

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL

Magistrado ponente
WILLIAM NAMÉN VARGAS

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de abril de dos mil once (2011).
Discutida y aprobada en Sala de veintidós (22) de febrero de dos mil once (2011)

Referencia: 41001-3103-004-2005-00054-01

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante respecto de la sentencia de 30 de abril de 2009 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, Sala Civil-Familia–Laboral, en el proceso ordinario de Ricardo Perdomo Pinzón, cesionario de Distrihuila S.A. y José Roy Estrada Chavarriaga, contra la Corporación Financiera Ganadera S.A. –Corfigan-, hoy BBVA Banco Ganadero S.A.

ANTECEDENTES

1. El libelo genitor del proceso, pidió declarar responsable a Corporación Financiera Ganadera S.A.–Corfigan–, hoy BBVA Banco Ganadero S.A., por los daños materiales y morales causados con la cautela consumada en proceso ejecutivo previo, y condenarla a pagarlos con las costas.



2. El *petitum* se soportó, en los siguientes hechos:

a) La Corporación Financiera Ganadera–Corfigan, el 31 de agosto de 1995 presentó demanda ejecutiva frente a Distrihuila S.A., José Roy Estrada Chavarriaga y Diana Margareth Jacobson Samuel.

b) El Juzgado Quinto Civil del Circuito de Neiva, decretó el embargo del crédito reclamado por Distrihuila S.A. en un proceso contra la Licorera del Huila-Departamento del Huila, ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, hasta por la suma de \$226.000.000, puesta a su disposición por la entidad territorial el 16 de enero de 2001.

c) La sentencia proferida el 22 de marzo de 2002, confirmada por el superior con la de 15 de mayo de 2003, denegó el *petitum* de la demanda ejecutiva, condenando a la ejecutante en costas y perjuicios causados con la cautela.

d) Distrihuila S.A. y José Roy Estrada Chavarriaga cedieron sus derechos por costas e indemnización de perjuicios a Ricardo Perdomo Pinzón, según documento suscrito el 6 de agosto de 2003.

e) B.B.V.A. Banco Ganadero S.A., absorbió a la Corporación Financiera Ganadera S.A. –Corfigan- según consta en la Escritura Pública número 3054 otorgada el 15 de diciembre de 2000 ante la Notaría 47 del Círculo de Bogotá.



f) La entidad bancaria consignó en la cuenta de depósitos judiciales del Banco Agrario de Colombia a órdenes del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Neiva, el valor de las costas del proceso, cuya entrega se ordenó el 26 de octubre de 2004 a Ricardo Perdomo Pinzón.

g) La Corporación Financiera Ganadera S.A., causó perjuicios materiales y morales a Distrihuila S.A. y José Roy Estrada Chavarriaga con la medida cautelar.

3. Trabada la *litis*, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. BBVA Colombia S.A. se opuso a las súplicas de la demanda y formuló la excepción genérica.

4. El *ad quem*, declaró legitimados en causa pasiva a la parte demandada y las llamadas en garantía, para confirmar en lo demás la sentencia desestimatoria de las pretensiones proferida el 2 de abril de 2008 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tumaco y condenar a la parte demandante en costas.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Delanteramente, el sentenciador de segunda instancia, memoró los antecedentes, la actuación procesal, la apelación, la regularidad del trámite, el respeto del derecho de acción y defensa, la ausencia de nulidades, la consideración del *a quo* en torno a la inviabilidad del pedimento declarativo de



responsabilidad y condena por la vía del proceso ordinario, al preexistir decisión judicial ordenando la liquidación de perjuicios acorde al artículo 307, inciso 4º del Código de Procedimiento Civil y estar vencido el término de caducidad de sesenta días consagrado en el precepto, por lo cual, declaró la caducidad del derecho reclamado.

2. A continuación, refirió la argumentación de la alzada consistente en la ausencia de obstáculo normativo para estimar los daños causados con la práctica de una medida cautelar en proceso separado al de la condena impuesta ex artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, y en la concurrencia de los elementos estructurales de la responsabilidad civil extracontractual pretendida.

