada en la demanda.

Aspectos sustanciales y procesales de la acciones de filiación extramatrimonial y de petición de herencia

La acción de petición de herencia tiene como características las siguientes: real, universal, absoluta indivisible, de naturaleza especial, patrimonial, personal, contenciosa y privada

a) Caducidad de los efectos patrimoniales

El artículo 10 de la ley 75 de 1968 señala que al morir el padre la acción de investigación de paternidad podrá adelantarse contra sus herederos y cónyuge y que la sentencia solo producirá efectos jurídicos de carácter patrimonial sino a

favor o en contra de quienes hayan sido parte en el proceso, y únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción.

b) Consideraciones sobre la anterior disposición

1 Su compatibilidad con el artículo 90 del C. de P.C.

Este artículo hace inoperante la caducidad con la sola presentación de la demanda, bajo la condición de que el auto admisorio de la demanda se notifique al demandado dentro del año siguiente a la notificación al demandante de dicha providencia, ya que pasado este término, los efectos mencionados solo se producirán con la notificación al demandado.

2 Clase de litisconsorcio

El cónyuge al igual que los herederos del causante vinculados al proceso como demandados integran un litisconsorcio de índole facultativo por pasivo.

3 Los dos años operan respecto de las defunciones del padre y del hijo

4 La caducidad de los efectos patrimoniales opera solamente frente a la sucesión del padre

5 La caducidad de los efectos patrimoniales no impide la declaración de filiación extramatrimonial

6 La transacción en la acción de filiación extramatrimonial con la acumulación de la petición de herencia es viable solo en relación a sus efectos patrimoniales.

7 Procedencia de la caducidad

Si una persona adquiere la calidad de heredero después de transcurridos los dos años del fallecimiento del causante, no opera frente a él, el término de caducidad de los efectos patrimoniales de la sentencia que declara la paternidad.

4.6.3.2 Proceso de reivindicación de los bienes herenciales

Este proceso busca la recuperación de bienes gerenciales que se encuentran ocupados por un tercero para que retornen a la sociedad conyugal o a la masa herencia, según se trate.

Esta acción se encuentra consagrada en el artículo 1325 del C.C. y solamente la puede promover el heredero o cónyuge contra terceros a quienes se les hubiera transferido bienes de la herencia susceptibles de reivindicación. Por lo anterior no es dable adelantar esta acción contra el heredero putativo o que ocupa la herencia en calidad de heredero, sino contra el tercero poseedor de cosas hereditarias en virtud de enajenaciones llevadas a cabo por el cónyuge sobreviviente o cualquiera

de los herederos. Esta acción reivindicatoria es diferente a la que consagra el C.C. en su Título XII del Libro II del C.C.

El título de dominio para que el iure hereditario adelante la acción reivindicatoria está dado por las hijuelas que integran las adjudicaciones del trabajo de partición en el trámite de la liquidación de la herencia o de la sociedad conyugal.

La conciliación extraprocésal es requisito de procedibilidad por tratarse de un asunto de carácter patrimonial

Parte resolutive de la sentencia favorable a la parte demandante

Esta parte resolutive contendrá la declaración de que los bienes perseguidos en reivindicación pertenecen a la sucesión o a la sociedad conyugal; la orden al demandado para que restituya los bienes con el fin de que entren a formar parte de la herencia o de la sociedad conyugal; el reconocimiento y la orden de pago de las prestaciones mutuas que se deban las partes.

4.7 OTROS PROCESOS DECLARATIVOS DE FAMILIA EN DISPOSICIONES ESPECIALES

El artículo 23 la ley 1395 de 2010 elimina del C. de P.C., la titulación siguiente:

Título XII
Proceso Abreviado
Capítulo II
Disposiciones Especiales

Por su parte, el artículo 24 de la misma incorpora el contenido del Capítulo II, "Disposiciones Especiales", artículos 415 a 426, del Título XXII "Proceso Abreviado", al Capítulo III "Disposiciones Especiales", del Título XXI "Trámite especial de los procesos declarativos".

4.7.1 Proceso de Rendición de Cuentas

4.7.1.1 Generalidades

En los asuntos relacionados con los procesos de familia, el proceso de rendición de cuentas en sus dos modalidades (provocada y espontánea), es el único que se adelantaba por el trámite del proceso abreviado.

El artículo 5º del decreto 2272 de 1989, en su numeral 5º (competencia de los jueces de familia en primera instancia) hace referencia a la rendición de cuentas sobre la administración de los bienes del pupilo por parte del curador y las de los consejeros o administradores. Además de los anteriores asuntos se presentan otros que se relacionan con el proceso abreviado de familia como el de las

cuentas rendidas por el albacea que al dejar su cargo, debe dar cuentas de su administración justificándolas, tal como lo contempla el artículo 1366 del C.C.

En los casos anteriores, la obligación de rendir cuentas se debe cumplir ante el mismo juez que conoce el proceso donde fue designado o cuando terminado éste se mantienen las causas para su rendición y el guardador no las rinde voluntariamente, o cuando sea removido o se retira del cargo. Surtido este trámite si los interesados rechazan las cuentas, el juez declarará terminada la actuación para que se rindan en proceso separado. A la misma consecuencia se llega cuando el curador, consejero o administrador no las rinde dentro del término que el juez señale.

En el curso del proceso de sucesión, si el albacea con tenencia de bienes o el heredero que administra los bienes de la herencia no rinde cuentas, o cuando rendidas éstas los herederos las rechazan, la rendición de cuentas se surtirá en proceso declarativo.

4.7.1.2 Trámites

Para la rendición de cuentas no existe trámite uniforme, en virtud a que unas veces debe acudirse a proceso autónomo (rendición de cuentas) y otras a un trámite incidental en el proceso donde se hizo la designación.

Para la rendición de cuentas se acude a dos trámites¹⁸

a) Cuando se exige a ciertas personas que desempeñan determinados cargos que conllevan administración de bienes, entre otros, curadores, consejeros y administradores, quienes al terminar sus cargos por cualquier causa, se encuentran obligados a rendir cuentas comprobadas de su administración.

En los anteriores eventos si las cuentas no se rinden en forma espontánea, el juez de oficio o a petición de parte, podrá ordenar la rendición de cuentas de la administración en el término que le señale, que no excederá de veinte días.

Rendidas las cuentas se da traslado de ellas a los interesados (partes o herederos) por el término de diez días. Durante el término de traslado puede ocurrir. 1) Que los interesados las acepten o guarden silencio. En estos casos el juez las aprobará y ordenará el pago del saldo que resulte a favor o a cargo del guardador, consejero o administrador. 2) Que las cuentas sean rechazadas. En este evento el juez declarará terminada la actuación y queda abierta la vía para que se adelante el proceso abreviado de rendición de cuentas, en cualquiera de sus clases. Igualmente cuando no las rinde oportunamente.

¹⁸ CARDONA GALEANO, Pedro Pablo. Op., cit., ps. 204 y ss.

4.7.1.2.1 Rendición provocada de cuentas

Conciliación extraprocesal

En este proceso la conciliación de esta naturaleza no viene a constituir requisito de procedibilidad. Lo anterior obedece a que en la mayoría de los casos intervienen personas incapaces, como sucede con la gestión encomendada a curadores, administradores y consejeros; y para todos estos eventos no es dable la negociación de las cuentas; lo anterior obedece a que con en este trámite se busca que la persona obligada a rendir las cuentas de su gestión presente los resultados reales y fidedignos de su encargo, el que consiste en la administración de bienes de incapaces (o de herederos, se agrega).

Objeto

Este proceso persigue que el guardador, consejero o administrador (o albacea con tenencia de bienes) del incapaz rindan cuentas de su gestión cuando no lo hubieran hecho en las oportunidades que la ley señala, o presentadas las cuentas los interesados las rechazan.

Partes

Como parte demandante intervienen el pupilo por conducto de su representante legal, los herederos, cónyuge sobreviviente, terceros que acrediten un interés actual. La demanda se dirigirá contra el guardador del incapaz, administrador o consejero, el albacea con tenencia de bienes, el heredero o cónyuge sobreviviente que administra la herencia.

Competencia

Le corresponde conocer de este proceso al Juez de familia o promiscuo de familia del domicilio del incapaz o del domicilio del causante; para este último caso respecto del albacea con tenencia de bienes o herederos que administran bienes del causante.

El artículo 46 de la ley 1306 de 2009 en lo referente a la “unidad de actuaciones y expedientes”, señala en su inciso 2º que “cuando sea necesario adelantar un proceso por cuestiones patrimoniales del pupilo, responsabilidad civil o por cambio de domicilio ante un juez distinto del que declaró la interdicción, deberá solicitarse la copia del expediente para dar curso a la actuación.

Trámite

Requisito especial de la demanda

En la demanda deberá indicarse bajo juramento que se entenderá prestado por la presentación de este escrito, el saldo que resulte a favor o a cargo de una de las partes.

Si la demanda reúne los requisitos legales, el juez la admitirá y ordena su notificación al demandado en la forma prevenida en los artículos 315 a 320 del C. de P.C. La cuantía se determinará por el valor a que ascienden las cuentas según estimación que haga el demandante, bien en la rendición provocada o en la que se manifiesta en forma espontánea, con lo cual el término de la demanda será el señalado para el proceso verbal de mayor y menor cuantía o el verbal sumario).

Conductas del demandado

a) Negativa

En este evento el demandado ni se opone, ni formula excepciones previas, ni objeta la estimación hecha por el demandante bajo juramento. El juez dictará un auto de acuerdo con dicha estimación, el cual presta mérito ejecutivo.

b) Positiva

1ª) Formula excepciones previas. Se tramitarán y decidirán conforme a la parte general del C. de P.C., artículos 98 y 99.

2ª) Objeta la estimación. El juez dictará auto que ordena al demandado rendir las cuentas, y le concederá un término prudencial para que las presente con su soporte documental.

3ª) El demandado se opone a la rendición de cuentas solicitada por el demandante. Esta conducta procesal del demandado constituye la verdadera controversia, la que se decidirá en la sentencia que la pone fin a la primera instancia. Si se accede a las pretensiones de la demanda, el juez señalará un término prudencial para que las presente con sus respectivos documentos.

Parte resolutive de la sentencia

Si la sentencia accede a las pretensiones de la demanda en ella declarará que el demandado está obligado a rendir cuentas; en consecuencia fija el término prudencial para que las presente con los documentos que le sirvan de soporte y ordena el pago que resulte a favor de cualquiera de las partes

Trámite posterior a la sentencia

De las cuentas rendidas se dará traslado a la parte demandantes por el término que no puede exceder de veinte días. Dentro de este término el demandante puede guardar silencio, es decir no las objeta, lo que implica su aceptación tácita. Esta conducta da lugar a que el juez dicte auto aprobándolas y ordena que se

pague la suma que resulte a favor o a cargo de una de las partes. Este auto prestará mérito ejecutivo y no es susceptible de recurso alguno.

Si el demandante formula objeciones a las cuentas rendidas por la parte contraria se le dará el trámite incidental y se decidirá en sentencia; en ella se fijará el saldo que resulte a favor o a cargo de una de las partes y se ordenará su pago.

En este proceso no es procedente la audiencia de conciliación que regula el artículo 101 del C. de P.C.

4.7.1.2.2 Rendición espontánea de cuentas

Objeto

El proceso busca que el curador, consejero, administrador, albacea con tenencia de bienes, etc., presente las cuentas de su gestión ante la obligación de rendirlas, bien ante la no exigibilidad por parte de los interesados o ante la negativa de estos a recibirlas

Partes

En este proceso los extremos procesales se invierten frente a la rendición provocada de cuentas. Es el demandante el obligado a presentarlas y demandados las personas que deben recibirlas.

Conciliación extraprocetal

No procede esta clase de conciliación como requisito de procedibilidad por las mismas razones expuestas para el anterior proceso.

Competencia

Conocerá de este asunto el juez de familia o el juez promiscuo de familia del lugar del domicilio del demandado (pupilo) o del lugar donde se tramita la sucesión, en el caso del albacea con tenencia de bienes o del heredero que administra los bienes herenciales.

Trámite

La persona que considere tener la obligación de rendir cuentas y pretenda hacerlo sin que medie solicitud, deberá acompañarlas a la demanda. En esta clase de proceso se presentan diferentes conductas que asume el demandado.

Conducta negativa

El demandado no se opone a recibirlas, no las objeta o no formula excepciones previas, el juez las aprueba mediante auto que no es susceptible del recurso de apelación y que presta mérito ejecutivo.

Conducta positiva

Si por el contrario manifiesta no estar obligado a recibirlas, la controversia será resuelta en la sentencia. Si en esta el juez ordena recibirlas se le concede un término de traslado de diez días al demandado, término dentro del cual puede guardar silencio, en cuyo caso, las aprueba y ordena el pago de la suma que resulte a favor o cargo de una de las partes. Si el demandado formula objeciones se tramitará el incidente, el que se decide mediante sentencia; en ella se fijará el saldo que resulte a favor o cargo del demandado y se ordenará su pago.

Parte resolutive de la sentencia

En el evento en que el demandado alegue que no está obligado a recibirlas o las objeta la controversia se resuelve en la sentencia. Si la sentencia accede a las pretensiones de la demanda en ella dispondrá:

Que el demandado las reciba; fija el saldo a favor de cualquiera de las partes, y ordena el pago de la suma que resulte a favor de una de ellas.

Audiencia del artículo 101

Igual que para el proceso anterior, no procede.

4.7.2 Medidas Cautelares aplicables a las disposiciones especiales (artículos 415 a 426 del C. de P.C.).

Proceden medidas cautelares de acuerdo a la naturaleza de algunos de los asuntos referidos en el artículo 24 de la ley 1395 de 2010. No obstante a no tener aplicación a los procesos de familia, se relacionan a manera informativa.

4.7.2.1 Pago por consignación (artículo 429 del C. de P.C.)

La medida cautelar es el secuestro del bien ofrecido. Tiene lugar en dos eventos:

Cuando el demandado se opone a recibir el pago y cuando el demandante después de transcurridos dos días a partir de aquél en que se suministren las expensas para la notificación no se ha podido realizarla en forma personal.

4.7.2.2 Impugnación de actos de asambleas, juntas directivas o de socios (artículo 421 del C. de P.C.)

La medida cautelar es la suspensión del acto impugnado. Se requiere que el demandante la solicite, preste caución y que el juez considere pertinente ordenarla para evitarle perjuicios.

4.7.2.3 Declaración de bienes vacantes y mostrencos

La medida cautelar es el secuestro del bien. Se ordena en el auto admisorio de la demanda

4.7.2.4 Restitución de inmueble arrendado

Procede como medida cautelar el embargo y secuestro de bienes de propiedad del demandado. Para que el juez la decrete se requiere de la solicitud del demandante y que preste caución (artículo 35 de la ley 820 de 2003).

En este proceso procede igualmente la restitución provisional del inmueble arrendado conforme lo señala el artículo 36 de la ley 820 de 2003

4.8 DISPOSICIONES ESPECIALES EN PROCESOS VERBALES DE MAYOR Y MENOR CUANTIA Y VERBALES SUMARIOS DE FAMILIA

Estos asuntos se encuentran consagrados en el párrafo 1º del artículo 427 y atienden a su naturaleza.

4.8.1 Nulidad de matrimonio civil

4.8.1.1 Causales

Los casos de nulidad de matrimonio civil se encuentran consagrados en el artículo 140 del C.C., y en la ley 153 de 1887.

1º) Error en los contrayentes

Según lo señala el artículo 142 esta causal sólo podrá ser alegada por el contrayente que haya padecido el error, pero si el que lo padeció continuare cohabitando con posterioridad al conocimiento del error no habrá lugar a la causal.

2º) Edad

Varón menor de 14 años y mujer menor de 12 años

La Corte Constitucional en sentencia de fecha 25 de mayo de 2004 expresó que la edad de las mujeres debe fijarse en 14 años. El artículo 143 dispone que ésta causal puede intentarse por el padre o guardador del menor o menores; o por éstos con asistencia de un curador ad litem; más si se intenta cuando hayan

transcurrido tres meses después de llegar los menores a la pubertad, no habrá lugar a la nulidad, lo mismo que cuando la mujer aunque sea impúber haya concebido.

La Corte Constitucional en sentencia de enero 14 de 2010 declaró inexecutable esta última restricción. La razón: “la gravidez es una manifestación de la madurez biológica de la niña, pero no conduce a inferir, de forma automática, la madurez psicológica de los contrayentes menores de 14 años”¹⁹

3º) Falta de consentimiento de uno o de ambos cónyuges

El artículo 144 establece que sólo podrá alegarse esta causal por los contrayentes o por sus padres o guardadores. La ley consagra una presunción relacionada con la falta de consentimiento en los [furiosos locos, mientras permanecieren en la locura, y en los mentecatos a] quienes se haya impuesto interdicción judicial para manejar sus bienes. Pero los sordomudos podrán contraer válidamente, siempre que puedan expresar válidamente su consentimiento por signos manifiestos.

4ª) Derogado. Ley 57 de 1887, artículo 45. Subrogado. Ley 57 de 1887, artículo 13, inciso 1º. Cuando no se hubiere celebrado ante el juez y los testigos competentes.

5º) Cuando el matrimonio se hubiere contraído mediando fuerza o miedo suficientes para obligarlo a obrar sin libertad; la fuerza puede ser causada por el que quiere contraer matrimonio o por un tercero. La fuerza o miedo no vienen a constituir causal de nulidad del matrimonio si después de desaparecer la primera, se ratifica el matrimonio, bien con palabras expresas o por el hecho de la cohabitación de los contrayentes.

6º) Falta de consentimiento en la mujer por haber sido robada en forma violenta, a no ser que consienta en él estando por fuera del poder del raptor.

Dispone el artículo 145: “las nulidades a que se contraen los numerales 5º y 6º no podrán declararse sino a petición de la persona a quien se hubiere inferido la fuerza, causado el miedo u obligado a consentir.

No habrá lugar a la nulidad por las causas expresadas en dichos incisos, si después de que los cónyuges quedaron en libertad han vivido juntos por espacio de tres meses sin reclamar”.

¹⁹ “Matrimonio de impúberes puede anularse aunque la mujer haya concebido”. Corte Constitucional. Sent. C-008, de enero 14 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo. Esta demanda de inconstitucionalidad fue presentada por el estudiante de Derecho Alvaro Augusto Sanabria Rangel. En el periódico Cátedra Libre de la Universidad Industrial de Santander, Número 124 de marzo de 2010 aparecen consignados los motivos que lo llevaron a presentarla, entre ellos las enseñanzas de algunos de sus profesores de pregrado.

La Corte Constitucional en sentencia C-533 de mayo 10 de 2000 señaló que es exequible la causal de fuerza o miedo “bajo el entendido de que la cohabitación a que se refieren sea en todo caso voluntaria y libre, y dejando a salvo el derecho de demostrar, en todo tiempo, que ella no tuvo por objeto convalidar el matrimonio”.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-007 de 21 de enero de 2001, señaló que la causal 6ª puede invocarse por cualquiera de los cónyuges.

7º) [“Cuando se ha celebrado entre la mujer adúltera y su cómplice, siempre que antes de efectuarse el matrimonio se hubiere declarado, en juicio, probado el adulterio”].

Este numeral fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-082 del 17 de febrero de 1999.

8º) Cuando uno de los cónyuges ha matado o ha hecho matar al cónyuge con quien estaba unido en matrimonio anterior

Este numeral fue declarada executable por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 271 de 1 de abril de 2003, condicionada a que “se entiende que la nulidad del matrimonio civil por conyugicidio se configura cuando ambos contrayentes han participado en el homicidio doloso mediante sentencia condenatoria ejecutoriada; o también cuando habiendo participado solamente un contrayente, el cónyuge inocente proceda a alegar la causal de nulidad dentro de los tres meses siguientes al momento en que tuvo conocimiento de la condena”

9º) Por encontrarse los contrayentes en la misma línea de ascendientes o descendientes o son hermanos.

10) Derogado. Ley 57 de 1887, artículo 45. Subrogado. Ley 57 de 1887, artículo 13, inciso 2º. “Cuando se ha contraído por personas que están entre sí en el primer grado de la línea recta de afinidad legítima.