3. De los argumentos, el juzgador advirtió que no estudiará el último, por entenderse interpuesta la apelación en lo desfavorable al recurrente, sino el concerniente a la caducidad del *“reclamo hecho a la jurisdicción por el demandante”*, por cuanto el Juzgado 5º Civil del Circuito de Neiva terminó el proceso ejecutivo de Corfigan, hoy BBVA Colombia S.A., por prescripción de la obligación, ordenó el desembargo de bienes, condenó en costas y perjuicios a la ejecutante, ordenó su liquidación por el procedimiento señalado en el inciso final del artículo 307 *ibídem*, que otorga a los interesados el término de 60 días improrrogables para determinar incidentalmente en el mismo proceso, la cuantía de los daños, contemplando *“la caducidad de la acción tendiente a establecer la cuantía de los perjuicios reconocidos in genere”*, que es irrenunciable y excluye interrupción.



4. Por lo anterior, concluyó el superior, la resolución del *a quo* es acertada, pues la caducidad puede declararse oficiosamente en la sentencia cuando el juez la encuentra probada (artículo 306, Código de Procedimiento Civil).

EL RECURSO DE CASACIÓN

Los dos cargos formulados y replicados, se deciden en conjunto por servirse de similares consideraciones.

CARGO PRIMERO

1. Acusa la sentencia por violación directa del artículo 2536 del Código Civil, *“en relación con la interpretación errónea del artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, en conexidad con el 306 del C.P.C. y lo estipulado en el art. 510 del C.P.C.”*.

2. Según el censor, el *“artículo 306”* del Código de Procedimiento Civil instituye el plazo de 60 días para presentar la liquidación de perjuicios al juez cuando en un proceso ejecutivo se abusa con la práctica de medidas cautelares, en procura de tasarla en el mismo so pena de caducidad del reclamo, o sea, *“lo que estipula el artículo procesal es que caduca la posibilidad de reclamarlos en ese mismo proceso, pero jamás que desaparece el derecho a iniciar un nuevo proceso ordinario con estos fines”*.



A su juicio, la acción instaurada está basada en la responsabilidad civil extracontractual y sometida a la prescripción extintiva de 10 años prevista en el artículo 2536 del Código Civil.

CARGO SEGUNDO

1. Denuncia infracción directa del artículo 2536 del Código Civil, *“en relación con la aplicación indebida del artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, en conexidad con el 306 del C.P.C. y lo estipulado en el art. 510 del C.P.C.”*.

2. Su desarrollo, reitera la argumentación del cargo anterior y señala la *“aplicación indebida del artículo 306 en cuanto a dicha caducidad...como una extinción del derecho a reclamar perjuicios... generados por el uso abusivo del derecho, lo cual es un absurdo”*.

CONSIDERACIONES

1. En línea de principio, la sentencia define íntegro el *thema decidendum*, termina el proceso y contiene en sumas determinadas las condenas.

El aserto precedente es comprensible por concernir al derecho de acceso a la administración de justicia, el debido proceso, defensa o contradicción, la plenitud, precisión y certeza



de toda decisión judicial, la regularidad, celeridad, dinamismo, economía, eficiencia y pronta resolución de los litigios.

En esta perspectiva, el ordenamiento sienta la directriz general de la condena concreta, singular, precisa o determinada del derecho reconocido, máxime tratándose de la reparación de daños.

En veces, sin embargo, la cuantía del daño cierto y causado, carece de determinación en los elementos probativos del proceso.

Para evitar la mayúscula injusticia a que conduciría dejar reparar el quebranto de un derecho, bien, interés o valor jurídicamente tutelado cuyo monto es indeterminado, el legislador previó en el Código de Procedimiento Civil (Decretos Leyes 1400 y 2019 de 1970), la condena *in genere, in abstracto* o sin indicación de cuantía a pagar frutos, intereses, mejoras, perjuicios u otra cosa semejante, con indicación por el fallador de las bases posibles de su liquidación.