11) cuando se ha contraído entre el padre adoptante y la hija adoptiva, o entre el hijo adoptivo y la madre adoptante, o la mujer que fue esposa del adoptante

En sentencia C- 482 de 11 de junio de 2003, la Corte Constitucional declaró executable la expresión “o la mujer que fue esposa del adoptante”, siempre y cuando se entienda que la causal de nulidad allí prevista se extienda al matrimonio contraído entre la hija adoptiva y el que fue esposo de la adoptante.

12) Matrimonio anterior

Entendida esta causal como que el vínculo matrimonial anterior subsista, respecto del hombre o la mujer o de ambos.

4.8.1.2 Competencia

La competencia en el proceso de nulidad del matrimonio civil la tiene el juez de familia del domicilio conyugal anterior el demandante lo conserva; si no lo conserva el demandado, el fuero conyugal concurre con el fuero general o personal. Si ninguno conserva el domicilio conyugal, será competente el juez de familia del domicilio del demandado.

4.8.1.3 Trámite

El trámite de este proceso, al igual que los de divorcio, separación de cuerpos y de bienes, cuando existe controversia, se sujetara al del proceso verbal de mayor y menor cuantía. Atiende a la naturaleza del asunto.

Demanda y anexos

El escrito de introducción debe reunir los requisitos de toda demanda y se allegará el registro civil de matrimonio de los cónyuges como prueba de la existencia del mismo.

Partes e intervenciones

Los cónyuges tendrán la calidad de parte en este proceso

Intervenciones

Como partes

Además de los cónyuges, el Agente del Ministerio Público tendrá la calidad de tal, sólo cuando existan hijos menores, en ejercicio de una sus funciones, como la de defensor de incapaces (artículo 43 del C. de P.C.).

Fuera de la intervención del funcionario antes citado, la norma contempla como formas específicas de intervención, la de los padres o guardadores; en este último caso, los guardadores intervienen como representante legales de los cónyuges incapaces. La intervención de los padres procederá bajo la forma de coadyuvancia, o intervención adhesiva de terceros por tener los padres con los hijos incapaces (partes) una relación jurídica sustancial a los cuales no se les extiende los efectos jurídicos de la sentencia, pero que pueden llegar a afectarse desfavorablemente si tales hijos incapaces son vencidos, tal como lo señala el inciso 1º del artículo 52 del C. de P.C.

4.8.1.4 Medidas cautelares

De carácter personal

Alimentos

Desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte el juez entrará a regular la obligación alimentaria, la que se mira desde el punto de vista de los cónyuges entre si y en relación con los hijos comunes, sin perjuicio del acuerdo a que llegare las partes. Como lo señala la norma, la conciliación es procedente respecto de los alimentos, pero no frente a la causal de nulidad invocada.

Para el cobro de estos alimentos según lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 448 del C. de P.C., se acudirá al proceso ejecutivo de mínima cuantía, hoy proceso ejecutivo de mayor y menor cuantía, pero en única instancia en el mismo expediente y en cuaderno separado. En este evento se presentará una acumulación impropia de pretensiones por tener estas diferentes trámites (declarativa verbal de mayor y menor cuantía y la ejecutiva).

Examen médico para establecer el embarazo

Esta medida cautelar la ordena el juez a solicitud del marido y se contrae a la realización de examen ginecológico para establecer si la mujer se encuentra embarazada o no, con miras a evitar una suposición de parto.

De carácter real

Embargo y secuestro de bienes que pertenezcan a la sociedad conyugal y que se encuentren en cabeza del otro cónyuge. Si las medidas anteriores se practican sobre que bienes que pertenecen al demandado, éste podrá pedir el levantamiento de ellos, para lo cual se acudirá al trámite incidental. En tratándose de la causal 12 del artículo 140 del C.C., (existencia de vínculo matrimonial anterior), tales medidas no proceden ya que en este nuevo matrimonio no surgirá la sociedad conyugal. Estas cautelas deberán mantenerse hasta la ejecutoria de la sentencia; pero si como consecuencia de la misma, fuere necesario liquidar la sociedad conyugal, continuaran vigentes en este proceso de liquidación.

4.8.1.5 Parte resolutive de la sentencia (artículo 443 del C. de P.C).

- Se decreta la nulidad del matrimonio civil por la causal o causales invocadas.

-Se disuelve la sociedad conyugal.

-Dispone sobre la distribución de los hijos entre los padres, cuando no hubiere imposibilidad física o incompatibilidad moral para ello. Existiendo una u otra en ambos cónyuges, el juez confiara el cuidado personal de los hijos a otras personas, con sujeción a lo previsto en la ley sustancial.

- Fija la cuota con que cada cónyuge deba contribuir a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos, de acuerdo con la capacidad económica de aquellos siempre que en el proceso apareciere comprobada. Cuando solo uno

de los cónyuges estuviere económicamente capacitado, los gastos le serán impuestos a éste.

Si al momento de proferir sentencia se desconociere la capacidad económica de ambos cónyuges, el juez deberá fijar una cuota igual para los mismos, sin perjuicio de que cualquiera de ellos solicite posteriormente que se proceda a su regulación, la que se hará por el trámite incidental y en el mismo expediente.

- La condena al pago de perjuicios a cargo del cónyuge que por su culpa hubiere dado lugar a la nulidad del vínculo, a favor del otro, si este lo hubiere solicitado.

Es indispensable que se haya demostrado la cuantía de los perjuicios porque la condena ha de ser en concreto.

Respecto de la solicitud de pago de perjuicios se pueden presentar las siguientes situaciones²⁰:

a) Legitimación y oportunidad

El demandante puede hacerlo en su demanda; el demandado en el escrito de contestación.

b) Concurrencia de culpas

El juez considera que la gravedad de las culpas es igual: esa concurrencia puede llegar a reflejarse en una absolución de la condena a perjuicios. Si por el contrario estima que la gravedad de las culpas no es equivalente, la distribución de dichas culpas será diferente y proporcional a ellas.

Si no se puede determinar la gravedad de las culpas, debe aplicarse el mismo criterio utilizado por el legislador para los alimentos, vale decir, debe hacerse una división por partes iguales y condenar únicamente a la mitad de los perjuicios a la parte que no los sufrió; puede suceder que los dos cónyuges hayan incurrido en culpa y que también hubieran sufrido perjuicios, procederá la absolución de ambas, o puede el juez decretar una compensación parcial si considera que los perjuicios sufridos por una son superiores a los de la otra, aunque las culpas sean equivalentes, y que reconozca la diferencia de las circunstancias en cada caso.

-Si para la realización del matrimonio se incurrió en una conducta delictiva (presentar un documento falso, por ejemplo), el juez ordenará expedir las copias para remitirlas a la autoridad penal con el fin de que se investiguen los posibles ilícitos.

²⁰ DEVIS ECHANDIA, Hernando. "El Proceso Civil". Parte Especial. 7ª Edición, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1991, ps. 688 y s.

-La determinación de la persona a quien haya de hacerse el pago de la cuota con que los cónyuges deben contribuir al sostenimiento y educación de los hijos, teniendo en cuenta la distribución que de ellos se haga.

4.8.1.6 La ejecución de la sentencias eclesiástica de nulidad de matrimonio religioso en cuanto a sus efectos civiles

En firme la providencia proferida por la autoridad que decreta la nulidad del matrimonio religioso, ésta deberá comunicarse al juez de familia o promiscuo de familia del domicilio de los cónyuges para que decreta la ejecución en cuanto a los efectos civiles y ordene su inscripción en el registro civil. La providencia que dicta el juez para la homologación es una sentencia y se limita a comprobar si la providencia que contiene la anulación se encuentra en firme y ejecutoriada, más no al análisis de su contenido. Esta providencia, en virtud del numeral 4º de artículo 1820 del C.C., abre paso para que los cónyuges acudan al trámite notarial o al proceso de jurisdicción voluntaria, si media acuerdo entre los mismos para la liquidación de la sociedad conyugal; de lo contrario, para los mismos efectos acudirán al proceso de liquidación que consagra el artículo 625 del C. de P.C.

4.8.2. Proceso de divorcio

4.8.2.1 Contencioso

4.8.2.1.1 Competencia

Corresponde conocer de este proceso al juez de familia, en atención a la naturaleza del asunto del factor objetivo, y del lugar del domicilio conyugal, si lo conservan o lo conserva el cónyuge demandante, o el del demandado, si ninguno lo conserva, tal como lo prescribe el numeral 4º del artículo 23 del C. de P.C.

4.8.2.1.2 Causales

El artículo sexto de la ley 25 de 1992 estipuló las siguientes nueve causales de divorcio:

1. Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges.

Esta primera causal se refiere al adulterio, que contraría el art. 176 C.C. (Modificado Decreto 2870 del 74), en cuanto que “los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente, en todas las circunstancias de la vida”. El legislador determinó que con esta conducta desplegada por uno de los cónyuges se quebranta la comunidad matrimonial, y se erige en causal de divorcio.

El concepto de relación sexual extramatrimonial se extiende, según Devis Echandía²¹ a la simple intimidad sexual (por ejemplo, el estar desnudos o semidesnudos en maniobras lúbricas, aún cuando no se complete el acto sexual normal); este caso queda comprendido igualmente dentro de la causal 3ª. Las relaciones sexuales pueden darse entre personas del mismo sexo (homosexualismo, que incluye el lesbianismo).

2. El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres.

Esta causal no sufrió modificación alguna con la ley 25 de 1992. El legislador mira a las calidades mencionadas como generadoras de obligaciones; los esposos entre sí se encuentran obligados a cohabitar, a guardarse fe, a socorrerse y a ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida tal como lo expresa el artículo 176 del Código Civil.

Cuando uno de los cónyuges alega la falta del débito conyugal, salvo confesión, en la práctica resulta casi imposible su demostración, a no ser que hubiere existido abandono de hogar, porque bastaría invocar esta causal. Como se trata de una negación indefinida, al demandante se le exime de la carga de la prueba; el demandado por su parte se encuentra en imposibilidad de demostrar que si hubo tales relaciones sexuales, por lo que se entraría a exonerarlo de tal prueba²²

3. Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra.

Esta causal contempla la realización de tres conductas diferentes, a la vez que independientes.

Los ultrajes implican ofensas, injurias, desprecios, de obra o de palabra.

El trato cruel en su sentido amplio comprende tanto los actos físicos como lo de carácter moral. La causal se refiere a los actos de la última naturaleza, ya que los primeros se comprenden en el maltratamiento.

Los maltratamientos de obra hacen referencia a actos físicos que realiza uno de los cónyuge sobre el otro. En la práctica suele ocurrir que el cónyuge agredido acuda inmediatamente a la Comisaría de Familia para que un médico forense determine la magnitud del daño ocasionado a la integridad física del ofendido y la incapacidad que se derive del acto de agresión. Para preconstituir la prueba es conveniente que una vez sucedido el hecho se cite inmediatamente al cónyuge agresor y a los testigos que presenciaron los hechos.

²¹ Ibidem, p. 706

²² Ibidem, p. 708. Se trata de un caso de prueba imposible.

La causal se torna difícil de probar si la agresión ocurre sin presencia de testigos, porque en este evento el causante del acto podría llegar a negar su intervención o autoría.

Esta causa, válida para solicitar el divorcio o la separación de cuerpos, estructura una infidelidad moral en sentir de la Corte Suprema de Justicia²³

“En síntesis, valdrá siempre distinguir con cuidado las dos maneras en que la infidelidad, en materia matrimonial, puede presentarse. La primera, llamada infidelidad material, equivale al adulterio, queda configurada al mediar relaciones sexuales extraconyugales de cualquiera de los esposos, probadas fehacientemente, y su régimen, en cuanto causal legal determinante del derecho de demandar la separación de cuerpos, se encuentra previsto en el numeral 1º del artículo 154 del Código Civil; por el contrario, la infidelidad moral, constitutiva de agravios y en tal concepto también motivo legal para ejercitar dicho derecho con fundamento en el numeral 3º del artículo recién mencionado podrá tenerse como acreditada con la demostración de todos aquellos hechos que, poniendo al descubierto un profundo menosprecio del que uno de los cónyuges hace objeto al otro, tienen su fuente en comportamientos incompatibles con el deber de fidelidad conyugal, pero siempre en el entendimiento- se repite-que conductas culposas de esta especie únicamente podrán dar lugar a la separación si, en virtud de las secuelas que acarrearán, la unidad de vida matrimonial se perturba de modo tal que al otro cónyuge, y frente a este estado de cosas impuesto y mantenido por voluntad de uno de ellos, no puede exigírsele la continuación de la relación porque ya no le es posible tratar al ofensor con el amor y atención que según la esencia del matrimonio, entre sí se deben los casados”.

4. La embriaguez habitual de uno de los cónyuges.

La embriaguez conlleva a la perturbación de las facultades mentales, originada por la ingestión abundante de licor.

La embriaguez, como causal de divorcio viene dada por la habitualidad.

El juez al examinarla deberá tener en cuenta el aspecto de ser habitual, vale decir, la permanencia en el consumo de esta clase de bebidas, y en especial sus consecuencias, como que se destruya el hogar o produzca el desquiciamiento de la comunidad matrimonial.

5. El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica.

“Los alucinógenos son capaces de crear imágenes, sonidos, sensaciones gustativas, tácticas y olfativas, que pueden desencadenar en conductas violentas;

²³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 9 de noviembre de 1990 Magistrado Ponente. JARAMILLO SCHOLSS, Carlos Esteban.

mientras que los estupefacientes producen bienestar, euforia, una especie de aletargamiento como fase inicial, pero finalmente, también desencadenan conductas violentas, debido a la dependencia que producen en el individuo que las consume. La prueba de esta causal, indudablemente, se lleva a cabo por medio de dictamen pericial”²⁴

El usar en forma habitual sustancias alucinógenas o estupefacientes sólo se consagró como causal de divorcio a partir de la ley 1 de 1976, época en coincide con el problema de la droga en Colombia, producción, consumo interno y exportación de la misma. Sin embargo, cuando estas sustancias son usadas o aplicadas con mediación médica, el cónyuge que las utiliza, para calmar, por ejemplo los efectos dolorosos de una cruel enfermedad no incurrirá en causal de divorcio y por tanto, el otro no la puede invocar en forma exitosa.

6. Toda enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o síquica, de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial.

Esta causal se fundamenta en el divorcio remedio, ya que el cónyuge que se encuentra en el estado de deterioro de su salud física o psíquica con la característica de ser grave e incurable, no por este hecho incurre en dolo o culpa para llegar a ser sancionado con el divorcio. La causal hace referencia tanto a la enfermedad como a la anormalidad, bien sea física o psíquica, grave e incurable. Para el otro cónyuge se requiere que se ponga en peligro su salud o que se haga imposible la comunidad del matrimonio.

7. Toda conducta de uno de los cónyuges tendientes a corromper o pervertir²⁵ al otro, a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo.

Pervertir y corromper son los verbos que regulan dicha conducta. El primero implica perturbar el orden o la paz. Corromper moralmente. Enviciar. Inculcar malas costumbres. Arrastrar al delito. Seducir por sensualidad tan sólo.

Por su parte el corromper conlleva a dañar, echar a perder, pervertir, viciar. Seducir con propósito inmoral a una mujer.

Incitar a una mujer para que cometa un delito, como por ejemplo, el hurto, robo, estafa, etc., constituye una conducta que faculta al otro cónyuge para solicitar el divorcio. El que el marido incite a la mujer para que incurra en adulterio, sin interesar los fines perseguidos por aquél constituye causal de divorcio, la que podrá invocarse por la cónyuge, etc.

²⁴ BARROSO OSORIO, Tulia y ALVAREZ, Esperanza. El Divorcio en Colombia. Universidad Libre, Sede Cartagena, 2009, p.,10.

²⁵ CABANELLAS, Guillermo. “Diccionario de Derecho Usual”. Editorial Heliasta. S.R.L. Buenos Aires, 1972, Tomo III, p., 294 y Tomo I, p., 533, en su orden.

Valencia Zea señala que esta expresión (*corromper o pervertir*) es demasiado genérica y de ahí que los jueces deberán tener en cuenta las buenas costumbres vigentes en la sociedad. Y agrega: “se habla de conducta tendiente a corromper o pervertir al otro cónyuge, lo que indica que la simple tentativa es suficiente; a *Fortiori*, lo es el hecho ya consumado de corrupción o perversión”²⁶

8. La separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años.

El artículo 4º de la ley 1ª de 1976 sólo contemplaba dentro de esta causal a la separación de cuerpos decretada judicialmente, siempre que perdurase por más de dos años.

Con la ley 25 de 1992 se adicionó a esta separación de cuerpos, la de hecho una vez transcurrido el mismo lapso. Esta causal desde el punto de vista de su prueba exige como elementos, la separación de cuerpos, judicial o de hecho, y su permanencia por más de dos años.

La prueba de la separación judicial de hecho viene dada por la copia autenticada de la sentencia. A partir de la ejecutoria de la misma se cuentan los dos años.

9. El consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por éste mediante sentencia.

Aparece consagrada por primera vez en Colombia esta causal en la ley 25 de 1992. El consentimiento mutuo de los cónyuges, deberá ser manifestado ante el juez competente para que su reconocimiento se haga en sentencia.

4.8.2.1.3 Clases de las causales de divorcio y legitimación

Causales subjetivas o sancionatorias

Las causales de divorcio contencioso pueden ser subjetivas. Éstas conducen al denominado divorcio sanción, debido a que el cónyuge inocente solicita el decreto de divorcio como un castigo para el cónyuge culpable.

“El divorcio sanción es contencioso, porque para acceder a la disolución del vínculo el actor debe probar que el demandado incurrió en la causal prevista en la ley y éste, como sujeto pasivo de la contienda, puede entrar a demostrar, con la plenitud de las formas procesales, que no incurrió en los hechos atribuidos o que no fue el gestor de la conducta. En este caso el juez debe entrar a valorar lo probado y resolver si absuelve al demandado o si decreta la disolución, porque

²⁶ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo V. “Derecho de Familia. Quinta Edición. Editorial Temis, Bogotá, 1988, p. 182.

quien persigue una sanción, no puede obtenerla sino lograr demostrar que el otro se hizo acreedor a ella”²⁷

Según el artículo 156 del C.C., estas causales son subjetivas al señalar que la legitimación para solicitar el decreto de divorcio la tiene el cónyuge que no ha dado a la causal, es decir, el inocente.

Analizado el artículo 154 del C.C. en su conjunto, con las modificaciones introducidas por las leyes 1ª de 1976 y 25 de 1992 se llega a establecer que las causales 1ª a 5ª y 7ª son subjetivas, ya que solamente las podrá invocar el cónyuge inocente.

Causales objetivas o remediales

Constituyen causales de esta naturaleza la 6ª y la 8ª del mismo artículo 154. En consecuencia, Cualquiera de los cónyuges puede impetrarlas. En la primera, tanto el que goza de buena salud, si estima que no es posible mantener la normalidad conyugal, como el enfermo, por considerar que puede poner en peligro la salud física o mental del otro cónyuge; La misma situación ocurre en la segunda de ellas, ya que el cónyuge que abandonó el hogar puede solicitar el divorcio dado el carácter de autónomo en su consagración.

4.8.2.1.4 La caducidad en el proceso de divorcio

Como se señaló, el divorcio sólo podrá ser impetrado por el cónyuge que no hubiere dado lugar a los hechos que lo motivan y dentro del término de un año, contado desde el día en que tuvo conocimiento de ellos respecto de las causales primera y séptima o desde cuando se sucedieron, respecto a las causales segunda, tercera, cuarta y quinta, en todo caso, las causales primera y séptima sólo podrán alegarse dentro de los dos años siguientes a su ocurrencia, tal como lo dispone el artículo 156 del C.C.

En concepto de Devis Echandía²⁸, esta última fórmula significa que no obstante a pesar de que el demandante no conoció antes de vencerse esos dos años el adulterio o la conducta corruptora del demandado, se producirá la caducidad, lo cual conduce a la inmoral y antisocial consecuencia de que el legislador conceda el perdón al cónyuge que incurrió en tan gravísima falta, si cuenta con la habilidad de obstaculizar su conocimiento dentro de ese término de los dos años siguientes. Y agrega el citado:

“¿Podrán los hombres colombianos olvidarse del adulterio de sus mujeres y seguir conviviendo con ellas, sólo porque cuando lo conozcan ya han transcurrido dos

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-1495 de junio 2 de 2000. Magistrado Ponente. TAFUR GALVIS, Alvaro.

²⁸ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op., cit., ps. 693 y s.

años? Creemos que eso puede funcionar en Suecia, pero no en Colombia!". (La misma situación se predica para las mujeres colombianas, se agrega)

Cuando el hecho constitutivo de causal de divorcio es de carácter continuo o repetido, tal como sucede con el amancebamiento o el abandono del hogar; el término para el cómputo de la caducidad sólo empezará a correr una vez se suspenda el motivo, como por ejemplo desde el día siguientes en que cesó el abandono en la situación del concubinato.

4.8.2.1.5 Formulación de las pretensiones de divorcio o de separación de cuerpos

Los cónyuges pueden incurrir en una o más de las causales que consagra el artículo 154 del C.C.

El demandante o el demandado al formular demanda de reconvención, en el evento de las causales plurales en una sola pretensión pueden solicitarle al juez competente que se decrete el divorcio con fundamento en las causales invocadas, por ejemplo, primera y tercera del artículo 154 del C.C. Este es el criterio de la mayoría de la doctrina.

Alguna parte de ella considera que para el caso planteado la primera de las causales se debe invocar como pretensión principal, y la otra, como pretensión subsidiaria, a manera de sugerencia²⁹

4.8.2.1.6 Aspecto probatorio

El inciso 2º del artículo 6º de la ley 1ª de 1976, modificatorio del artículo 156 del C.C., señaló una limitación en el aspecto probatorio para establecer los hechos sobre los cuales se reestructuraban las causales como requisito para demandar y obtener el divorcio, referente a que por sí sola la confesión no era suficiente para llegar a la demostración de ellas. Aunque no estaba prohibida la confesión, se le restaba su calidad de prueba suficiente. Sólo cuando la confesión se hubiese ratificado por otros medios de prueba, aquella podía ser utilizada y aún llevarle al juez la convicción necesaria. Con esta limitación se llegó a impedir que los cónyuges obtuvieran el divorcio por mutuo acuerdo, debido a que este consentimiento no estaba reconocido como causal de divorcio; de lo contrario bastaría que uno de los cónyuges demandara para que el otro mediante allanamiento aceptara los hechos (especie de confesión), o bien dentro del desarrollo de la prueba de interrogatorio de parte.

Actualmente esta limitación ha quedado derogada en forma tácita en razón a que la ley 25 de 1992 consagró el mutuo acuerdo como causal de divorcio. Igualmente,

²⁹ PARRA QUIJANO; Jairo. "Pruebas en procesos de filiación extramatrimonial, divorcio, separación de bienes y cuerpos y regulación del derecho de visitas". En Revista IUSTA, Universidad Santo Tomás, número 5, 1985, p. 59. Citado por PARRA BENITEZ, Jorge. "Derecho de Familia". Editorial Temis, Bogotá, 2008, p. 245.

en razón a que la confesión es conducente para la demostración los hechos que sirven de fundamento a las restantes causales.

4.8.2.1.7 Medidas cautelares

Regla 1ª del artículo 442

a) De carácter personal

Con referencia a los Cónyuges e hijos

El juez antes o en forma simultánea con la admisión de la demanda, podrá decretar estas medidas cautelares:

En el mismo auto que admite la demanda podrá autorizar que los cónyuges vivir en forma separada, en atención a que la vida en común no es conveniente para los cónyuges, y en estas condiciones no existe alguna razón justificativa para que se mantenga esta convivencia.

Respecto a los hijos menores, el juez ordenara que se ponga a los hijos menores al cuidado de uno de los cónyuges o disponer su depósito en casa de los abuelos o parientes más próximos, o de un tercero, según mejor convenga a estos descendientes.

Respecto de alimentos

Señalar la cantidad con cada cónyuge contribuirá, según su capacidad económica, para atender necesidades del otro cónyuge y de los hijos comunes, como gastos de habitación y el sostenimiento de los mismos; y la educación de los últimos.

Para evitar suposición de parto

Decretar las medidas previstas en la ley para evitar la suposición del mismo, como exámenes competentes de médicos señalados en el artículo 226 del C.C., a fin de verificar el estado de embarazo.

b) De carácter real

Decretar, a petición de cualquiera de las partes, el embargo y secuestro de los bienes que puedan ser objeto de gananciales, y aún los que estuvieren en cabeza de la otra para garantizar el pago de alimentos a que el cónyuge y los hijos tuvieren derecho, si fuere el caso; si se trata de bienes sujetos a registro, el secuestro se practicara una vez inscrito el embargo y allegado el certificado de propiedad, que comprenda un periodo de 20 años, si fuere posible

El embargo y secuestro practicados en estos procesos no impedirán que se perfeccionen los que se decreten sobre los mismos bienes en proceso de ejecución, antes de que quede en firme la sentencia favorable al demandante que en aquellos se dicte; con tal objeto se aplicará lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 558, y el remanente no embargado en otras ejecuciones y los bienes que en estas se desembarquen, se consideraran embargados para los fines del proceso de nulidad de matrimonio, divorcio separación de bienes (numerales 1º y 2º del artículo 691).

4.8.2.1.8 Norma remisoria

La regla 2ª del artículo 444 señala que en lo pertinente se aplicará lo dispuesto en el artículo 442, sin perjuicio de que el juez oiga a los hijos. En el proceso de divorcio procede igualmente la intervención de padres, guardadores y agente del ministerio público en los casos estudiados.

4.8.2.1.9 Terminación del proceso

Dispone la regla 3ª del artículo 442 que el proceso de divorcio terminará por desistimiento, el que tiene el carácter de bilateral ya que requiere que sea presentado por las partes o apoderados. Si el desistimiento se hace en la audiencia, bastará la manifestación de ambos.

Otras formas de terminación del proceso

Normales

Sentencia de fondo que acoja o no acceda a las pretensiones de la demanda.

Terminación anormal general

Consagradas como tales:

Desistimiento;

Desistimiento tácito;

No son procedentes el arbitramento, ni la transacción por tratarse de un asunto relacionado con el estado civil de los cónyuges.

Terminación anormal especial

Muerte de uno de los cónyuges;

Por la conciliación o reconciliación que puede llegar a ocurrir en alguna de las audiencias;

Por la reconciliación por fuera de las audiencias, que equivale a un desistimiento bilateral extraprocesal

4.8.2.1.10 Parte resolutive de la sentencia que decreta el divorcio

El juez en la sentencia que le pone fin al proceso, si accede a las pretensiones de la demanda declara el divorcio del matrimonio, y en ella decidirá sobre otros puntos:

Cuidado de los hijos. Si corresponde a uno de los cónyuges o a ambos, o a otra persona, en atención a su edad, sexo y la causa demostrada del divorcio.

Patria potestad sobre los hijos no emancipados. A quien corresponde. Se tiene en cuenta para tomar esta decisión la causa demostrada de divorcio que origine la pérdida o suspensión de la misma, o si los hijos deben quedar bajo guarda.

Alimentos a favor de los hijos comunes. Tal como lo señala el artículo 257, en sus incisos 2º y 3º del C.C , se determina la proporción en que los cónyuges deben contribuir a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los mismos.

Pensión alimentaria que uno de los cónyuges debe al otro, si fuere el caso. Se señala su monto.

Copia de la sentencia que decreta el divorcio será enviada al funcionario competente del Estado Civil, para que sea inscrita en el folio de matrimonio y en el de nacimiento de cada uno de los cónyuges (reglas 4ª y 5ª del artículo 444).

4.8.2.2 Proceso de divorcio por mutuo acuerdo

Los párrafos 5º y 6º del artículo 444, que se referían al divorcio por mutuo acuerdo fueron adicionados por el artículo 9º de la ley 25 de 1992, a su vez derogados por el artículo 167 de la ley 446 de 1998.

Este artículo 9º de la referida ley señaló que el artículo 444 quedaría adicionado con dos párrafos. El quinto dispuso que la demanda debía expresar el consentimiento y además “la forma como cumplirán sus obligaciones alimentarias entre ellos y respecto de los hijos comunes, la residencia de los cónyuges, el cuidado personal de los hijos comunes y su régimen de visitas, así como el estado en que se encuentre la sociedad conyugal” (numeral 1º del derogado párrafo 5º)

El numeral 2º del mismo párrafo ordenó la celebración de la audiencia de conciliación dentro del trámite para la obtención del divorcio por mutuo acuerdo.

Sobre los numerales derogados por la ley 446 de 1998 se ha concluido que como el divorcio debe ser integral, y en consecuencia abarcar todos los aspectos que la norma extinguida contemplaba así sea por mutuo consentimiento, el numeral 1º

del derogado párrafo 5º del artículo 444 del C. de P.C., conserva su vigencia dado lo obvio de los requisitos exigidos.

Respecto del numeral 2º señalado, la formalidad de la audiencia de conciliación ha desaparecido por completo, y en su lugar el juez deberá proferir inmediatamente sentencia de divorcio, así existan hijos comunes menores, debido a que en este caso no se exige la presencia del ministerio público, que es obligatoria si se trata de divorcio contencioso³⁰.

4.8.3 Separación de cuerpos

Al igual que en los anteriores procesos de familia, para el de separación de cuerpos se acude al proceso verbal de mayor y menor cuantía, salvo que medie acuerdo mutuo, en cuyo caso se surtirá por el trámite del proceso de jurisdicción voluntaria.

4.8.3.1 Causales

Conforme lo señala el artículo 165 del C.C., hay lugar a la separación de cuerpos:

- 1º) En los casos que contempla el artículo 154 del C.C., y
- 2º) Por mutuo acuerdo de los cónyuges manifestado ante juez competente.

Efectos de la separación de cuerpos

Suspensión de la vida en común, sin disolver el matrimonio.

La separación de cuerpos extingue las obligaciones que surgen de la comunidad doméstica, en especial, la de cohabitar, por lo que uno de los cónyuges no podrá exigirle al otro el débito conyugal.

Si subsiste o no la obligación de fidelidad, es un asunto respecto del cual existen criterios diferentes.

Así, en sentencia de 8 de julio de 1977, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil señaló que “los cónyuges en el estado de separación de cuerpos, siguen siendo tales y, por tanto, se deben fidelidad, socorro y ayuda mutua”. Se critica esta posición jurisprudencial, imbuida en preceptos de ética religiosa, con ausencia de interpretación jurídica.

Las obligaciones de carácter personal que surgen de la calidad de cónyuges, se suspenden una vez la sentencia adquiera ejecutoria, a excepción de la obligación alimentaria. Con la declaración de separación de cuerpos el vínculo matrimonial no se disuelve, pero los deberes de socorro y ayuda mutua, diferente al de los alimentos, fidelidad y otros, no operan al estar en suspenso la vida en común³¹

³⁰ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Op., cit., p. 272 y s.

³¹ Ibidem, p., 277

4.8.3.2 Trámite

A los procesos de separación de cuerpos de matrimonios civiles y canónicos se aplicarán en lo pertinente, las normas del artículo 444 del C. de P. C. (Parágrafo 1º).

4.8.3.3 Reconciliación

Señala el parágrafo 2º que los cónyuges después de la ejecutoria de la sentencia, podrán solicitar que se le ponga fin a la separación. El de plano proferirá la sentencia respectiva.

4.8.3.4 Acción Pastoral y Conciliatoria. Aplicación

Esta figura encuentra su origen en el artículo IX de la ley 20 de 1974 aprobatoria del Concordato celebrado entre la Santa Sede y el Gobierno de Colombia. Sólo tiene aplicación cuando se trata de procesos de separación de cuerpos de matrimonios católicos. Cualquiera de los cónyuges podrá solicitarle al juez que adelanta este proceso en primer instancia, por una vez, que ordene la intervención del ordinario del lugar, para cuyo efecto suspenderá el trámite procesal hasta por treinta días y oficie al mismo, con el fin de que en este lapso se surta la respectivo actuación y se logre la reconciliación de la pareja. Vencido el término anterior, agotada o no esta acción, se reanudará el proceso. (Parágrafo 3º artículo 444).

“En estricto derecho procesal, se trata de la ocurrencia de una causal específica de suspensión del proceso, por una sola vez durante la primera instancia y por el término de treinta días”³²

Pretensiones principales y subsidiarias en el proceso de divorcio

El parágrafo 4º del artículo 444 contempla los siguientes casos:

- Las pretensiones se limitan a obtener la separación de cuerpos. No puede el juez decretar el divorcio, a menos que se reforme la demanda.
- Se formula como pretensión principal el decreto de divorcio y como subsidiaria la declaración de separación de cuerpos. El juez podrá decretar esta última.

4.8.4 Proceso de separación de bienes

4.8.4.1 Competencia

El juez de familia que corresponda al domicilio conyugal tal como lo señala el numeral 4º del artículo 23 del C. de P.C., en primera instancia según lo dispone

³² BEJARANO GUZMAN, Ramiro. Op., cit., p. 354

el artículo 5º, numeral 4º del decreto 2272 de 1989, aplicable a los matrimonios que originen efectos civiles.

4.8.4.2 Trámite

4.8.4.2.1 Judicial

Se surtirá el trámite del proceso verbal de mayor y menor cuantía en el evento en que no exista acuerdo entre los cónyuges para disolver y liquidar la sociedad conyugal; en caso de que se dé el acuerdo podrá acudir al sistema notarial para la disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

Pero si media acuerdo entre los cónyuges y no se surte el trámite notarial, el rito procesal será el del proceso de jurisdicción voluntaria, tal como lo señala el artículo 27 de la ley 446 de 1998.

4.8.4.2.2 Notarial

Dispone el numeral 5º del artículo 25 de la ley 1ª de 1976 que la sociedad conyugal se disuelve por mutuo acuerdo entre los cónyuges, si son capaces, elevado a escritura pública, en cuyo cuerpo se incorporará el inventario de los activos y pasivos sociales y su liquidación. Este último aspecto implica la forma como van a repartirse los bienes sociales; o se señalará que no existe patrimonio social, caso en el cual la sociedad conyugal quedará disuelta pero sin liquidar por ausencia de bienes.

De los pasivos a cargo de la sociedad conyugal hasta el momento del otorgamiento de la escritura pública responderán en forma solidaria los cónyuges.

4.8.4.3 Medidas cautelares

Para el proceso contencioso proceden las estudiadas anteriormente y que se señalan en el artículo 691 del C. de P.C.

Legitimación, demanda y anexos

La demanda podrá ser presentada por cualquiera de los cónyuges. Dicho escrito deberá contener los requisitos de toda demanda (artículo 75) y a ella se acompañará el registro civil de matrimonio de los cónyuges.

4.8.4.4 Causales

Las señala el artículo 200 del C.C.:

Por las mismas señaladas para la separación de cuerpos, es decir las consagradas en el artículo 154 del C.C.

Por haber incurrido el cónyuge demandado en cesación de pagos, quiebras, oferta de cesión de bienes, insolvencia o concurso de acreedores, disipación o juego habitual, administración fraudulenta o con descuido notorio de su patrimonio en forma tal que menoscabe gravemente los intereses del cónyuge demandante en la sociedad conyugal.

4.8.4.5 Disolución de la sociedad conyugal

Las causas de disolución de la sociedad conyugal han sido reestructuradas por el artículo 25 de la 1ª de 1976, que modificó el artículo 1820 del C.C, y son:

Por la disolución del matrimonio (muerte, divorcio y nulidad de matrimonio).

La separación de cuerpos, a no ser que sea de carácter temporal y por mutuo acuerdo y los cónyuges decidan mantenerla.

Por la sentencia de separación de bienes. Se establecen dos trámites: contencioso (proceso verbal de mayor y menor cuantía) o por mutuo acuerdo (jurisdicción voluntaria).

Por declaración de nulidad de matrimonio, salvo que la causal se fundamente en el numeral 12 del artículo 140 del C.C., ya que en este evento no se forma sociedad conyugal.

Por mutuo acuerdo de los cónyuges capaces, elevado a escritura pública, en cuyo contenido se incorporará el inventario de deudas sociales y su liquidación. A causa de sentencia de jueces eclesiásticos y de familia.

El mutuo acuerdo elevado a escritura pública.

4.8.5 Liquidación de la sociedad conyugal

4.8.5.1 Tramite de la liquidación, si la disolución se deriva de sentencia de nulidad de matrimonio religioso

De la demanda, que se debe notificar personalmente, se da traslado al otro cónyuge por tres días, plazo dentro del cual puede proponer las excepciones previas del artículo 97 numerales 1, 2, 4, 5, 6, 7 y 10, la excepción de la cosa juzgada para que se tramite como previa, y que el matrimonio no estuvo sujeto al régimen de comunidad de bienes.

Si no hay excepciones, o si las propuestas se decidieron en forma desfavorable para el demandado o cuando la demanda se presenta en forma conjunta por los cónyuges, el juez ordena emplazar por edicto a los acreedores de la sociedad conyugal, para que hagan valer sus créditos. El edicto se debe sujetar a lo dispuesto en el artículo 589 para el emplazamiento en el proceso de sucesión, es decir que se fija por el termino de 10 días en la secretaría del Juzgado, y dentro de

ese término se publica por una vez en un periódico de circulación en el lugar y en una emisora si la hubiere.

Agotada esta primera etapa y vencido el término de fijación del edicto emplazatorio, realizadas las publicaciones y agregadas al expediente, el juez señalará fecha y para practicar la diligencia de inventario de los bienes, activos, y pasivos de la sociedad conyugal y el avalúos de los mismos. El juez designará peritos si no existe acuerdo entre los cónyuges para escoger éstos, o en el caso de que sean capaces no determinan sus valores.

Para la confección del inventario deberá tenerse en cuenta las disposiciones contenidas en los artículos 600 del C. de P.C. y 4º de la ley 28 de 1932.

La actuación posterior de este trámite se sujetará a lo dispuesto en los artículos 601 (traslado, objeciones y aprobación del inventario y los avalúos), 602 (venta de bienes para el pago de deudas), 605 (exclusión de bienes de la partición), 608 a 614 (decreto de partición, designación del partidor; partición por los interesados; reglas para el partidor; presentación de la partición, objeciones y aprobación; reemplazo del partidor; remate de bienes de la hijuela de deudas; entrega de bienes a los adjudicatarios, 620 (partición adicional, cuando aparecen nuevos bienes)

Con la aprobación del trabajo de partición mediante sentencia concluye la etapa de este trámite que le pone fin liquidación de la sociedad conyugal.

4.8.5.2 Trámite de la liquidación, si la disolución se deriva de sentencia de juez de familia (artículo 626 C.P.C):

Como el juez competente es el mismo que conoció del proceso en que se decretó la disolución, la petición se formulara ante él, sin necesidad de demanda, tal como lo indica el artículo 626 del C. de P.C., que se remite al núm. 3 del artículo anterior ; a pesar de no ser indispensable presentar demanda, el auto que admite la solicitud de liquidación se notificará personalmente al otro conyuge.

La notificación del auto que ordena la liquidación implica un término de traslado, el que señala el artículo 625 numeral 1, en consideración a que el otro cónyuge debe tener oportunidad para pronunciarse sobre la solicitud de liquidación (la facultad de excepciones previas queda eliminada por ser el trámite ante el mismo juez que conoce del proceso), así la posibilidad de oponerse a la liquidación queda reducida a demostrar que esta ya se efectuó por vía del artículo 1820 numeral 5º del C.C.³³

4.8.6 Privación, suspensión y restablecimiento de la patria potestad, remoción del guardador y privación de la administración de los bienes del hijo

³³ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Op., cit., p.285.

Estos procesos se encuentran regulados en el artículo 446. Los asuntos que señala esta norma, a excepción de administración de los bienes del hijo, pueden iniciarse a petición de parte u oficiosamente por el juez.

El competente será el juez de familia del domicilio del incapaz sometido a patria potestad, o pupilo.