De igual manera, asignó a la parte favorecida la carga de presentar por escrito la liquidación de perjuicios reconocidos en la condena genérica, debidamente motivada, especificada y con petición de pruebas, ante el juez de conocimiento y en el mismo proceso, dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que la imponga o de la notificación del auto ordenando cumplir lo resuelto por el superior (artículo 307, C. de P.C., a punto que “[v]encido dicho término, caducará el derecho reconocido *in genere*”, y aún presentada oportunamente, el



juzgador, "si no fuere posible fijar cuantía alguna por falta de pruebas, declarará extinguida la obligación" (artículo 308, *ibídem*), previsiones últimas, en su momento, declaradas exequibles por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, la Corte en sentencia de 29 de octubre de 1979, (exp. 731), señaló:

"Con el razonamiento del demandante acerca de que la declaratoria, mediante ley, de que un derecho patrimonial en abstracto se declara extinguido, implica agravio a la norma consagratoria de derechos adquiridos o de situaciones jurídicas concretas subjetivas (artículo 30 de la Constitución Política), se llegaría a la conclusión equivocada del desconocimiento de fenómenos jurídicos de tanta trascendencia en la vida social, en la esfera del derecho privado y en la esfera del derecho público, como son la prescripción y la caducidad que han sido llamadas con acierto "benefactoras del género humano". La primera, la prescripción, en cuanto extingue derechos sustanciales en sí mismos considerados. La segunda, la caducidad, en cuanto claustra la oportunidad de reconocimiento de dichos derechos en juicio.

"Además, la extinción de un derecho por su no ejercicio o utilización es más patente en nuestro ordenamiento constitucional desde que la enmienda del año de 1936 estableció el principio dominante en el derecho moderno de que la propiedad es una función social que implica obligaciones (artículo 30 de la Carta)" (Subrayas ajenas al texto).

Con posterioridad, en la sentencia 27 de 19 de mayo de 1982, (exp. 919), puntualizó:

"La condena *in genere* es una decisión judicial, lo que significa que debe estar contenida en una providencia, y lo relacionado con ella es de naturaleza procesal. Implica, además, el reconocimiento de una obligación que, para ser perfecta y poderse ejecutar, ha de reunir los elementos esenciales que deben integrarla, a uno de los cuales, el objeto, le falta el requisito indispensable de su determinación suficiente: el deudor debe saber con



precisión qué es lo que debe pagar, y el acreedor qué es lo que puede erigir y debe recibir. Mientras el objeto sea indeterminado, la obligación será inejecutable. Condena in genere equivale a condena en abstracto, expresión que el mismo Código utiliza como título de su Capítulo II, al cual pertenece la norma demandada. La falta de objeto determinado en la obligación que se ordena cumplir, también conduce a que ésta sea abstracta. El objetivo de la norma impugnada es precisamente el de convertirla en una obligación concreta, como condición indispensable para su satisfacción. De no ser así, se llegaría a la existencia de una obligación eterna, porque nunca podría extinguirse, situación además de contraria a todo derecho, lesiva del artículo 37 de la Constitución, según el cual no puede haber en Colombia obligaciones irredimibles.

“5.- Al mismo tiempo que la ley procesal prevé la posibilidad de condenas in genere, previene lo conducente para que éstas se concreten también por la vía judicial, lo cual exige la determinación de un procedimiento y la fijación de unos términos indispensables. Tales son las finalidades de los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil. Así mismo, es natural que allí se establezcan las consecuencias de la preclusión, las cuales, como ocurre en otros casos, pueden consistir en la extinción de unos derechos, por su no ejercicio oportuno. Tal es lo que acontece en la situación prevista por el inciso 2º del artículo 308, que la Corte, en su momento, declaró ajustado a la Constitución: "Vencido dicho término (el indicado en el inciso 1º para presentar la liquidación de la cuantía), caducará el derecho reconocido in genere". Y eso mismo es lo que sucede en el caso del fragmento acusado del inciso 4º: si la parte condenada no acepta la liquidación, ésta deberá probarse dentro de un término de quince días, y si no hubiere pruebas que hagan posible fijar cuantía alguna, la obligación no podrá subsistir.

“Ciertamente no es muy adecuada la terminología que utilizó el legislador del inciso que se examina. En realidad el caso es que si bien la obligación de que trata tiene objeto, a éste le falta un requisito esencial para su validez como tal, el de su determinación suficiente, sin la cual la obligación se hace irrealizable. Y en tales condiciones, como ocurre con el derecho a que se refiere el citado inciso 2º del mismo artículo, tampoco ella puede subsistir. Y si la obligación fue materia de reconocimiento por providencia judicial, también deberá establecerse su inexistencia de igual manera, y así tendrá que declararlo el juez. Tal es el sentido de carácter estrictamente procesal de la norma impugnada.

“6.- No hay violación de derechos adquiridos, ni negación del precepto constitucional que consagra el debido proceso.



Lo primero, porque la carencia de objeto determinado en la obligación hace imposible la formación de una situación jurídica individual y concreta, que implique ingreso patrimonial. Si la obligación de pagar no tiene cuantía, y ésta no se puede determinar en la oportunidad procesal adicional que la ley concede con tal finalidad, carece de materia y, se repite, deviene en inejecutable. Lo segundo, porque el hecho de que la norma establezca la oportunidad y el trámite de la liquidación de la cuantía está indicando suficiente garantía de un debido proceso con ese objetivo, mediante la determinación de una oportunidad procesal en la cual las partes pueden actuar con suficiente amplitud de medios para justificar sus pretensiones, dentro de los límites indispensables de unos términos preestablecidos, cuyo incumplimiento, en éste como en muchos otros casos, produce determinados efectos sobre los derechos y las obligaciones que se discuten.

“Las anteriores consideraciones llevan a concluir que la norma demandada es constitucional y que por consiguiente, debe ser declarada exequible”.

Después, en seguridad de los fines del quehacer jurisdiccional, prístinos deberes de corrección, probidad, lealtad e impulso procesal y cargas probatorias de las partes, prevenir y remediar la tardanza en la solución definitiva de los conflictos con su dilación injustificada y congestión, la reforma al artículo 307 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 2282 de 1989, artículo 1, numeral 137), ordenó al juez condenar "*por cantidad y valor determinado*" al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios u otra cosa semejante, y de considerar ausente la prueba suficiente para imponerla en concreto, decretar *ex officio*, por una vez, las pruebas pertinentes.

En lo relativo a la liquidación del *quantum* del derecho reconocido, la disposición reguló la forma, oportunidad, trámite, consecuencias de su omisión y adscribió competencia exclusiva al juez del proceso donde se profiere. En especial, le fijó el deber de



condenar *in concreto*, prohibiendo hacerlo *in genere* o *in abstracto*.

Por esto, a partir de su vigencia, el 1° de junio de 1990, "*la posibilidad de imponer condenas in genere desapareció del ordenamiento procesal vigente*" (cas.civ. sentencia de 6 de mayo de 1998, exp. 5095), salvo en las expresas hipótesis normativas, taxativas, restrictivas y excepcionales (*numerus clausus*), cuando con los elementos probatorios del proceso, no no está demostrada la "*cantidad y valor determinado*" del derecho reconocido.

Autoriza la condena *in genere* o *in abstracto* el artículo 510 del Código de Procedimiento Civil, a cuyo tenor, la "*sentencia de excepciones totalmente favorable al demandado pone fin al proceso; en ella se ordenará el desembargo de los bienes perseguidos y se condenará al ejecutante a pagar las costas y los perjuicios que aquel haya sufrido con ocasión de las medidas cautelares y del proceso. La liquidación de los perjuicios se hará como dispone el inciso final del artículo 307*" (texto idéntico en las modificaciones de los artículos 1, numeral 270 del Decreto 2282 de 1989; 51 de la Ley 794 de 2003 y 31 de la Ley 1395 de 2010), o sea, "*por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta días siguientes a la ejecutoria de aquél o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso, so pena de que se aplique lo dispuesto en el inciso segundo del siguiente artículo*", conforme al cual, "*vencido dicho término, caducará el*



derecho y el juez rechazará de plano la liquidación que se le presente” (Se subraya, artículo 308, C. de P.C.).