El artículo 315 del C.C., se refiere a los casos de emancipación judicial por las causales que allí se señalan y cuando los padres que ejerzan la patria potestad incurran en maltrato, abandono del hijo, depravación que los incapacite para el ejercicio de la patria potestad, por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año. Las causales de remoción del guardador se encuentran consagradas en el artículo 111 de la ley 1306 de 2009, como el fraude o la culpa grave en el ejercicio del cargo, incumplimiento de la obligación de rendir en forma oportuna las cuentas de su gestión, conducta inapropiada que conduzca a ocasionar daño al pupilo. Por su parte, el artículo 112 de la ley le otorga a la acción de remoción del guardador el carácter de popular y que igualmente la puede intentar el mismo pupilo.

Expresa el artículo referido (446) que en los casos anteriores el juez procederá a solicitud de cualquier consanguíneo del hijo, del defensor de familia y aún de oficio. Para este último caso, el juez dictara un auto que contenga los hechos y la causal o causales que le sirvan de fundamento y la finalidad que se propone; del contenido del auto se dará traslado a la persona contra quien se siga el proceso (tendrá el carácter de demandado) en la forma que señala el artículo 87 (notificación personal).

Si el proceso se inicia a petición de parte en la demanda se indicará el nombre de los parientes que deben ser oídos de acuerdo con el artículo 61 del C.C., y la habitación o lugar de trabajo; si se desconocen, se afirmará esta circunstancia, bajo juramento que se considerará prestado por su presentación.

El auto admisorio de la demanda ordenará citar a tales parientes mediante telegrama, si ello fuere posible; en caso contrario, por edicto que se publicará por una sola vez en un periódico de amplia circulación en el lugar.

El párrafo de la norma en estudio señala que en el caso de que se prive al padre o madre de la administración de los bienes del hijo, la provisión de curador adjunto (administrador adjunto en términos de la ley 1306 de 2009) se hará a continuación del mismo proceso, por el trámite señalado en el artículo 655.

El artículo 136 del Código de la Infancia y la Adolescencia, señala que en el proceso para la privación de los bienes del hijo (infante o adolescente), el juez podrá decretar la suspensión provisional de las facultades dispositivas y administrativas de los bienes y designar un tutor o curador según se trate.

4.8.7 Inhabilitación de persona con discapacidad mental relativa y su rehabilitación

4.8.7.1 Introducción

El artículo 447 se refería a la interdicción del disipador. Esta norma fue modificada por el artículo 45 de la ley 1306 de 2009. En la actualidad al antiguo disipador, hoy discapacitado mental relativo se le pone no en interdicción sino que se le inhabilita, y una vez inhabilitado se le designa consejero y no guardador.

4.8.7.2 Aspectos generales

a) Competencia. Será competente para conocer de este proceso el juez de familia o promiscuo de familia del domicilio del presunto inhabilitado.

b) Parte demandante. Cualquiera de las personas que señala el artículo 32 de la ley 1306 de 2009: cónyuge o compañero o compañera permanente del pródigo, parientes hasta el tercer grado de consanguinidad. El mismo afectado puede promover este proceso para su inhabilitación.

c) Parte demandada. El proceso se seguirá con audiencia del presunto discapacitado mental relativo o inhábil negocial. Por ser un proceso contencioso esta persona tendrá el carácter de demandado. Si se trata de la rehabilitación actuará en el proceso con la calidad de demandante.

d) Medida de precaución: Inhabilitación provisional. La oportunidad para solicitarla es con la demanda y se decide en el auto admisorio de la misma. En este mismo auto se nombrará el consejero interino. Este auto es susceptible del recurso de apelación; el que la deniega lo será en el efecto diferido.

e) Trámite. Admitida la demanda, el juez decretará las pruebas que estime conveniente y dispondrá la práctica de un examen de carácter psicológico u ocupacional del presunto inhábil por un equipo interdisciplinario.

f) Efecto probatorio. Las pruebas que se practiquen en el proceso serán tenidas en cuenta por el juez para ambas decisiones (inhabilitaciones).

g) Parte resolutive de la sentencia

La sentencia que accede a las pretensiones de la demanda contendrá en su parte resolutive:

1º) Decreta la inhabilitación por causa de la inhabilidad negocial del demandado;

2º) Como consecuencia, se le prohíbe la libre administración de sus bienes;

3º) Ordena la provisión de consejero, la que se hará en el mismo proceso por el trámite señalado para la guarda.

4.8.7.3 Confección de inventario de los bienes del inhabilitado

Dispone el párrafo del artículo 447 que sobre los bienes del inhabilitado que vayan a ser dados en administración, se confeccionará un inventario, en un plazo que no exceda de sesenta días, por un auxiliar de la justicia cuyos honorarios serán cancelados con cargo al patrimonio del inhabilitado o por el ICBF, cuando el discapacitado mental relativo carezca de recursos suficientes para ello.

4.8.8 Proceso de alimentos

4.8.8.1 Asuntos que comprende

El numeral 3º del párrafo 1º del artículo 435 del C. de P.C. en consideración a su naturaleza hace referencia al proceso de alimentos en cuanto a la fijación (determinación de la cuota alimentaria a favor del beneficiario y a cargo del alimentante u obligado, en el evento en que las partes no lleguen a acuerdo alguno), aumento o disminución (se persigue la revisión de la cuota alimentaria, bien sea por sentencia de juez competente, conciliación judicial o extrajudicial, acuerdo entre los interesados, cuando varían las condiciones y circunstancia que sirvieron de fundamento a la fijación de la misma. La demanda se debe presentar ante el juez competente y no ante el juez que conoció del proceso para la fijación de cuota alimentaria), exoneración de alimentos, y restitución de pensiones alimenticias. Se agrega el ofrecimiento de alimentos consagrado en el párrafo del artículo 448.

4.8.8.2 Trámites

Son dos los trámites según se trate de los beneficiarios de alimentos, para mayores y menores de edad. El primero se encuentra consagrado en el artículo 448 del C. de P.C. Para el segundo, el decreto 2737 de 1989, Código del Menor, y la ley 1098 de 2006. Estos dos trámites aunque similares en su gran totalidad presentan algunas diferencias, entre ellas:

- a) Por los beneficiarios de alimentos. El primero se estructura en favor de personas mayores de edad; el segundo para infantes y adolescentes.
- b) Por la competencia del juez. Para el primero el juez competente lo será el de familia del domicilio del demandado; para el segundo la competencia se radica en el juez de familia del domicilio del incapaz menor de edad.
- c) Atendiendo a la iniciación del proceso. El primero se inicia sólo a petición de parte, mientras que el segundo se inicia de oficio o a petición de parte.
- d) Atendiendo al decreto de medidas cautelares. Para el primero el juez decreta la medida cautelar de alimentos provisionales a petición de parte, mientras que para el segundo estas medidas se decretan además de oficio por el juez.

Otras diferencias que existen entre estos trámites las señala BERNAL GÓNZALEZ: mientras en el especial (alimentos para menores) la demanda puede presentarse verbalmente o por escrito y sin abogado, en el C. de P.C. sólo puede presentarse por escrito y avalada por abogado; mientras en el de alimentos para menores puede el juez ordenarle al pagador la retención del porcentaje fijado, en el de alimentos para mayor de edad le está vedada; después de la audiencia el juez dispone de seis días para fallar en el proceso cuyo beneficiario sea menor, y de diez días cuando el interesado sea mayor; no es viable la acumulación de procesos de alimentos con beneficiario mayor de edad (artículo 440 C. de P.C.9), pero se pueden acumular pretensiones y procesos cuando el beneficiario sea menor de edad (numeral 3º del artículo 350 del decreto 2737 de 1989)³⁴

4.8.8.2.1 Según el artículo 448

a) Personas legitimadas para la iniciación del proceso

Además de las señaladas en el artículo 411 del C.C., “el agente del Ministerio Público o el defensor de familia, en su caso, podrá demandar alimentos en nombre del hijo menor....”, según lo dispone el artículo 448

El Código del Menor es posterior al artículo 488 del C. de P.C, modificado por el decreto 2282 de 1989. Al momento de esta modificación no existía dualidad de trámites.

Sobre este aspecto, Parra Benítez³⁵ señala: “Por la redacción, además, da entender la disposición que se trata de un proceso para fijar una cuota alimentaria. Pero igualmente sirve a los efectos de una modificación de una cuota que fue determinada con anterioridad, judicial o extrajudicialmente, por la vía de una revisión, sea para el incremento del monto de las mesadas, sea para su rebaja y hasta para su exoneración.”

En cuanto a la parte demandada, esta variará de acuerdo con las pretensiones. Así, para la fijación el demandado será la persona obligada

Revisión, aumento (persona obligada), disminución (persona beneficiaria), exoneración (persona beneficiaria) restitución (persona beneficiaria con los alimentos provisionales) ofrecimiento (persona beneficiaria).

b) Medida cautelar. Alimentos provisionales. Esta medida la ordena el juez desde la admisión de la demanda, y para ello se requiere solicitud del actor y que acompañe la prueba siquiera sumaria de la capacidad económica del demandado.

³⁴ BERNAL GÓNZALEZ, Alejandro. “Procedimiento de Familia y de Menores”. Librería Jurídica Sánchez R., Medellín, 2005, ps. 203 y ss.

³⁵ PARRA BENÍTEZ, Jorge. “Derecho Procesal Civil”. Primera Edición. Universidad de Medellín, Medellín, 2010, p. 336.

Si no se suministra esta última prueba, el juez de oficio las ordenará para dicha demostración.

c) Cobro de alimentos provisionales. Para el cobro de las cuotas atrasadas y de las futuras se acudirá al proceso de ejecución en el mismo expediente y en cuaderno separado. Su trámite será el del proceso ejecutivo de mayor y menor cuantía en única instancia.

d) Parte resolutive de la sentencia

Atendiendo a las pretensiones:

Para la fijación de la cuota alimentaria: declaración de que el demandado se encuentra obligado a suministrar alimentos al demandante, acorde con el grado de parentesco que exista entre las partes y la posición social del demandante; condena al demandado a suministrarle al demandante beneficiaria una suma determinada de dinero en forma periódica, con el incremento anual automático a dicha cuota; si hubiere mediado petición de parte, la sentencia ordenará al demandado la constitución de un capital para que las cuotas se satisfagan con su renta. Cuenta con diez días para que cumpla con la orden; si la incumple, el demandado podrá solicitarle al juez, en el mismo expediente y por el trámite del proceso ejecutivo de mayor y menor cuantía en única instancia, que decrete el embargo, secuestro, avalúo y posterior remate de bienes del deudor en cuantía necesaria para la obtención del capital señalado. En este proceso no es admisible la intervención de terceros acreedores.

En la misma parte resolutive el juez podrá impartir las órdenes correspondientes, al pagador para que proceda a descontar y consignar del valor de la remuneración mensual en la cuenta de depósito judiciales del juzgado en una banco autorizado para recibirlos, al igual que decretar el embargo de las prestaciones sociales en la proporción legal como garantía del pago de las cuotas fijadas³⁶.

Para la revisión, exoneración, ofrecimiento de alimentos y restitución de pensiones alimentarias

a) Revisión. La orden de aumentar (o disminuir) el valor de la cuotas alimentaria, objeto de esta pretensión. En consecuencia fíjese la cuota alimentaria en la suma de \$... (o en un%) que en virtud de providencia judicial (pacto privado o judicial o por conciliación) suministra el señor para su descendiente (o cónyuge, ascendiente, hermano o donante). Comunicar esta decisión de incremento de la cuota alimentaria (o disminución) al pagador y hágasele saber las sanciones correspondientes por no retener.

b) Exoneración. Exonerar al señor de continuar cubriendo a favor de.... la cuota alimentaria que le fuera impuesta por el Juzgado... en el proceso (clase de

³⁶ GUTIERREZ SARMIENTO, Carlos Enrique. Op., cit., p. 145

proceso en que los alimentos fueron señalados) mediante providencia de (fecha). Comunicar a(al empleador del exonerado) para que en lo sucesivo se abstenga de efectuar retención alguna.

c) Ofrecimiento. Aceptar el ofrecimiento del señor a favor de (esposa, hijo) por la suma de \$.... Impartir las órdenes de consignación a que hubiere lugar.

d) Restitución. Disponer que el señor le restituya al señor por concepto de alimentos provisionales recibidos en forma dolosa entre los meses de ... del año 200...y... del año 20..., la suma de \$.... Como intereses legales, el señor...pagará la suma de \$..... Condenar en costas al demandado.

Intervenciones. En anteriores procesos de alimentos para beneficiarios de cualquier edad interviene el Defensor de Familia por orden del Decreto 2272 de 1989, en su artículo 11.

Aplicación. Sobre la demanda de restitución de cuotas de alimentos provisionales no la considera el Código del Menor señalados a favor de los menores debido a que con relación a ellos se presume la necesidad alimentaria.

Respecto de la demanda de exoneración de alimentos el Código del Menor no la considera. Lo anterior no significa que no se pueda proponer cuando, aún siendo el menor beneficiario de alimentos, haya lugar a ello³⁷

4.8.8.2.2 Según el Decreto 2737 de 1989

El artículo 217 de la Ley 1098 de 2006 derogó el Decreto 2737 de 1989 o Código del Menor a excepción de los artículos 320 a 325 (prohibiciones y obligaciones especiales) y lo relativo al proceso especial de alimentos los cuales quedan vigentes.

Este proceso se consagra para el ofrecimiento de cuota, su fijación, revisión.

1º) Reglas

Competencia, iniciación, demanda y legitimación.

a) Competencia. Juez de Familia o Juez Promiscuo de Familia del domicilio del demandado en única instancia. Si en dicho lugar no existe cualquiera de estos funcionarios conocerá el juez civil municipal o promiscuo municipal del domicilio del menor.

b) Iniciación. De oficio o a petición de parte. Si es de oficio el juez dictará un auto con exposición de los fines y el señalamiento de los hechos.

³⁷ BERNAL GONZÁLEZ, Alejandro. "Los alimentos". Noción legal, fijación, cobro judicial. Alejandro Bernal Ediciones, Medellín, 2000, ps. 166 y ss.

c) Legitimación

Se encuentran legitimados para solicitar la apertura del proceso de fijación o revisión (aumento o disminución de cuota alimentaria), exoneración, los representantes legales del menor; las personas que tengan bajo su cuidado a los menores y el defensor de familia. Igualmente puede demandar alimentos la mujer grávida para el hijo que esta por nacer.

La demanda deberá contener el nombre de las partes; lugar para recibir notificaciones; valor de los alimentos, hechos que le sirven de fundamento y las pruebas que se pretendan hacer valer. Como anexos se acompañarán los documentos que estén en poder del demandante (artículos 139 y 140 decreto 2737 de 1989).

La solicitud de alimentos provisionales procede cuando se trata de la fijación de cuota alimentaria.

d) Medidas cautelares: embargo de bienes del obligado a suministrar alimentos y de los salarios devengados hasta el 50% de estos. Una nueva medida consiste en impedirle al demandado la salida del país.

e) Trámite

Se encuentra consagrado en los artículos 141 y ss. del decreto 2737 de 1989. En este proceso se señalan las siguientes etapas:

1º Admisión de la demanda. El auto admisorio se notifica en forma personal. Ante la falta de alguno de los requisitos de la demanda el juez ordena que se subsane por auto de cúmplase.

2º Traslado de la demanda. Cuatro días y se surte con la entrega de copia de la misma o del acta levantada por el secretario cuando se hubiere presentado verbalmente.

3º Contestación. La contestación se surte por escrito o en forma verbal. Para este último caso se levantará acta.

4º Conductas del demandado

a) Excepciones previas. No es viable su formulación, pero los hechos que las configuran deberán alegarse por vía de reposición.

b) Excepciones de mérito. Formuladas por el demandado, de ellas se correrá traslado al demandante por el término de tres días, para que solicite pruebas.

c) Audiencia: el juez dicta auto, no susceptible de recurso alguno, donde señala fecha y hora para su realización, y allí mismo previene a las partes para que

acompañen documentos y presenten testigos (dos por cada hecho) y las citas para los interrogatorios. En esta audiencia el juez tomará las medidas que estime pertinentes para el saneamiento del proceso. Para la celebración de la audiencia se aplica algunas de las normas del artículo 101.

d) Alegaciones. Concluida la instrucción el juez concede la palabra a cada una de las parte (primero a la demandante y luego a la demandada para que verbalmente formulen sus alegatos hasta por quince minutos.

e) Parte resolutive de la sentencia

Cuando se trata de fijación el juez además de señalar el valor de la cuota alimentaria ordena su pago constituyendo un capital para que se satisfaga con su renta. Igualmente podrá ordenar la retención de un porcentaje del salario que perciba el obligado a suministrar alimentos.

CAPITULO V

5 PROCESOS DE LIQUIDACIÓN

5.1 INTRODUCCIÓN

Los procesos de liquidación en materia del Derecho de familia se estructuran en el Código de Procedimiento Civil, en los siguientes Títulos:

TÍTULO XXIX Proceso de Sucesión, que se integra, a su vez, en seis capítulos, así:

Capítulo I Medidas preparatorias en sucesiones testadas.

Capítulo II Medidas cautelares.

Capítulo III Herencia yacente.

Capítulo IV Trámite de la sucesión.

Capítulo V Acumulación de sucesiones.

Capítulo VI Conflicto especial de competencia.

TÍTULO XXX Liquidación de sociedades por causa distinta de muerte de los cónyuges¹

Dentro de este tema referido a los procesos de liquidación se incluye, el de la liquidación de herencias y sociedades conyugales vinculadas a ellas, ante notario público regulada por el decreto 902 de 1988 con las modificaciones del decreto 1729 de 1989. Se acude a este trámite para liquidación de sucesiones cualquiera que sea su cuantía y sin límites de tiempo, sociedades conyugales y patrimoniales por causa de muerte de uno de los cónyuges o compañeros permanentes, siempre que los herederos y el cónyuge o compañero sobreviviente sean capaces, procedan de común acuerdo y que el notario tenga atribuciones en cuanto al

¹ Su estudio se realizó en el capítulo anterior. Ver numeral 4.5.5

territorio por corresponder al último domicilio del causante y asiento principal de sus negocios.

5.2 PROCESO DE SUCESIÓN

5.2.1 Medidas preparatorias en sucesiones testadas

5.2.1.1 Apertura y publicación del testamento cerrado en caso de oposición

Esta medida se encuentra regulada en el artículo 571 del C. de P.C., sólo si se presenta oposición. Los artículos 59 a 67 del decreto 960 de 1970 señalan las diligencias que deben adelantarse ante notario, una vez fallecido el testador, con el fin de proceder a la publicación del testamento cerrado. Si dentro del curso de esta diligencia, se opone a ella un interesado, el notario no puede resolverla, y en consecuencia, deberá enviar la actuación surtida al juez de familia del lugar del otorgamiento del testamento, en virtud de lo dispuesto por numeral 10 del artículo 5º del decreto 2272 de 1989, junto con la cubierta del testamento, después del reconocimiento de las firmas, lo cual se hará constar, junto con el estado de la cubierta en acta. El juez deberá señalar día y hora para la celebración de la audiencia y citar al opositor por telegrama, que se dirige a la dirección conocida. Dos situaciones es posible que se presenten dentro de la celebración de la audiencia. La primera, que comparezca el opositor; en ésta se decretan y practican las pruebas pertinentes para decidir la oposición. Si la oposición se deniega, el Juez dispondrá la apertura y publicación del testamento, y su protocolización en una de las notarías del lugar, junto con la actuación. La segunda de ellas se relaciona con la ausencia del opositor, la que conduce al rechazo de la oposición.

Puede suceder que las firmas puestas en la cubierta del testamento no fueren reconocidas por el notario que lo autorizó, o por cualquiera de los testigos instrumentales; o bien, que no sean abonadas, o que en concepto de los anteriores se estime que la cubierta presenta señales evidentes de haber sido abierto. En estos dos casos, igualmente el juez procederá a su apertura y publicación, dejará la constancia en un acta, y decretará que el testamento no es ejecutable mientras no sea declarada su validez en proceso verbal, el que se surtirá con citación y audiencia de quienes tuvieren el carácter de herederos abintestato o testamentarios, en virtud de testamento anterior.