2. Censura el recurrente al Tribunal la falta de aplicación del artículo 2536 del Código Civil modificado por el artículo 8° de la Ley 791 de 2002, a cuyo tenor la acción ordinaria prescribe en diez años, porque la caducidad instituida en los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil, no impide ejercer la acción de responsabilidad civil extracontractual en proceso ulterior para condenar en concreto a BBVA Banco Ganadero S. A. al pago de los perjuicios ocasionados con la práctica de la medida cautelar en el ejecutivo promovido por Corporación Financiera Ganadera S.A. –Corfigan-, absorbida por aquel, contra Distrihuila S.A. y otros, por cuanto “*lo que estipula el artículo procesal es que caduca la posibilidad de reclamarlos en ese mismo proceso*”.

La problemática planteada por el censor fue, de antaño, abordada por la jurisprudencia (sentencias de 12 de julio de 1993, CCXXV, 2464, pp. 91-99; 2 de diciembre de 1993, CCXXV (II), 2464, pp. 718-735 y agosto 2 de 1995, exp. 4159), así:

“... 2.1.- Al respecto, reitera la Sala la posibilidad que tienen los acreedores de incurrir en responsabilidad por los perjuicios que ocasione la consumación de las medidas cautelares, en los casos de los artículos 510, literal d) y 517 inciso final, C.P.C. porque si bien es cierto que con apoyo en el artículo 2488 del Código Civil, para conseguir la cancelación de una obligación personal, el acreedor puede ejercer su derecho a reclamar, en forma coactiva, el pago de la misma, sobre los bienes del deudor, también lo es que este derecho no es de carácter absoluto, pues, el mismo Código, en su artículo 2492, lo limita a lo que fuere indispensable para la obtención de la satisfacción del crédito, los intereses causados y los gastos de cobranza.



Tales normas, como es sabido, guardan estrecha relación con lo preceptuado por el artículo 513, inciso 8 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto faculta al juez para que, al decretar medidas precautorias las limite "a lo necesario", de tal manera que ellas no excedan el "doble del crédito cobrado, sus intereses y las costas prudencialmente calculadas", salvo, claro está, que se trate de un solo bien gravado con hipoteca o prenda, o cuando por su división se "disminuya su valor o su venalidad". De allí que tenga por sentado la jurisprudencia de esta Corporación que cuando el actor, "pudiendo, no destraba los bienes que ninguna garantía prestan para la efectividad de la obligación perseguida", incurre en un abuso del derecho, generador de una responsabilidad civil y, por consiguiente, en tal caso habrá de indemnizar al deudor así perjudicado, tal cual lo ha dicho esta Corporación, entre otras en sentencia de 11 de octubre de 1973 (G.J. T. CXLVII, Nos. 2372 a 2377, págs. 81 y 82). E igualmente, habría también abuso del derecho siempre que a petición del acreedor "se embargan en exceso bienes del deudor", conforme lo tiene por sentado la jurisprudencia de esta Corporación (Sentencia de Casación de 30 de octubre de 1935, G. J. XLIII, pág. 313; Sentencia de Casación 9 de abril de 1942, G.J. LIII, pág. 302).

"Por ello, el artículo 510 del Código de Procedimiento Civil, antes de la reforma introducida a su texto inicial por el Decreto 2282 de 1989, disponía en su numeral 4o. que cuando la sentencia de excepciones fuere favorable al demandado en proceso ejecutivo, en ella, además de ordenar el desembargo de los bienes objeto de esa medida cautelar, habría de imponerse condena "al ejecutante a pagar las costas y los perjuicios que aquél haya sufrido con ocasión de las medidas cautelares", norma ésta que, en virtud de la reforma introducida a esa disposición legal por el Decreto 2282 de 1989, (artículo 1º, modificación 270), conserva vigencia todavía, con la adición de que tales perjuicios se extienden ahora a los sufridos por la tramitación misma "del proceso".