5.2.1.2 Publicación del testamento otorgado ante cinco testigos

El trámite lo señala el artículo 572 del C. de P.C. El C.C., lo consagró en el artículo 1077. En este último artículo se prevé la situación de que dicho testamento sea otorgado, no ante notario, sino en presencia de cinco testigos. Esta última situación puede tener lugar, por no haberse provisto el cargo de notario en el lugar donde se va a otorgar, o bien que el testador se encuentre fuera

de la cabecera de la notaría y el notario no puede trasladarse a dicho lugar, o por tratarse de un acto testamentario del mismo notario².

En los casos anteriores, la solicitud para la publicación del testamento otorgado en la forma señalada se dirigirá al Juez del Circuito (Juez de familia, en virtud de numeral 12 del artículo 5º del decreto 2272 de 1989) del lugar de su otorgamiento, y como anexos, copia del escrito que lo contenga y prueba de la defunción del testador.

La actuación del Juez es la siguiente:

a) Citación de los testigos instrumentales con el fin de que concurran a la audiencia, en el día y hora señalada previamente por el juez para el reconocimiento de sus firmas y las del testador, en la forma señalada en el artículo 1077 del C.C.

b) Surtida la actuación anterior, si se dieron los requisitos contenidos en el anterior artículo, el juez declarará nuncupativo el testamento, procederá junto con el secretario a rubricar las páginas que lo contiene, con indicación de la fecha en que lo hace, deja copia de lo actuado para el archivo del juzgado y ordena la protocolización de la actuación en una de las notarías del lugar.

Si no se da la anterior situación del reconocimiento o abono de las firmas del testador o de los testigos, o si de las declaraciones el juez no concluye que dicho acto es el testamento del causante, declarará que este escrito no reviste el carácter de testamento nuncupativo, en cuyo caso esta cuestión será ventilada en proceso ordinario (hoy declarativo en virtud de lo dispuesto en la ley 1395 de 2010), con citación y audiencia de quienes tuvieren el carácter de testamento abintestato o testamentario en virtud de testamento anterior.

5.2.1.3 Reducción a escrito del testamento verbal

5.2.1.3.1 Requisitos de orden sustancial son los siguientes:

a) Que el testador se encuentre en peligro inminente de la vida, que parezca no haber modo o tiempo de acudir a otorgar testamento solemne, tal como lo señala el artículo 1092 del C.C. El testamento deberá ser presenciado por tres testigos, a lo menos.

b) Que el testador fallezca dentro de los treinta días siguientes al otorgamiento del testamento (artículo 1093 ibídem).

² Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 18 de marzo de 2002. Magistrado Ponente. SANTOS BALLESTEROS, Jorge.

c) Que la solicitud sea presentada por los interesados ante el juez de familia del lugar en que fue otorgado dentro de los treinta días siguientes a su fallecimiento, a instancia de cualquier persona que pudiese tener interés en la sucesión.

5.2.1.3.2 Trámite

Lo señala el artículo 573 del C. de P.C.

a) En el escrito que contiene la solicitud deberá solicitarse que se reciba declaración a los testigos instrumentales y a las demás personas de quienes se afirme tengan conocimiento de los hechos relacionados con el otorgamiento del testamento, con indicación del nombre vecindad y el lugar de su habitación o trabajo; y acompañarse prueba de la defunción del causante.

b) Si la solicitud reúne los requisitos anteriores, el juez ordenará la recepción de las declaraciones; señalará fecha y hora para el esclarecimiento de los puntos que se relacionan en los artículos 1094 (datos personales del testador, como nombre, apellido y domicilio del testador y el lugar de su domicilio, y de los testigos instrumentales; lugar de nacimiento y nacionalidad del testador y circunstancias que llevaron a creer que su vida se encontraba en peligro inminente; lugar día, mes y año del otorgamiento) y 1095 del C.C. (declaración de los testigos instrumentales sobre puntos relacionados con la apariencia de estar el testador en su sano juicio; si manifestó la intención de testar ante ellos, y sus declaraciones y disposiciones testamentarias).

c) Emplazamiento previo. Con anterioridad a la celebración de la audiencia, el juez ordenará emplazar a los posibles interesados, mediante edicto que se fijará en lugar visible de la secretaría del juzgado por el término de cinco días, el que se publicará en un diario de amplia circulación en el lugar y en radiodifusora local, si la hubiere.

d) Decisión

1º) Si el juez encontrare conformidad con las solemnidades prescritas, y que de las declaraciones aparece que la última voluntad del causante fue la de otorgar testamento, fallará que, “según dicha información, el testador ha hecho las declaraciones y disposiciones siguientes (expresándolas); y mandará que valgan dichas declaraciones y disposiciones como testamento del difunto, y que se protocolice como tal su decreto” (artículo 1096).

2º) Si de las declaraciones de los testigos instrumentales no apareciere en forma clara que la última voluntad del causante fue la de otorgar testamento, el juez declarará que de ellas no resulta testamento verbal.

5.2.1.3.3 Caducidad del testamento verbal

Este fenómeno acontece cuando la solicitud se presenta después de los treinta días siguientes a la defunción del testador. En este evento el juez deberá rechazarla de plano, para cuyo efecto aplicará el penúltimo inciso del artículo 85 del C. de P.C.

5.2.1.3.4 Inexistencia del testamento verbal

Dispone la regla 6ª del artículo 573 del C. de P.C., que si se acredita, por las declaraciones o de otras pruebas practicadas en la audiencia, a solicitud de parte o de oficio, el fallecimiento del testador después de los treinta días siguientes a la fecha del otorgamiento del testamento verbal, el juez lo declarará inexistente como tal.

5.2.2 Medidas cautelares

5.2.2.1 Guarda y aposición de sellos

El artículo 575 del C. de P.C., dispone que la medida será viable siempre que la solicitud sea presentada por toda persona que pruebe interés real o presunto en la sucesión, dentro de los treinta días siguientes a la muerte del causante; recaer sobre bienes muebles y documentos del difunto para que se aseguren bajo llave y sello.

Esta medida es decretada y practicada por el juez que deba conocer del proceso de sucesión. Constituye actuación de urgencia para que los muebles y documentos no se sustraigan, especialmente. Si los bienes se encuentran en diferentes municipios, puede conocer el juez municipal del lugar de ubicación de tales bienes. Se trata de una competencia a prevención. El artículo 578 ibídem faculta a las autoridades policivas para que adopten únicamente la medida sobre aposición de sellos, en la misma forma que señala el artículo 576. Una vez terminada la diligencia se remitirá la actuación al juez que tenga competencia para asumir el conocimiento del proceso de sucesión, quien levantará los sellos, según lo dispuesto en el artículo 577 y dará aviso al funcionario que los puso.

La diligencia se realiza conforme lo establece el artículo 576, recae sobre los siguientes bienes y el juez procederá así:

a) Enlistará los muebles domésticos de uso cotidiano; los dejará en poder de su tenedor a solicitud del mismo, si lo hubiere. Estos bienes se guardarán en habitaciones o locales, cuyas puertas serán cerradas bajo llave y se pondrá en ellas el sello del juzgado. El juez dispondrá que por la policía se custodien los bienes dejados bajo guarda y sello, si lo considera conveniente (numerales 1º y 3º).

Si al momento de practicar la diligencia se presenta oposición, el juez la resolverá con fundamento en el párrafo 1º y el inciso primero del párrafo 2º del artículo 686, y si es admitida, los bienes se dejarán en poder del opositor como secuestro (numeral 8º).

b) Relacionará los libros de cuentas y los documentos encontrados, que deberá colocar en una cubierta que será cerrada y sellada. Estos documentos se trasladarán al despacho del juzgado para su conservación y custodia (numeral 2º).

c) Ordenará el depósito de joyas u objetos preciosos en establecimiento bancario, si lo hubiere en el lugar; de lo contrario se procede a su secuestro, conforme lo dispone el artículo 579 (numeral 4º).

d) Consignará el dinero encontrado en la cuenta de depósitos judiciales (numeral 5º).

e) Se extenderá el acta de la respectiva diligencia, que será firmada por sus intervinientes.

f) Terminación de la medida cautelar de la guarda y orden de secuestro

Los interesados en promover el proceso de sucesión cuentan con diez días a partir de esta diligencia de guarda y aposición de sellos, de lo contrario, el juez declarará la terminación de estas medidas y ordenará el decreto de secuestro de los bienes y aplicará lo dispuesto en el artículo 579. Una vez iniciado el proceso dichas medidas se levantarán y los bienes serán entregados a las personas con derecho a su administración, dispone el artículo 577.

5.2.2.2 Embargo y secuestro provisional (artículo 579 C. de P.C.)

- Oportunidad y requisitos para su decreto

Esta Medida puede ser formulada antes y después de la iniciación del proceso de sucesión a petición de los interesados. Para el primer evento, a solicitud de cualquier persona que acredite siquiera sumariamente interés, el juez decretará el embargo y secuestro provisional de los bienes, cuya propiedad está sujeta a registro, siempre que se encuentren en cabeza del causante. Procederá solamente la medida del embargo si los bienes pertenecen al cónyuge sobreviviente y forman parte del haber de la sociedad conyugal. Cuando los bienes muebles no puedan guardarse bajo llave y sello procederá el secuestro de ellos.

- Para la práctica del secuestro el juez procederá así:

1. Al momento de hacer entrega de los bienes al secuestro, se cerciorará de que estos sean de propiedad de causante y para tal fin examinará los documentos

que encuentre o se le presenten e interrogará a los interesados y demás personas que asistan a la diligencia.

2. No habrá lugar a la práctica de esta medida cautelar si los bienes se encuentran en poder de persona que los tenga por orden judicial.

3. Si al practicarse la diligencia hubiere oposición, se aplicará lo preceptuado en los parágrafos 1 y 2 del artículo 686.

4. El cónyuge sobreviviente podrá solicitar el levantamiento de las medidas que afecten sus bienes propios, y para lo cual se tramitará incidente. El auto que lo decida es apelable en el efecto diferido.

5. Si se encuentran bienes de carácter consumible, en la diligencia el juez autorizará al secuestro para su enajenación.

6. En el acta se relacionarán los bienes que se entregan al secuestro y remitirá lo actuado al juez que tenga competencia para conocer del proceso de sucesión, si no fuere quien practicó la diligencia. Cuando se decreta el secuestro provisional después de iniciado el proceso de sucesión, la oportunidad es hasta antes de la aprobación del inventario.

5.2.2.3 Secuestro definitivo.

Se consagra en el numeral 2º del artículo 595 del Código de Procedimiento Civil, el cual señala que habrá lugar a esta medida cuando exista desacuerdo entre los herederos y entre éstos y el cónyuge sobreviviente, con respecto a la administración de los bienes que administren; el juez a solicitud de cualquiera de ellos la decretará, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 682, 683 y 686 del Código de P.C.

-Razón de ser de estas medidas. Constituyen medidas de protección para evitar la sustracción o la pérdida de los bienes; el secuestro provisorio opera ante la discrepancia en la administración de ellos.

5.2.3 Herencia yacente

5.2.3.1 Noción

Del latín Jacere=descansar.

“Porque mientras no es aceptada parece que descansa”. Hereditas jacens dicitur quae nondum adita est, dice el digesto.

“Es la que no ha sido aceptada por el heredero previos los requisitos establecidos en el artículo 1297 del C.C.”³

5.2.3.2 Requisitos para su declaración (artículos 1297 del C.C., en concordancia con el artículo 581 del C. de P.C.).

a) Que transcurran quince días contados a partir de la apertura de la sucesión (muerte del causante sin que hubiere aceptación de la herencia, o cuota de ella, que no haya albacea con tenencia de bienes que haya aceptado el cargo).

b) Solicitud a instancia del cónyuge sobreviviente, pariente o dependiente del difunto, o de otra persona interesada (como la legitimada para promover el proceso de sucesión) dirigida al juez de familia del último domicilio del causante. La declaración puede hacerla el juez en forma oficiosa. En el mismo auto designa curador (actualmente conforme lo establece el artículo 114 de la ley 1306 de 2009, administrador, para cuya designación se tendrá en cuenta las reglas de carácter sustancial y procesal señalada para los guardadores).

5.2.3.3 Trámite

Surtida la actuación anterior, conforme lo establece el artículo 582, el juez ordenará publicar la declaración en un diario de circulación en el lugar, y el emplazamiento por medio de edicto de todos los que se consideren con derecho a intervenir en la sucesión, en la forma que señala el artículo 589 (fijación del edicto por diez días en la secretaría del juzgado y publicación del mismo durante este término en un diario de circulación en el lugar y en una emisora local si la hubiere).

Si existiere testamento en el edicto se incluirán los nombres de los herederos que tengan esta calidad.

Posesionado el administrador de los bienes de la herencia declarada yacente y prestada la caución en el término de diez días, el juez le discernirá el cargo y señalará fecha y hora para la entrega de los bienes relictos, con la relación detallada que se hará constar en acta.

Remate de bienes. Procederá el remate, previo aviso al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar cuando transcurran dos años contados a partir del fallecimiento del causante sin que comparezcan herederos, bien de oficio o a solicitud del administrador. Rematados los bienes se cancelan los gastos originados en la administración y los honorarios del administrador, y el remanente se consignará a órdenes del juzgado. Estos dineros serán invertidos por el juez en títulos de crédito de la Nación, de alta rentabilidad y se depositarán en la sección fiduciaria de un establecimiento bancario o entidad similar.

³ SIERRA GARCIA, Jaime. “Diccionario Jurídico”. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Bogotá 2003, p. 264.

5.2.4 Herencia vacante.

El juez hará esta declaración, de oficio o a petición de persona interesada, cuando transcurran veinte años contados a partir del fallecimiento del causante sin que aparezcan sus herederos a reclamar la herencia. Los títulos crediticios serán entregados al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (artículo 584).

Si antes de la declaración de vacancia aparecen herederos o cónyuges sobreviviente, las diligencias anteriores seguirán como proceso de sucesión, sin que haya lugar a nuevo edicto emplazatorio (artículo 585).

5.3 TRÁMITES PARA LIQUIDAR HERENCIAS Y SOCIEDADES CONYUGALES

5.3.1 Trámite Notarial

Este trámite fue autorizado y se encuentra reglamentado en los decretos 902 de 1988, 1729 de 1989 y 2651 de 1991.

5.3.1.1 Fines.

Persigue la liquidación de herencias, sociedades conyugales y patrimoniales entre compañeros permanentes (aún entre parejas del mismo sexo), sin que importe la cuantía, y por causa de muerte de uno de los cónyuges o compañeros permanentes.

5.3.1.2 Requisitos.

Originalmente se exigió que todos los interesados tuvieran capacidad y que existiera acuerdo entre ellos. Con el decreto 2651 de 1991 se amplió la posibilidad de acudir a este trámite al establecer como requisito que por lo menos uno de los interesado fuere capaz y hubiere acuerdo entre éste y el representante legal de los incapaces.

5.3.1.3 Competencia.

La tiene el notario del círculo del último domicilio del causante.

5.3.1.4 Trámite

Se integra con las siguientes etapas

a) Solicitud escrita presentada personalmente por el apoderado de los interesados, que debe ser abogado titulado e inscrito. Si el valor de los bienes fuere de mínima cuantía, los interesados pueden actuar en forma directa.

La solicitud contendrá el nombre de los interesados, su vecindad y el interés que les asiste para presentarla; nombre y último domicilio del causante; indicación de la forma como se acepta la herencia, a saber, pura y simplemente o con beneficio de inventario, cuando se trate de heredero; manifestación bajo juramento que se entiende prestado por la firma de la solicitud, de que no se conocen otros interesados de igual o de mejor derecho del que tienen los peticionarios; que no saben de la existencia de otros legatarios o acreedores distintos de los relacionados en los activos y pasivos que se acompañan a la solicitud.

Anexos. Como tales se acompañan los documentos señalados en el artículo 588 del C. de P.C.; el inventario de bienes y deudas y avalúo de ellos, de la herencia, de la sociedad conyugal o patrimonial si fuere el caso, y el trabajo de partición (intervención de varios interesados) o de adjudicación, tratándose de heredero único.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 21 de abril de 2010 expresó que cuando quien promueve ante notario un trámite sucesoral, ocultando la existencia de otras personas con derecho a heredar, incurre en el delito de falsedad ideológica en documento privado.⁴

Admisión del trámite. Si los anteriores escritos, y documentos anexados se presentan conforme lo señala el decreto, el notario acepta la solicitud y ordena citar a las personas con derecho a concurrir a este trámite, mediante edicto emplazatorio, en la forma señalada en el artículo 589 del C. de P.C., y dará aviso a la oficina de cobranzas o a la Administración de Impuestos Nacionales, y a la Superintendencia de Notariado y Registro, de la iniciación del trámite, informando el nombre del causante y el número de su cédula de ciudadanía o la tarjeta de identidad, o el NIT, según el caso.

Publicado el edicto en el periódico respectivo, se acompañarán a la Notaría la página en la cual conste que se realizó la publicación de aquél y el certificado de la radiodifusora, si a ello diere lugar. Transcurridos diez días después de la publicación del edicto sin que se hubiere formulado oposición por parte de algún interesado, y cumplida la intervención de las autoridades tributarias conforme a las disposiciones que correspondan, siempre que los impuestos a cargo del causante se hubieren cancelado o celebrado acuerdo de pago con la respectiva autoridad, procederá el notario a extender escritura pública, con la cual quedará solemnizada y perfeccionada la partición o adjudicación de la herencia y la liquidación de la sociedad conyugal o patrimonial, si fuere el caso. Dicha escritura deberá ser suscrita por los asignatarios y el cónyuge, según la actuación, o por sus apoderados. Si antes de suscribirse la escritura de que trata el numeral 3º del presente artículo, se presentare otro interesado de los que determina el artículo 1312 del Código Civil, deberá rehacerse de común acuerdo, por todos los

⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, de fecha 21 de abril de 2010. Magistrado Ponente. GONZÁLEZ DE LEMOS, María del Rosario.

interesados, la partición de la herencia y la liquidación de la sociedad conyugal o patrimonial, si fuere el caso.

Si en el transcurso del trámite de la liquidación surgiere desacuerdo entre los interesados que concurrieron a solicitarla o intervinieron posteriormente, el notario dará por terminada la actuación y procederá a devolver el expediente.

Si después de otorgada la escritura pública se presentan nuevos interesados, éstos podrán hacer valer sus derechos ante juez competente mediante la acción de petición de herencia ante el juez de familia competente, o bien, solicitarle al mismo notario junto con los intervinientes en la anterior liquidación, que ésta se rehaga.

Cuando después de otorgada la escritura pública que pone fin a la actuación, aparecieren nuevos bienes del causante o de la sociedad conyugal o patrimonial, o cuando se dejaron de incluir en aquélla bienes inventariados en el trámite de dicha liquidación, podrán los interesados solicitar al mismo notario una liquidación adicional, para lo cual no será necesario repetir la documentación que para la primera se hubiera presentado, ni nuevo emplazamiento. La misma actuación se surtirá ante el notario cuando se adelantó un proceso de sucesión por la vía judicial y aparecen nuevos bienes del causante o de la sociedad conyugal.

5.3.1.5 Variables

Los decreto 902 de 1988 y 1729 plantean algunas hipótesis que pueden presentarse en el trámite notarial. Resumen de las mismas se observa en el siguiente cuadro⁵

Supuesto (qué pasa si)	Solución Legal	Norma
Se ocultan interesados o se declaran pasivos inexistentes.	Se produce solidaridad por los perjuicios que se causen, más sanciones legales.	Inciso 4 artículo 2 Decreto 902, Artículo 1 del Decreto 1729.
Faltan requisitos a la solicitud	La devuelve el notario con las respectivas observaciones	Inciso 4 del numeral 2 del artículo 3 del decreto 902.
Pasado el término legal, impuestos (DIAN) guarda silencio.	Se sigue con el trámite.	Inciso 2 del numeral 3 del artículo 3 del decreto 902
Fallece un interesado, durante el trámite	Se sigue la liquidación si sus sucesores son capaces y no revocan el poder ⁶ .	Numeral 4 del artículo 3 del decreto 902.
Incapacidad sobreviviente de uno de los interesados.	Termina el trámite	Inciso 2 del numeral 4 del artículo 3 del decreto 902.

⁵ PARRA BENÍTEZ, Jorge. "Derecho Procesal Civil". Universidad de Medellín. Medellín, 2010, ps. 445 y ss.

⁶ La revocación no tiene por qué impedir que siga el trámite. La norma no contempla el caso de la renuncia del poder.

Si llega un nuevo interesado, antes de firmarse la escritura, y no hay acuerdo.	Termina actuación notarial.	Numeral 5 del artículo 3 del decreto 902.
Aparecen después de la escritura nuevos bienes o se omitieron en la partición unos inventariados	Liquidación sin repetir documentación ni emplazamiento.	Inciso 1 del numeral 8 del artículo 3 del decreto 902, artículo 4 decreto 1729.
Si aparecen nuevos bienes o se omitieron en la partición algunos inventariados, en una sucesión judicial.	Se puede efectuar liquidación notarial adicional, pero completa (se adelanta todo el trámite).	Inciso 2 del numeral 8 del artículo 3 del decreto 902, artículo 4 decreto 1729.
Hay trámite simultáneo, en dos notarias, de una misma liquidación	Se devuelven documentos para que se haga una sola o por juicio.	Artículo 7 del decreto 902
Se otorgan varias escrituras de partición y hay bienes sujetos a registro.	Prevalece lo que primero se registre.	Inciso 1 del artículo 9 del decreto 902.
Se otorgan varias escrituras de partición y no hay bienes sujetos a registro.	Prevalece la escritura que primero sea otorgada.	Inciso 2 del artículo 9 del decreto 902.
Hubiere juicio de sucesión en curso.	Si se lleva la prueba al notario, termina actuación y remite al juez.	Artículo 10 del decreto 902.
Se llega a acuerdo en sucesión judicial.	Se puede pasar a notario y el juez suspende su actuación. Luego se le comunica y se dispone el archivo.	Artículo 11 del decreto 902.

5.3.2 Trámite Judicial

5.3.2.1 Fines y competencia

Se acude al proceso de sucesión, según lo señala el artículo 586 para la liquidación de sucesiones testadas, intestadas y mixtas, al igual que para liquidar la sociedad conyugal disuelta por la muerte de uno de los cónyuges o la sociedad marital de hecho reconocida o declarada entre personas de idéntico sexo (sentencia C-075 de 7 de febrero de 2005, Corte Constitucional).

El juez competente será el de familia del último domicilio del causante si el valor de los bienes relictos excede de noventa salarios mínimos mensuales, o el juez civil municipal si no excede de esta suma, cuando todos los interesados sean menores de edad o incapaces, o si existiendo personas capaces y por lo menos un incapaz, entre ellos no hubiere acuerdo para acudir al trámite notarial.

5.3.2.2 Etapas

Las etapas de imperioso acatamiento o que constituyen aspectos principales son las siguientes:

- a) Demanda de apertura de la sucesión.
- b) Auto de apertura de la misma, emplazamiento y reconocimientos de las calidades invocadas.
- c) Diligencia de inventarios y avalúos.
- d) Posesión efectiva de la herencia.
- e) Decreto de partición y designación de partidor.
- f) Partición.
- g) Sentencia aprobatoria de partición.
- h) Entrega de los bienes a los adjudicatarios.

La posesión efectiva y la entrega de los bienes a los adjudicatarios son potestativas de los interesados⁷.

5.3.2.2.1 Legitimación. Demanda y anexos

Legitimación. Se encuentran facultados para promover este proceso las personas mencionadas en el artículo 1312 del C.C: cónyuge sobreviviente, herederos presuntos testamentarios o abintestato, albacea con o sin tenencia de bienes, legatarios, administrador de la herencia yacente, fideicomisarios, socios de comercio y todo acreedor hereditario que presente título de su crédito.

Requisitos. Además de los requisitos generales de toda demanda, el artículo 587 señala los siguientes:

- Datos de los interesados. Nombre y vecindad del demandante, con indicación del interés que le asiste para su proposición.
- Datos del causante. Nombre y último domicilio del mismo.
- Datos referentes a los bienes. Relación de los bienes relictos o de la sociedad conyugal o sociedad patrimonial, y relación del pasivo que grave la herencia y del que exista a cargo de la sociedad conyugal o patrimonial.

⁷ AZULA CAMACHO, Jaime. "Manual de Derecho Procesal Civil". Tomo V. Editorial Temis, Bogotá, 1998, ps. 46 y ss.

- Forma de aceptación de la herencia por parte de los herederos. Manifestarán si la aceptan con beneficio de inventario o pura y simplemente. Si guardan silencio se considerará que la aceptan con beneficio de inventario.

En esta demanda, el interesado o interesados formularán como pretensiones, las siguientes: a) declarar abierto el proceso de sucesión del causante; b) ordenar el emplazamiento de las personas que se consideren con derecho a intervenir en el proceso; c) decretar la facción de inventarios y avalúos; y d) el reconocimiento de la calidad con la que actúa el demandante.

Anexos. Además de las copias para el archivo del juzgado, a la demanda se acompañarán los siguientes anexos:

- Prueba de la defunción del causante. Registro Civil de defunción.
- Para sucesiones testadas, copia del testamento, y si fuere el caso (testamento verbal, por ejemplo), copia de la escritura de protocolización de las diligencias referidas en el capítulo I.
- Pruebas que acreditan el interés del demandante, como el registro civil de matrimonio para comprobar la calidad de cónyuge sobreviviente, las del estado civil para la demostración del parentesco; el documento que contiene el crédito si se trata de acreedor hereditario; testamento si se trata de albacea o legatario, y la escritura pública sobre la cesión de de los derechos herenciales, en el caso del cesionario.

5.3.2.2.2 Primer auto y contenido

Si la demanda reúne los requisitos de ley, y se acompañaron los anexos señalados, el juez dicta auto de apertura del proceso de sucesión. Y contendrá además la orden de emplazar a todos los que se crean con derecho a intervenir en él, por edicto que se fija en la secretaría del juzgado por el término de diez días en la Secretaría del Juzgado. La publicación se hará por una vez en un diario de amplia circulación en el lugar, a juicio del juez, y en una emisora de la localidad, si la hubiere. El plazo máximo para que los interesados comparezcan al proceso es hasta antes de la sentencia que aprueba el trabajo de partición.

El auto que niega la apertura de la sucesión (por no reunir los requisitos legales o por falta de algunos de los anexos referidos) es apelable en el efecto suspensivo, y el que lo declara abierto, en el devolutivo.

5.3.2.2.3 Opción entre porción conyugal y gananciales para el cónyuge

Mientras los gananciales constituyen el 50% de los bienes y pasivos adquiridos por los cónyuges durante la vigencia de la sociedad conyugal, y que no sean a título gratuito, como regla general, la porción conyugal es aquella parte del patrimonio de una persona fallecida que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que no cuenta con recursos suficientes para su subsistencia. El artículo 574 señala la forma como el cónyuge puede llegar a ejercer en el proceso de sucesión

el derecho que le asiste para escoger entre gananciales y porción conyugal. Constituyen reglas, las siguientes:

- 1ª) La elección deberá hacerla antes de la diligencia de inventarios y avalúos.
- 2ª) En caso de silencio por parte del cónyuge se entiende que el cónyuge optó por gananciales.
- 3ª) Si el cónyuge sobreviviente optó por porción conyugal y tiene bienes propios, éstos deberán ser incluidos en el activo de la sucesión. “Se entiende que los abandona para que se incluya en la partición (lo lógico será adjudicárselos a él mismo, como parte de su porción conyugal)”⁸

5.3.2.2.4 Inventarios y avalúos

Denominación. El artículo 600 la denomina audiencia de inventario de bienes y deudas de la herencia y de la sociedad conyugal

1º Oportunidad y legitimación

Una vez vence el término del edicto emplazatorio, efectuadas las publicaciones y agregadas al expediente.

Esta diligencia puede ser solicitada por cualquiera de los interesados reconocidos en el proceso, y por el juez.

Podrán concurrir las personas legitimadas para formular la demanda de apertura de la sucesión, incluido el compañero permanente (inciso 1º y regla 1ª).

2º Integración de la diligencia. Dos son las partes que la integran

La primera parte se integra con la denuncia de bienes, que constituye la relación de todos los componentes de la masa herencial y el haber de la sociedad conyugal; se incluye en esta las compensaciones debidas por el cónyuge sobreviviente o el causante. En caso de desacuerdo entre los interesados sobre el valor total o parcial de alguno de los bienes, el juez resolverá previo dictamen pericial.

La segunda parte se encuentra conformada por el pasivo, y comprende los créditos a favor de terceros y las compensaciones debidas por la sociedad conyugal al cónyuge sobreviviente o al causante. En este pasivo sólo se incluirán las obligaciones que consten en títulos ejecutivos, siempre que en la audiencia no sean objetados. Los acreedores cuyos créditos no sean inventariados podrán hacerlo valer en proceso ejecutivo, para cuyo efecto, el juez ordenará la devolución de ellos (reglas 2ª y 3ª).

3º) Bienes excluidos del inventario

⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. “El Proceso Civil. Parte Especial”. “Compendio de Derecho Procesal Civil. Tomo III, Volumen II. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín, 1991, p., 1038 y s.

Es posible que algunos bienes que pertenecen al cónyuge sobreviviente se incluyan dentro del activo de la masa herencial. En este evento dicho cónyuge podrá solicitar la exclusión de ellos dentro del término de traslado del inventario, a la cual se le dará el trámite incidental (regla 3ª)

4º) Bienes dejados de inventariar

Los interesados podrán solicitar inventario y avalúos adicionales antes de la aprobación del trabajo de partición o de adjudicación (regla 4ª).

Traslado y objeciones

Del inventario y avalúos se dará traslado a las partes por el término de tres días para que los interesados puedan objetarlos y pedir aclaraciones y adiciones, señala el artículo 601.

Las objeciones pueden recaer sobre los inventarios y el dictamen pericial.

En el primer evento su objeto es el de excluir partidas que se consideran incluidas en forma indebida, o bien, la inclusión de las compensaciones, sean a favor o a cargo de la sociedad conyugal.

Las objeciones al inventario se tramitan en forma incidental.

Cuando se trata de la prueba pericial ante el desacuerdo sobre el valor los bienes de la sucesión, el juez simultáneamente dará traslado de los inventarios y del dictamen pericial. Las objeciones, aclaraciones y complementaciones a la prueba pericial, se surtirán conforme lo dispone el artículo 238 del C. de P.C. Las primeras se tramitarán conjuntamente por auto susceptible del recurso de apelación.

Aprobación del inventario y avalúos

La aprobación tiene lugar cuando no se formulan objeciones, o si se proponen, el juez así lo dispondrá en el auto que las decida.

5.3.2.2.5 Posesión efectiva de la herencia

Aprobados los inventarios y avalúos de los bienes, si dentro de ellos se relacionaron inmuebles, cualquiera de los herederos podrá solicitarle al juez que dicte auto concediéndoles a todos, el decreto de posesión efectiva con su orden de inscripción en la oficina de registro de instrumentos públicos, regulado en el artículo 757 del C.C., el que se extenderá a los que intervengan con posterioridad, si así lo invocan. Este auto es apelable. La doctrina considera a esta figura como de inútil aplicación en la práctica, por lo que está llamada a desaparecer. En criterio de la Corte Suprema de Justicia, la venta de cosa que pertenece a la herencia que haga un heredero antes de la partición de los bienes se encuentra

expuesta a la contingencia de que esa cosa se le adjudique a él o a otro y a que se confirme o se haya de tratar como venta de cosa ajena, conforme los artículos 779 y 1401 del C.C.⁹

5.3.2.2.6 Decreto de partición y designación de partidor (artículo 608)

Concepto. Acto mediante el cual se liquida la herencia, la sociedad conyugal o patrimonial, y se adjudica los bienes relictos a las personas con vocación hereditaria, en la proporción que establece la ley o el testamento, así como los que se destinan a pagar el pasivo reconocido y los gastos que se causen en el curso del proceso.

Oportunidad y legitimación para solicitarla

Aprobado el inventario y avalúos, el juez decretará la partición a solicitud del cónyuge sobreviviente, herederos y legatarios, siempre que no esté pendiente el remate de bienes y cumplida la intervención de la DIAN, si el valor de los bienes sucesorales supera los 700 UVT (unidad de valor tributario estimado en \$ 24.555.00 para el período comprendido entre el lo. de septiembre de 2010 y el lo. de octubre de 2010. Resulta de aplicar a la actual UVT, la variación acumulada del índice de precios al consumidor para ingresos medios).

Según lo dispone el artículo 615 el heredero único, en lugar de solicitar la partición pedirá la adjudicación de los bienes inventariados.

Contenido del auto que decreta la partición

Con el decreto de partición, el juez reconocerá al partidor que designen los interesados en la solicitud, siempre que reúna los requisitos legales. En caso contrario prevendrá a los interesados para que lo hagan en el término de tres días. Si las partes no designan partidor en forma oportuna, o si designado éste no reúne los requisitos de ley, el juez procederá a nombrarlo. En el auto de reconocimiento o que lo designe (debe ser abogado inscrito), se señalará el término para elaborar el trabajo de partición.

Otros casos de designación de partidor

Los señala el mismo artículo 615. Cuando se trata de interesado incapaz (cónyuge o heredero), su representante legal solicitará autorización para proceder a la partición, caso en el cual el juez la concederá en el auto que la decreta, y designará partidor de la lista de auxiliares de la justicia.

En la sucesión testamentaria si el testador designa partidor, el juez lo reconocerá. Si dentro de ésta existen bienes de la sociedad conyugal, el cónyuge

⁹ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. "Procedimiento Civil". Parte Especial, Editorial Dupré, Bogotá, 2004, p. 694

sobreviviente, antes de la ejecutoria del auto de reconocimiento del partidor, podrá manifestar la no aceptación del testamentario, evento en el cual el juez designará otro partidor para la sociedad conyugal. Se presentará un solo trabajo de partición. El primero realizará la partición de la herencia.

El artículo 615 señala otro caso donde no existe partidor testamentario, y los herederos y cónyuge sobreviviente capaces podrán realizar el trabajo de partición por sí mismos o por conducto de sus apoderados judiciales con facultades para ello, siempre que no haya expirado el término para la designación de partidor.

5.3.2.2.7 Suspensión de la partición.

Esta figura la consagra el artículo 618 por las causas que señalan los artículos 1387 y 1388 del C.C., como controversias que recaen sobre derechos a la sucesión por testamento o abintestato, desheredamiento, incapacidad o indignidad de los asignatarios, o controversias que recaigan sobre bienes en que alguien alega derecho de propiedad y que integran la masa partible. Se suspende no la partición, sino la sentencia aprobatoria.

En referencia al primero de los artículos citados, fundada en la existencia de otro proceso donde se ventilen asuntos relacionados con la partición, como sucede con la situación que se presenta en la filiación extramatrimonial, existen dos criterios. Devis Echandía¹⁰ sostiene la viabilidad de la suspensión. Señala este autor lo siguiente:

“No puede haber duda acerca de que hay controversia sobre derechos herenciales abintestato, lo mismo cuando se impugna la calidad de heredero de quien está reconocido como tal en el sucesorio, que cuando se pide la declaración de esa calidad en proceso ordinario por no tener título para ser reconocido como tal en el sucesorio. Pero sino se suspende la partición y se practica y registra ésta, los adjudicatarios quedarán sometidos a los resultados del proceso ordinario, y si éste prospera para el demandante aquellos deberán efectuar las restituciones del caso, y será necesario proceder a nueva partición cuando éste no quede como heredero único y a nueva liquidación de la sociedad conyugal si fuere el caso (porque la practicada en el sucesorio sin audiencia de ese heredero, no puede obligar ni vincular a éste)”

De no aceptarse la suspensión de la partición cuando se trata de hijo extramatrimonial, su derecho lo puede hacer valer promoviendo el proceso de filiación y de petición de herencia, y como medida cautelar solicitar la inscripción de la demanda sobre los bienes de la masa herencial, para obtener, en caso de prosperar, que la partición se rehaga, con su inclusión y correspondiente adjudicación.

¹⁰ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Op., cit., p. 1059 y s. El autor hace referencia al auto de 3 de julio de 1974 del Tribunal de Medellín que negó la suspensión, y ha sido ésta la doctrina preponderante en los demás Tribunales

En sentencia C-114 de marzo 21 de 1996, la Corte Constitucional señaló que podrá solicitarse la suspensión de la partición en el proceso de sucesión de acuerdo con el artículo 1387 del C.C., citado, cuando se formula demanda ordinaria (hoy verbal de mayor y menor cuantía, en los términos de la ley 1395 de 2010) para obtener la declaración de existencia de sociedad patrimonial de hecho. Puede suspenderse también la partición por causa de un proceso penal sobre falsedad de los documentos que se aducen como prueba del estado civil de algún heredero, conforme lo señala el artículo 170 del C. de P.C., pues en este caso se tiene que la sentencia penal influye en la civil, por ser decisiva y necesaria. Así lo dispuso el Tribunal de Medellín, mediante auto de fecha 12 de diciembre de 1974¹¹

5.3.2.2.8 Presentación de la partición.

El partidor deberá presentar su trabajo personalmente. En él quedan establecidas las bases de la liquidación y adjudicaciones, éstas se encuentran contenidas en las hijuelas que corresponden a cada asunto materia de adjudicación, como el pasivo social, recompensas, gananciales, pasivo de la sucesión, herencia, legados, etc.

Para realizar la partición, el partidor deberá apoyarse en los inventarios y avalúos aprobados. Es posible que se proponga la exclusión de algunos de los bienes, tal como lo establece el artículo 605 del C. de P.C. Este artículo se aplica en caso de haberse promovido proceso ordinario (hoy verbal) sobre la propiedad de bienes inventariados; el cónyuge o cualquiera de los herederos podrá solicitar la exclusión de aquéllos, en forma total o parcial de la partición, según fuere el caso, sin perjuicio de que si el proceso se decide en favor de la herencia, se proceda en la forma que señala el artículo 1406.

La oportunidad para formular esta petición es hasta antes del decreto de partición o adjudicación de los bienes y a ella se acompañará certificado sobre la existencia del proceso ordinario, con la inserción de copia de la demanda, del auto admisorio y su notificación. El auto que decida la solicitud es susceptible del recurso de apelación en el efecto diferido¹²

5.3.2.2.9 Objeciones y aprobación de la partición.

Presentada la partición, si no se objeta, el juez observa que el partidor cumplió con todos los requisitos de orden sustancial para la elaboración de este trabajo, y los interesados lo solicitan de común acuerdo, dictará de plano sentencia aprobatoria, providencia que no es susceptible del recurso de apelación. Si versa sobre bienes sujetos a registros, copia del trabajo y de la sentencia que aprueba la partición se inscribirá en la oficina de registro. Una vez registrada el juez ordena la

¹¹ Ibídem, p. 1060.

¹² PARRA BENITEZ, Jorge. Op.,cit., p. 452 y s.

protocolización del expediente en la notaría del lugar que designen los interesados.

Las objeciones a la partición serán tramitadas por la vía incidental en forma conjunta. Si ninguna prospera, el juez dictará sentencia que aprueba la partición. En caso contrario, si prospera alguna, el mismo juez, por auto, ordenará que se rehaga la partición en el término que le señale con indicación del objeto de la modificación. Dicha orden se comunicará al partidor por telegrama que se dirige al lugar de habitación o de trabajo. Rehecha la partición el juez la aprobará mediante sentencia si la encuentra conforme a las disposiciones legales. En caso contrario, ordenará al partidor reajustarla (artículo 611).

El partidor será reemplazado en los casos que expresa el artículo 612: cuando el partidor no la presenta oportunamente o no la rehaga o reajuste en el término que el juez le señale, y le impondrá multa de uno a diez salarios mínimos mensuales.

5.3.2.2.10 Entrega de bienes a los adjudicatarios

Oportunidad para solicitar la entrega de ellos. Dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria, los adjudicatarios podrán pedirle al juez la entrega de los bienes adjudicados en la partición; la orden de entrega será impartida por el juez una vez registrada ésta (artículo 614).

La anterior norma señala los eventos que pueden presentarse el día de la diligencia de entrega de los muebles adjudicados a los peticionarios.

a) Al momento de la entrega los bienes se encuentran en poder de quien acredite en forma sumaria título de tenencia que procede del causante, o del adjudicatario. La entrega se llevará a cabo dejando a salvo los derechos del tenedor, pero se le advertirá que en lo sucesivo debe entenderse con el adjudicatario, quien en el primer caso quedará subrogado en los derechos de su causante.

b) Los bienes se encuentran en poder de persona que invoca título de poseedor material, o de un tenedor que deriva sus derechos de un tercero poseedor. Para el caso planteado tendrá aplicación el artículo 338 (oposición a la entrega del bien ordenado en la sentencia, siempre que acrediten siquiera sumariamente sus respectivas calidades, de poseedor para el primero y de éste y de tenedor en el segundo evento).

Inadmisibilidad de oposiciones. No serán oídas oposiciones de herederos, secuestre o albacea. No obstante, los herederos podrán alegar derecho de retención como consecuencia de mejoras puestas en el inmueble con anterioridad al fallecimiento del causante, o con posterioridad a ciencia y paciencia del adjudicatario; en estos casos se procederá en la forma señalada en los incisos segundo a cuarto del artículo 339.

5.3.3 Sucesión procesal.

El artículo 621 del C. de P.C., dispone que si fallece alguno de los asignatarios reconocidos en el proceso, cualquiera de sus herederos podrá intervenir en su lugar para los fines del artículo 1378 del Código Civil, pero en la partición o adjudicación de bienes la hijuela se realizará a nombre y a favor del fallecido.

5.3.4 Acumulación de Sucesiones

Tiene lugar cuando se trata de la sucesión de ambos cónyuges. En este evento, el proceso de sucesión podrá iniciarse para que se liquide conjuntamente la herencia de ambos conyugues y la respectiva sociedad conyugal. Tendrá competencia el juez a quien corresponda la sucesión de cualquiera de ellos.

El artículo 622 plantea dos casos de acumulación de sucesiones. El primero de ellos tiene lugar cuando se inician los procesos de sucesión por separado y con posterioridad se solicita la acumulación. En el segundo, se presenta la demanda de apertura del proceso de sucesión del cónyuge que fallece después, ante el juez que conozca de la sucesión del otro cónyuge, dentro del mismo expediente.

En ambos casos, a la solicitud deberá acompañarse la prueba del matrimonio de los causantes, si no figura en el expediente, y se aplicará lo dispuesto en los artículos 158 y 159 del Código de Procedimiento Civil; si por razón de la cuantía el juez no puede conocer del nuevo proceso, enviara los dos al competente.

La solicitud de acumulación de procesos sólo podrá formularse antes que se haya aprobado la partición o adjudicación de bienes en cualquiera de ellos.

5.3.5 Conflicto Especial de Competencia

Dos situaciones llevan a originar este conflicto de competencia.

Primera. La señala el artículo 623. Se adelanta el proceso de sucesión ante juez incompetente. A manera de ejemplo, conoce de éste, no el juez del último domicilio del causante, sino el del lugar de ubicación de sus bienes. En este evento cualquiera de los interesados podrá solicitarle al juez que se abstenga de seguir conociéndolo, petición que será resuelta de plano si es elevada por todos ellos; en caso contrario el trámite será incidental. La petición deberá señalar el juez competente. El juez decidirá la petición mediante auto y si esta prospera en el mismo auto ordenará remitir la actuación surtida hasta el momento al juez correspondiente. Deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en los incisos segundo a quinto del artículo 148. Se trata de un caso de colisión positiva de competencia, en virtud a que se están tramitando procesos de sucesión del mismo causante.

Segunda. Sucesión tramitada ante distintos jueces. Tiene lugar cuando dos o más jueces conocen del proceso de sucesión de un mismo causante; cualquiera de los interesados podrá solicitarle al juez o tribunal a quien corresponda dirimir el

conflicto, que determine la competencia. La solicitud es viable mientras en ninguno de los procesos no hubiere sentencia ejecutoriada que apruebe la partición o la adjudicación de bienes.

A la solicitud se acompañará la prueba del interés del solicitante, los certificados sobre la existencia de los procesos y el estado en que se encuentren, y se tramitará como incidente después de recibidos los expedientes, cuya remisión ordenara el juez o tribunal.

En la providencia que dirima el conflicto se declara nulo lo actuado ante el juez incompetente.

Competente para conocer del incidente de conflicto de competencia

a) Juez de Familia. Ambos jueces que conocen del proceso de sucesión son de la misma jerarquía y se encuentran dentro del mismo circuito (juez civil municipal o promiscuo municipal de Piedecuesta y juez civil municipal o promiscuo municipal de Rionegro).

b) Sala de Familia o Civil y de Familia de Tribunales Superiores. Si en dos juzgados de familia del mismo Distrito judicial se tramitan procesos de sucesión del mismo causante (juez de familia de Bucaramanga y juez de familia de Málaga o de Barrancabermeja).

c) Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia. Los dos procesos de sucesión se adelantan en juzgados municipales o de familia de diferentes Distritos Judiciales (Juez de familia de Bucaramanga y juez municipal o de familia de San Gil).

CAPÍTULO VI

6 PROCESO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

6.1 NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS

6.1.1 Naturaleza

Si se restringe el concepto de jurisdicción voluntaria a los asuntos tramitados por y ante jueces, a petición de interesados que persiguen la obtención dentro del proceso de un determinado efecto jurídico material o sustancial, como darle certeza a un derecho (declaraciones de ausencia y de muerte presunta) o cumplir un requisito legal para su ejercicio (licencia judicial para enajenar inmuebles de incapaces), sin pretender vincular al mismo a otras personas y sin el señalamiento de personas como demandadas, ni enderezar contra otra u otras la pretensión, por una parte resulta el carácter de verdadero proceso judicial de esos trámites, y por la otra se gana mucho en la precisión del concepto de jurisdicción voluntaria¹.

6.1.2 Características

6.1.2.1 Según el Código de Procedimiento Civil

En cuanto a la demanda, dispone el artículo 650 que se excluye de los requisitos de este escrito los relativos al demandado o sus representantes.

En cuanto a los efectos de la sentencia. El numeral 1º del artículo 333 señala que las sentencias dictadas en procesos de jurisdicción voluntaria no hacen tránsito a cosa juzgada.

¹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. "El Proceso Civil". Parte Especial. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1991, p. 1121 y s.

6.1.2.2 En la doctrina

El proceso de jurisdicción voluntaria constituye el mecanismo idóneo para que incapaces puedan ejercer válidamente sus derechos.

Mediante este trámite se le puede poner fin a algunas situaciones de incertidumbre, como cuando se ausenta o desaparece una persona de su hogar, sin que se tengan noticias de ella y esta ausencia puede conllevar a la declaración de ausencia o de muerte presunta.

Sirve para proteger personas, y sus bienes, cuando se trata de discapacitados mentales absolutos, para declararlos interdictos, o como instrumento para que una persona entre a formar parte de una familia a la que no pertenece por vínculos de sangre, como en el proceso de adopción, etc.

Parra Quijano, con fundamento en el artículo 649 del C. de P.C., considera que el criterio diferenciador entre la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria está dada, por: a) personas vinculadas a estos procesos. Así, los débiles, los incapaces no pueden hacer valer sus derechos por sí mismos, como por ejemplo, la interdicción del demente (discapacitado mental absoluto), licencia para vender bienes de incapaces, la declaración de ausencia; b) la posición del juez. El juez “asistencial” surgió en los principios del derecho procesal civil establecidos por los decretos 1400 de 1970 y 2282 de 1989; el juez de la jurisdicción voluntaria es más que eso por la calidad de las personas que se vinculan como interesadas. Este juez es, además protector de los intereses de las personas señaladas²

6.2 ASUNTOS QUE COMPRENDE

El artículo 649 del C. de P.C., los señala:

La licencia que solicite el padre o la madre de familia o los guardadores para vender o gravar bienes de sus representados, o para realizar actos que interesen a éstos, en los casos en que el código civil u otras leyes exijan.

La licencia para la emancipación voluntaria.

La designación de guardador, cuando no corresponda a los jueces de menores.

La declaración de ausencia.

La declaración de muerte presuntiva por desaparecimiento.

La interdicción de la persona con discapacidad mental absoluta y su rehabilitación.

² PARRA QUIJANO, Jairo. “Derecho Procesal Civil”. Tomo I. Parte General. Editorial Temis, Bogotá, 1992, p. 26 y s.

La autorización requerida en caso de adopción cuando no corresponda a jueces de menores (de familia).

La insinuación para donación entre vivos.

La corrección, sustitución o adición de partidas de estado civil o del nombre o de anotaciones del seudónimo en actas y folios del registro civil.

Y cualquier otro asunto de jurisdicción voluntaria que no tenga señalado trámite diferente.

6.3 ETAPAS PROCESALES

6.3.1 Demanda y contenido del primer auto

6.3.1.1 Demanda Artículo 650 del C. de P.C.

Este artículo señala que la demanda deberá reunir los requisitos previstos en los artículos 75 y 76, con exclusión de los que se refieren al demandado o a sus representantes. A ella se acompañarán los anexos y pruebas previstos en los numerales 1º, 2º y 6º del artículo 77, y los necesarios para acreditar el interés del demandante.

Retiro y reforma de la demanda. El inciso 2º contiene reglas propias. Podrá retirarse la demanda mientras no se hayan efectuado las citaciones ordenadas en el auto admisorio y reformarse con observancia de lo dispuesto en los numerales 2º y 3º del artículo 89, antes de la notificación del auto que decreta pruebas. Aceptada la reforma continuará el proceso sin que sea necesario repetir las citaciones y publicaciones que antes de ella se hubieran efectuado.

6.3.1.2 Contenido del primer auto

Si la demanda reúne los requisitos legales, consagra el artículo 651, el juez la admitirá, ordenará las citaciones y publicaciones a que hubiere lugar, decretará las pruebas pedidas en ella y las que de oficio considere convenientes, y señalará el término de 15 días para practicarlas, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 110. Sin embargo, cuando deban hacerse citaciones por edicto, dicho señalamiento se hará una vez cumplido tal requisito. El juez de oficio o a petición de parte podrá prorrogar el término para practicar pruebas hasta por diez días.

6.3.1.3 Intervinientes

En los asuntos de que tratan los numerales 1º a 9º del artículo 649, o en cualquier otro en que lo ordenen las leyes especiales, el auto admisorio se notificará al agente del ministerio público en la forma prevista en el artículo 87, a fin de que intervenga como parte, para lo cual deberá acompañarse a la demanda copia de la misma en papel común. Este funcionario se encuentra facultado para

solicitar pruebas dentro los 3 días siguientes a su notificación, las que se decretarán y practicarán en el mismo término del numeral anterior (15 días o dentro de la prórroga).

6.3.1.4 Incidentes.

En esta materia se aplicará lo dispuesto en los numerales 1º y 2º del artículo 446.

6.3.1.5 Sentencia.

Expirado el término probatorio, se dictará sentencia dentro de los diez días siguientes.

6.3.1.6 Apelaciones.

Las apelaciones de autos interlocutorios se sujetarán a lo dispuesto en el artículo 407³

Cuando a causa de la sentencia se requiera posterior intervención del juez, éste dispondrá lo que estime conveniente, para un rápido y eficaz cumplimiento.

6.3.1.7 Efectos de la sentencia

Las declaraciones que se hagan en la sentencia y las autorizaciones que se concedan producirán sus efectos mientras no sean objeto de modificación o sustitución por otra sentencia que se profiera en proceso posterior.

6.4 DISPOSICIONES ESPECIALES

6.4.1 Licencias o autorizaciones (artículo 653)

Un ejemplo de autorización judicial para que los curadores realicen determinados actos, en representación de su pupilo, se encuentra consagrado en el artículo 93 de la Ley 1306 de 2009.

En esta sentencia se fijará el término dentro del cual deben utilizarse las licencias o autorizaciones concedidas por el juez, que no podrá exceder de 6 meses, y una vez vencido se entenderán extinguidas. Este término se debe computar con alguna flexibilidad en los eventos en que ocurran elementos constitutivos de fuerza mayor, vacancia judicial, etc.

³ Los artículos 446 y 407 referidos en las reglas 3ª y 5ª del artículo 651 no tienen correspondencia con la estructura actual del C.de P.C., en consideración a las modificaciones que introdujo el decreto 2282 de 1989.

Al autorizarse la venta de bienes de incapaces o declarados ausentes, se ordenará hacerla en pública subasta, para lo cual se procederá conforme a las disposiciones pertinentes del proceso de sucesión, previo avalúo.

El artículo 617 del C. de P.C., señala que los remates efectuados en el curso del proceso de sucesión se sujetan a lo dispuesto en el artículo 471, numeral 1º. Esta norma dispone que para la venta del bien común dentro del proceso divisorio, en su modalidad indicada, se procederá conforme lo prescrito en el proceso ejecutivo, salvo que la base para hacer postura será el total del avalúo. Si se frustra la licitación por falta de postores, el remate se repetirá las veces que fuere necesario, pero la base para hacer postura será el setenta por ciento del avalúo.

Si se trata de permuta, el juez ordenará que por peritos se avalúen uno y otro bien, para que el negocio se realice de conformidad con el resultado del dictamen, mediante el complemento del precio al que diera lugar.

Las objeciones al avalúo se decidirán por auto que es apelable.

6.4.2 Transacción

Para la validez de una transacción que se celebre entre las partes contratantes cuando una de ellas es incapaz, se requiere, en primer lugar, que medie autorización que se concede en la sentencia dictada en el proceso de jurisdicción voluntaria tramitado ante el juez de familia del domicilio de dicho incapaz, y con posterioridad a su celebración, de la aprobación del mismo juez que la autorizó, en el mismo expediente, y por auto susceptible de apelación (artículo 654).

6.4.3 Reconocimiento del guardador testamentario y posesión del cargo

El artículo 655 fue modificado por el artículo 43 de la ley 1306 de 2009. En los procesos para el reconocimiento del guardador testamentario y discernimiento del cargo se observarán las siguientes reglas:

Cuando el guardados solicita en forma directa que se le dé posesión del cargo, deberá anexar a la demanda copia autentica del testamento, la partida de defunción del testador, y la prueba de la incapacidad del pupilo y cuando fuere el caso, de que no se encuentra bajo patria potestad. Si la prueba es suficiente, no habrá lugar a que se surta la etapa probatoria, y el juez dictará sentencia reconociéndolo; en ella le señala la obligación de prestar caución y el término para presentarla.

Prestada la caución, el juez fijará fecha y hora para la entrega al guardador de los bienes del pupilo por inventario, en el que se incluirán las cosas, que bajo juramento, denuncie el solicitante.

El menor adulto podrá solicitar que se requiera al guardador para que manifieste si acepta el cargo y así lo ordenará el juez y le señalará el termino legal

establecido para haga esta manifestación. Si el guardador invoca dentro de dicho término excusa o alega inhabilidad, se tramitará incidente, con intervención del ministerio público.

Los artículos 71 y ss., de la ley 1306 de 2009 se refieren a las incapacidades, denuncia de ellas y a las excusas y su alegación para el ejercicio de las guardas. Los artículos 73 y 74 señalan las causales de incapacidad y las incapacidades temporales.

El guardador que se creyere incapaz para el ejercicio de la guarda cuenta con treinta días, que se contarán a partir de la fecha de citación para que manifieste ante el juez su incapacidad (artículo 75). Por su parte, los artículos 78 y 79 contienen las causales de excusa y los plazos para invocarlas, que son los establecidos para la manifestación de incapacidades.

Si el guardador acepta el cargo deberá proceder en la forma señalada en los numerales 2 y 3 del artículo 655.

6.4.4 Declaración de ausencia (artículo 656 del C. de P.C.)

6.4.4.1 Acción de provocación del nombramiento de administrador

Dispone la regla 1ª del artículo 115 de la ley 1306 de 2009 que este nombramiento lo pueden provocar los parientes obligados a promover la interdicción del discapacitado mental absoluto (artículo 32) y el defensor de familia. Igualmente podrán provocarla los acreedores, para que se les responda por sus obligaciones. Para este último efecto, el deudor que se oculta será mirado como ausente.

6.4.4.2 Requisitos sustanciales para la mera ausencia

El artículo 97 del C.C., los señala:

- a) Ausencia del lugar de su domicilio.
- b) Que se ignore su paradero.
- c) Que el ausente no esté sometido a patria potestad o a guarda y que no haya constituido mandatario general. De lo contrario, éstos cuidarán de sus intereses.

6.4.4.3 Reglas para esta declaración:

1ª Requisito especial de la demanda. Relacionar bienes y deudas del ausente.

2ª Contenido del primer auto. El juez admite la demanda; se designa curador ad-litem al ausente; se ordena la publicación del extracto de la demanda por edicto, que contendrá además:

- a) La prevención a quienes tengan noticias del ausente para su comunicación al juzgado.

b) El emplazamiento de quienes tengan derechos a ejercer la guarda, para que se presenten al proceso y los hagan valer.

Formalidad de la publicación. El edicto se publicará en la forma señalada en el artículo 318 del C. de P.C., pero además de la publicación en periódico y emisora locales, si los hubiere, deberá hacerse en uno de los periódicos que se editen en la capital de la república.

3ª Trámite posterior. Recibidas las noticias sobre el paradero del ausente, el juez hará las investigaciones que estime necesarias a fin de esclarecer el hecho, para cuyo efecto él mismo empleará los medios de información que considere convenientes.

4ª Cumplido los trámites anteriores y concluido el termino probatorio, el juez dictará sentencia, y si fuere favorable a lo solicitado, además de declarar ausente a dicha persona, en ella nombrará el curador legítimo o dativo, conforme lo preceptúa el C.C. A esta curaduría se le aplicará lo dispuesto en los numerales 2º, 3º y 4º del artículo 655 del C. de P.C.

El artículo 115 de la ley 1306 de 2009 se refiere al nombramiento de un administrador, legítimo, o en su defecto, dativo.

Cuando el valor de los bienes productivos supere la cuantía de quinientos salarios mínimos mensuales legales, o por la complejidad de administración de los mismos así lo amerite, el administrador será una sociedad fiduciaria. La tradición de los bienes del ausente se hará por conducto del juez, señala la misma norma

5ª Terminación de la curaduría de los bienes del ausente. Se decretará la terminación de esta curaduría por el regreso del ausente, por su muerte real o presunta o por el hecho de hacerse cargo un procurador constituido debidamente y por la extinción total de los bienes (regla 5ª del artículo 115 de la ley 1306 de 2009).

6.4.5 Presunción de muerte por desaparecimiento

6.4.5.1 Legitimación.

La declaración de muerte presunta podrá provocarla cualquier persona con interés para ello. Esta legitimación incluye a los acreedores. Parte de la doctrina sostiene que los acreedores no la pueden provocar, por estar amparados con la declaración de ausencia. En contra se argumenta que esta declaración no es trámite previo ni obligatorio para la declaración de muerte presunta.

6.4.5.2. Requisitos sustanciales para la declaración de muerte presunta

El artículo 97 del C.C., los señala:

a) Que desaparezca de su hogar.

- b) Que se ignore su paradero.
- c) Que hayan transcurrido dos años, a lo menos, sin haberse tenido noticias del desaparecido.
- d) Que los interesados hayan hechos las posibles diligencias tendientes a dar con el paradero del desaparecido. Con este requisito se justifica la ignorancia de su paradero.

6.4.5.3 Competencia.

Juez de familia del último domicilio que hubiere tenido el desaparecido en el territorio nacional.

6.4.5.4. Reglas procesales para la declaración de muerte presunta

1ª) Requisitos especiales de la demanda. Como hechos de la demanda deberá expresarse sucintamente los referidos en el numeral 1 del artículo 97 del código civil. Estos son, el ignorar el paradero del desaparecido, que se han realizados las diligencias para su localización, y el transcurso de los dos años, a los menos, contados a partir del día de su ausencia.

2ª) Contenido del primer auto (admisorio). En él se ordena emplazar por edicto al desaparecido, y se prevendrá a quienes tengan noticias de él para su comunicación al juzgado.

El edicto deberá contener un extracto de la demanda, se sujetará a lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 97 del C.C.: publicación del edicto, tres veces por lo menos, debiendo correr más de cuatro meses entre cada dos citaciones.

En cuanto a los medios de comunicación para la publicación del edicto deberá tenerse en cuenta la norma remitida y el artículo 657 del C. de P.C., Publicación en un periódico editado en la capital de la república, en un periódico y emisora locales, si los hubiere.

3ª) Trámite subsiguiente. Surtido el emplazamiento se designara curador ad- litem al desaparecido. El juez dará cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 3º del artículo precedente.

Cumplidos los trámites anteriores, concluido el término probatorio y vencido el plazo de que trata el numeral 3º del artículo 97 del Código Civil, el juez dictará sentencia.

4ª) Parte resolutive de la sentencia que accede a las pretensiones de la demanda: declara la muerte presunta del desaparecido; señala la fecha (día) de la muerte presuntiva, conforme a las disposiciones del Código Civil (regla 6ª del artículo 97, último día del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias; ordena transcribir lo resuelto al funcionario del estado civil del lugar para que extienda el folio de defunción; ordena la publicación del encabezamiento de la sentencia y de

la parte resolutive, una vez ejecutoriada, por una sola vez en un periódico de amplia circulación en el lugar y en una emisora si la hubiere, y en un periódico editado en la capital de la república.

5ª) Oportunidad para promover el proceso de sucesión y liquidación de la sociedad conyugal del declarado muerto presuntivamente. Una vez efectuada la publicación de la sentencia e inscrita la muerte presunta ante el funcionario respectivo del registro civil.

6ª Rescisión de la sentencia aprobatoria del trabajo de partición

Personas legitimadas para promover el proceso ordinario (con la vigencia de la ley 1395 de 2010, verbal de mayor cuantía). Las señaladas en el artículo 108 del C.C., a saber, el desaparecido si reaparece, legitimarios habidos durante el período de desaparecimiento, cónyuge por matrimonio contraído en este época. Oportunidad. El proceso ordinario deberá promoverse dentro de los diez años siguientes a la fecha (día) de la publicación de la sentencia.

Efecto jurídico de la sentencia de rescisión del trabajo de partición. Se decreta la restitución de los bienes en el estado en que se encuentren. Si los adjudicatarios de los bienes sucesorales los hubieren enajenado se decidirá conforme a la ley sustancial.

Esta norma modifica el artículo 109 del C.C., en cuanto al tiempo para solicitar la rescisión, al igual que debe entenderse que se trata de rescindir la sentencia aprobatoria del trabajo de partición, en lugar de posesión definitiva.

7ª Trámites simultáneos

Dispone el artículo 658 que podrá solicitarse en la misma demanda (o en dos escritos separados pero simultáneamente) las declaraciones de ausencia y de muerte presunta; las sentencias se proferirán en este orden. Los trámites pertinentes se adelantarán en cuadernos separados, sin que exista interferencia entre los mismos.

6.4.6 Interdicción del discapacitado mental absoluto

El artículo 659 fue modificado por el artículo 42 de la ley 1306 de 2006.

Reglas

a) Competencia. La tiene el juez de familia o promiscuo de familia del domicilio del presunto interdicto.

b) Sujetos de interdicción

Este proceso se adelanta para la interdicción de personas con discapacidad mental absoluta y para la prórroga de la patria potestad, tal como lo previene el artículo 26 de la ley 1306 de 1989, al señalar que los padres, el Defensor de Familia o el Ministerio Público deberán solicitar la interdicción del discapacitado mental absoluto, una vez éste llegue a la pubertad y, en todo caso, antes de la mayoría de edad. La finalidad de esta última interdicción es la de mantener al adolescente en el estado de incapaz absoluto para permitir la prórroga legal de la patria potestad, al llegar a la mayoría de edad.

c) Anexo de la demanda. Debe acompañarse a la demanda certificado de un médico psiquiatra o neurólogo sobre el estado del presunto interdicto, expedido bajo juramento que se entiende prestado con la sola firma.

d) Iniciación del proceso. No será necesario acreditar el interés para formular la demanda; incluso el juez podrá promoverlo oficiosamente. El artículo 25 de la ley 1306 de 2009 señala que el cónyuge o compañero o compañera permanente y los parientes consanguíneos y civiles hasta el tercer grado, directores de clínicas y establecimientos psiquiátrico y terapéutico se encuentran facultados para solicitar la declaración de interdicción del discapacitado mental absoluto.

e) Contenido del primer auto. Si la demanda reúne los requisitos de ley, el juez deberá:

1º La admite.

2º Ordena citar a quienes se crean con derechos al ejercicio de la guarda.

3º Ordena dictamen de perito médico neurólogo o psiquiatra sobre el estado del paciente.

f) Contenido y objeción del dictamen pericial. El perito deberá consignar en su dictamen:

- Las manifestaciones características del estado actual del paciente.
- La etiología, diagnóstico y pronóstico de la enfermedad con las indicaciones de sus consecuencias.
- El tratamiento conveniente para procurar la mejoría del paciente.

Allegado el dictamen, el juez, dentro de los cinco días siguientes, ordenará correr traslado del mismo por el término de tres días para los efectos señalados en el artículo 238 del C. de P.C. La objeción al dictamen pericial se decide por auto susceptible de apelación.

g) Etapas subsiguientes. Resueltas las objeciones, si las hubiere y vencido el termino probatorio se dictara sentencia y si se decreta interdicción en ésta se hará la provisión del guardador testamentario, legítimo o dativo, según lo prescrito en la ley 1306 de 2009. En la misma providencia, el juez ordena la confección del inventario y avalúo de los bienes del discapacitado mental absoluto por un auxiliar de la justicia, dentro de un plazo que no excederá de sesenta días. Los honorarios

se cancelaran con cargo al patrimonio del discapacitado mental absoluto, o por el ICBF, si éste carece de recursos suficientes para ello.

Recibido el inventario, el juez lo aprobará y fijará la garantía que debe prestar el guardador; una vez otorgada la misma se le dará posesión y se procederá a la entrega de los bienes inventariados.

Medidas de carácter personal.

Se podrá decretar la interdicción provisoria del discapacitado mental conforme lo dispone la ley, con base en el certificado médico acompañado como anexo a la demanda. En el auto que decreta esta medida se designará curador provisorio.

También el juez podrá decretar medidas de protección personal de la persona que se encuentre en estado de discapacidad mental absoluta que considere necesarias, incluyendo las terapéuticas.

Los autos que decreten estas medidas serán susceptibles de apelación en el efecto devolutivo, y en el diferido si se niegan.

Inscripción de los decretos

Los decretos de interdicción, provisoria y definitiva, deberán inscribirse en la Oficina de Registro del Estado Civil y notificarse al público por aviso que se insertará por lo menos en un diario de amplia circulación nacional, señalado por el juez.

El inciso 1º del artículo 47 de la Ley 1306 de 2009 establece que las providencias de interdicción y de las medidas se harán constar en el folio de nacimiento del registro del estado civil del afectado.

6.4.6.1 Rehabilitación del discapacitado mental absoluto

Dispone el artículo 660 del C. de P.C., que para la rehabilitación del demente o sordomudo se aplicará el procedimiento para la interdicción, salvo lo relativo a la citación por edicto de posibles interesados.

6.4.7 Insinuación de donaciones

Conforme lo señala el artículo 17 del decreto 2272 de 1989, la donación cuya cuantía sea superior a cincuenta salarios mínimos mensuales, deberá insinuarse. El juez de familia será el competente para adelantar este proceso de jurisdicción voluntaria, sin perjuicio de la atribución conferida a los notarios mediante decreto 1712 de 1989.

Las siguientes son las situaciones que podrían presentarse para adelantar este trámite:

a) Donante y donatario son capaces. En este primer evento, los interesados podrán acudir a la vía judicial o al trámite notarial, depende de la voluntad de éstos.

b) Uno de los interesados (donatario) es incapaz. Deberá acudir al proceso de jurisdicción voluntaria, en forma exclusiva.

El artículo 1º del mencionado decreto señala que corresponde al notario autorizar por escritura pública, las donaciones cuando el valor exceda la suma de cincuenta salarios mínimos mensuales, siempre que donante y donatario sean plenamente capaces, lo soliciten de común acuerdo y no se contravenga ninguna disposición legal.

Significa lo anterior que las donaciones iguales o inferiores al anterior valor no requieren insinuación.

La sentencia que insinúe una donación quedará condicionada al pago del respectivo impuesto. De ahí que en la sentencia, el juez ordenará el avalúo del bien o bienes en la forma prevista para las sucesiones. En la actualidad no se cumple la parte pertinente que ordena la intervención del síndico, a quien se debía citar personalmente, por no existir dicho cargo (artículo 70 de la ley 75 de 1986). En su lugar debe entenderse que la intervención corresponde a la DIAN. La objeción al dictamen se decide por auto apelable.

El avalúo de los bienes se ordena en la sentencia, y que se realiza en la forma prevista para las sucesiones (artículo 662).

Con posterioridad a la entrada en vigencia de esta norma se dictaron algunas disposiciones, como el decreto 2143 de 1974, que suprimió los gravámenes sobre la masa global hereditaria, las asignaciones y las donaciones, y en su lugar estableció un impuesto sobre las asignaciones por causa de muerte y sobre las donaciones entre vivos, el cual se denominaría impuesto sucesoral; el decreto 237 de 1983, en su artículo 1º dispuso la supresión del anterior impuesto sucesoral.

Si la donación versa sobre objetos diferentes al dinero, es necesario establecer su valor comercial para que el juez pueda llegar a determinar la relación de la donación frente a la capacidad económica del donante, con el fin de concluir que no se afecta la subsistencia del donante, tal como lo exige el artículo 3º del decreto 1712 de 1989 para la insinuación de donaciones ante notario⁴

⁴ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. "Procedimiento Civil". Parte Especial. Dupré Editores, Bogotá 2004, P. 733 y s.

6.4.8. Proceso de adopción

El proceso judicial de adopción se encuentra contenido en los artículos 124 a 126 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

6.4.8.1. Requisitos previos al proceso

Los interesados en la adopción deben adelantar el trámite administrativo ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con el fin de establecer el cumplimiento de los requisitos exigidos para la adopción, tales como idoneidades del adoptantes, suficientes para prodigarle al adoptivo una familia estable y para que se cumpla lo relacionado con el consentimiento.

6.4.8.2 Competencia.

Juez de familia del domicilio de la persona o entidad a cuyo cargo se encuentra el niño, niña o adolescente.

6.4.8.3 Demanda y anexos.

La demanda sólo podrá ser presentada por los interesados en ser declarados como adoptantes, mediante apoderado.

- a) El consentimiento para adoptar, si fuere el caso.
- b) Copia de la declaratoria de adoptabilidad o de la autorización para la adopción, según el caso.

El artículo 123 se refiere a la homologación de la declaratoria de adoptabilidad. Esta sentencia será dictada de plano por el Juez de Familia en única instancia y produce la terminación de la patria potestad del niño, niña o adolescente adoptable, y deberá inscribirse en el libro de varios de la notaría o de la Oficina de Registro del Estado Civil.

- c) Registro civil de nacimiento de la persona que va a ser adoptada.
- d) Registro civil de matrimonio, o prueba de la convivencia extramatrimonial de los adoptantes.
- e) Certificado vigente de antecedentes penales o policivos de los adoptantes.
- f) Certificación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, o la entidad autorizada para ello, sobre la idoneidad física, mental, social y moral de los adoptantes, la que se expedirá con una antelación que no exceda a seis meses, junto con la constancia de la respectiva entidad sobre la integración de la persona que va a ser adoptada con el adoptante o adoptantes.

g) Certificación actualizada sobre la licencia de funcionamiento de la entidad donde se encuentra albergado la persona que se pretende adoptar.

f) Si procede, la aprobación de cuentas del curador.

El artículo 124 señala los medios para acreditar la convivencia extramatrimonial, como la inscripción del compañero o compañera permanente en los Registros de las Cajas de Compensación o de entidades similares; inscripción de la declaración de la pareja en una de las notarías del domicilio de la misma, con no menos de dos años de antelación; registros civiles de los hijos habidos por la pareja. Si los compañeros permanentes residen en el exterior, su convivencia se probará conforme a la legislación de su país de residencia. El artículo 125 señala los requisitos adicionales cuando se trata de adoptantes extranjeros.

6.4.8.4 Trámite del proceso de adopción

Las reglas las señala el artículo 126.

Contenido del primer auto. Admisión de la demanda; de ella se correrá traslado al Defensor de Familia por el término de tres días hábiles. Si este funcionario se allanare a ella, el juez proferirá sentencia dentro de los diez días hábiles siguientes a su admisión.

Término probatorio. Si el juez lo considera pertinente podrá decretar pruebas para lo cual señalará un término de diez días con el fin de practicarlas. Vencido este término decidirá en la forma que corresponda.

Suspensión del proceso. El juez podrá ordenar la suspensión del proceso hasta por tres meses improrrogable si encuentra causa que la justifique. Esta suspensión o la reanudación del proceso podrá ser solicitada por los adoptantes o Defensor de Familia.

Terminación anticipada del proceso. Tendrá lugar por causa del fallecimiento del solicitante de la adopción antes de proferirse la sentencia. Si la solicitud de adopción fuere conjunta, y falleciere en la oportunidad anterior uno de ellos, el proceso continuará con el sobreviviente siempre que manifieste la intención de persistir en ella. En este evento la sentencia sólo surtirá efectos respecto de este; en caso contrario, el proceso terminará.

Notificación de la sentencia. Uno de los interesados debe concurrir al juzgado a recibir notificación personal de la sentencia.

Contenido y efectos de la sentencia.

En cuanto al primero de estos aspectos: los datos que sean necesarios para que su inscripción en el registro civil constituya al acta de nacimiento y reemplace la de origen, la que se anulará.

Una vez en firme la sentencia de adopción se inscribirá en el Registro del Estado Civil y producirá los efectos inherentes a la relación paterno –filial, desde el día de la presentación de la demanda. La sentencia no debe mencionar el nombre de los padres de sangre.

Recursos. Contra la sentencia cabe el recurso de apelación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial, conforme al trámite que señala el C. de P.C. En este trámite interviene el Defensor de Familia.

Bibliografía

ARAZI, Roland. "Elementos de Derecho Procesal". Parte General. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1991.

AZULA CAMACHO, Jaime. "Manual de Derecho Procesal Civil". Tomo V. Editorial Temis, Bogotá, 1998.

_____, "Manual de Derecho Procesal". Tomo I. Teoría General del Proceso. Octava edición. Editorial Temis, Bogotá, 2002.

BARROSO OSORIO, Tulia y ALVAREZ, Esperanza. El Divorcio en Colombia. Universidad Libre, Sede Cartagena, 2009.

BEJARANO GUZMÁN, Ramiro. "Procesos Declarativos". Editorial Temis, Bogotá, 2008.

BERNAL GONZÁLEZ, Alejandro. "Los alimentos". Noción legal, fijación, cobro judicial. Alejandro Bernal Ediciones, Medellín, 2000.

_____, "Procedimiento de Familia y de Menores". Librería Jurídica Sánchez R., Medellín, 2005.

CABANELLAS, Guillermo. "Diccionario de Derecho Usual". Editorial Heliasta. S.R.L. Buenos Aires, 1972, Tomo III, p., 294 y Tomo I, p., 533.

CARDONA GALEANO, Pedro Pablo. "Manual de Derecho Procesal Civil". Tomo II, Parte Especial. Editorial Leyer, Bogotá, 2007.

CEBALLOS SÁNCHEZ, Luis Arturo, CUARTAS VANEGAS, Martha Lucía, FLÓREZ MORALES, Marta. "La Conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos y requisitos de procedibilidad en los procesos de familia". Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 2007.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. "Derecho Procesal". Tomo I. Concepto fundamentales. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982.

COUTURE, Eduardo J. "Fundamentos del Derecho Procesal Civil". Tercera Edición (póstuma), Ediciones Depalma, Buenos Aires.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. "El Proceso Civil. Parte Especial". "Compendio de Derecho Procesal Civil. Tomo III, Volumen II. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín, 199.

DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLON, Antonio. "Sistema de Derecho Civil". Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones. Editorial Tecnos. Madrid, 2000.

ESCOBAR VÉLEZ, Edgar Guillermo. "Procesos Cognoscitivos Civiles". Tercera edición. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín, 2009.

GARCIA SIERRA, Jaime. "Diccionario Jurídico". Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Cuarta Edición, Medellín, 2004.

GÓMEZ LARA, Cipriano. "Teoría General del Proceso". Octava Edición, Editorial Harla , México, 1990.

GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1998.

GUTIÉRREZ SARMIENTO, Carlos Enrique. "Manual de Procesos de Familia". Segunda Edición. Universidad Externado de Colombia, 2007.

JOSSERAND, Louis. "Derecho Civil". Tomo I. Volumen 2º. Ediciones Jurídicas Europa- América. Bosch y Cia. Editores. Buenos Aires, 1952.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. "Procedimiento Civil". Parte Especial, Editorial Dupré, Bogotá, 2004.

_____, "Procedimiento Civil". Tomo II, Dupré Editores, Bogotá, 2004.

OVALLE FAVELA, José. "Teoría General del Proceso". Sexta Edición. Oxford University Press, México, 2005.

PALACIO, Lino Enrique. "Manual de Derecho Procesal Civil". I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987.

PARRA BENÍTEZ, Jorge. "Derecho de Familia". Editorial Temis, Bogotá, 2008.

_____, "Derecho Procesal Civil". Primera Edición. Universidad de Medellín, Medellín, 2010.

PARRA QUIJANO, Jairo. "Derecho Procesal Civil". Parte Especial. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 1995.

_____, "Pruebas en procesos de filiación extramatrimonial, divorcio, separación de bienes y cuerpos y regulación del derecho de visitas". En Revista IUSTA, Universidad Santo Tomás, número 5, 1985.

_____, "Derecho Procesal Civil". Tomo I, Parte General. Editorial Temis, Bogotá, 1992.

PERAL COLLADO, Daniel A. "Derecho de Familia". Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1989.

PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo. "Derecho Procesal Civil". Volumen I. Editorial Tecnos, Madrid, 1975.

QUINTERO, Beatriz, y PRIETO, Eugenio. "Teoría General del Derecho Procesal". Editorial Temis, Bogotá, 2008.

SESTA, Michele. "Derecho de Familia Italiano. ¿Hacia nuevas transformaciones?". Universidad Externado de Colombia, 2003.

SIERRA GARCIA, Jaime. "Diccionario Jurídico". Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Bogotá 2003.

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Derecho de Familia. Editorial Nascimento. Santiago de Chile, 1963.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo V. "Derecho de Familia. Quinta Edición. Editorial Temis, Bogotá, 1988.

VÉSCOVI, Enrique. "Teoría General del Proceso". Editorial Temis, Bogotá, 1984.

Leyes y sentencias

Ley 75 de 1968

Ley 1ª de 1976

Ley 54 de 1990

Ley 25 de 1992

Ley 446 de 1998

Ley 640 de 2001

Ley 721 de 2001

Ley 979 de 2005

Ley 1098 de 2006

Ley 1306 de 2009

Ley 1395 de 2010

Corte Constitucional. Sentencia C-008, de enero 14 de 2010, M.P. GONZÁLEZ CUERVO, Mauricio.

Corte Constitucional. Sentencia C-1495 de junio 2 de 2000. Magistrado Ponente. TAFUR GALVIS, Álvaro.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, de fecha 21 de abril de 2010. Magistrado Ponente. GONZÁLEZ DE LEMOS, María del Rosario.

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil y Agraria. Sentencia del 10 de septiembre de 2003. Magistrado Ponente. ARDILA VÁSQUEZ, Manuel Isidro

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil y Agraria. Sentencia de 25 de agosto de 2000. Magistrado Ponente. BECHARA SIMANCAS, Nicolás

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil y Agraria. Sentencia de 18 de marzo de 2002. Magistrado Ponente. SANTOS BALLESTEROS, Jorge.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 9 de noviembre de 1990 Magistrado Ponente. JARAMILLO SCHOLSS, Carlos Esteban.