"En efecto, en el numeral 2º, literal d) del texto actual del artículo 510 del Código de Procedimiento Civil, se dispone que cuando la sentencia de excepciones fuere "totalmente favorable" al demandado, "pone fin al proceso", caso en el cual, en la misma "se ordenará el desembargo de los bienes perseguidos y se condenará al ejecutante a pagar las costas y los perjuicios que aquél haya sufrido con ocasión de las medidas cautelares y del proceso. Sin embargo, esta condena es preceptiva, al paso que la procedente en el proceso ordinario ha de ser establecida conforme a las reglas generales, tal como pasa a verse enseguida.



"2.2.- Luego, en torno a la determinación del alcance de la responsabilidad extracontractual en la que se incurra, es preciso estarse a lo acreditado en este proceso.

"2.2.1.- En efecto, sobre los perjuicios ocasionados al demandado cuando la sentencia de excepciones fuere favorable a éste, en sentencia de 12 de julio de 1993, proferida en proceso ordinario de Guillermo A. Salazar contra la sociedad Comercial Franco Hermanos Ltda (archivo Corte), esta Corporación ha expresado ciertamente que dicha condena es de naturaleza "preceptiva", en el sentido de que se trata de una condena establecida objetiva o imperativamente por la ley con base en el solo hecho de producirse una sentencia favorable a las excepciones, razón por la cual el juez no puede sustraerse o condicionar su decreto. Pero ello en manera alguna excluye que el perjudicado pueda acudir a un proceso ordinario a fin de discutir y demostrar la responsabilidad extracontractual en la cual hubiere podido incurrir el ejecutante en el proceso ejecutivo con relación a las medidas cautelares allí consumadas, lo que, por lo tanto, a diferencia de la hipótesis precedente, no opera de manera imperativa y objetiva. Luego, puede acudirse a dicho proceso ordinario "para obtener la correspondiente indemnización, por cuanto, como bien vale la pena destacarlo, habría total autonomía entre uno y otro de esos procesos". Y precisamente por esa razón, la Corte, en la sentencia de casación proferida en este proceso el 2 de diciembre de 1993 (fls. 53 a 95, cdno. Corte), además de reiterar la jurisprudencia citada, expresó que "la legislación procesal civil patria, ni antes ni ahora, restringió en manera alguna el derecho del perjudicado con medidas ejecutivas practicadas en proceso adelantado en su contra y terminado por resultar victorioso en las excepciones propuestas, a reclamar luego, en proceso ordinario, que su pretendido acreedor fuese condenado al pago de tales perjuicios, que encuentran su fuente en la responsabilidad aquiliana derivada del abuso del derecho a litigar". (Subrayas de ahora, Sentencia sustitutiva de agosto 2 de 1995, exp. 4159).

En tiempos menos antiguos, la Sala dijo:

"Precisamente, conforme han pregonado la jurisprudencia y la doctrina, el ejercicio abusivo del derecho a litigar es un fenómeno que puede configurar la responsabilidad civil extracontractual de quien acude a la jurisdicción de manera negligente, temeraria o maliciosa para obtener una tutela jurídica inmerecida, y más cuando ese proceder se hace acompañar de la práctica de medidas cautelares que



afectan el patrimonio de quien es llamado a un juicio. Abuso que “comprendido así -dijo la corte citando a Josserand- ‘constituye una especie particular de culpa aquiliana’ en la que puede incurrirse ‘desde la culpa más grave, equivalente al dolo, en que el agente procede movido por la intención de causar daño, animus nocendi, hasta el daño ocasionado por simple negligencia o imprudencia no intencionada’, nociones éstas a las que dio amplia acogida en el derecho colombiano la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación civil de 21 de febrero de 1938... La legislación procesal civil patria, ni antes ni ahora, restringió en manera alguna el derecho del perjudicado con medidas ejecutivas practicadas en proceso adelantado en su contra y terminado por resultar victorioso en las excepciones propuestas, a reclamar luego, en proceso ordinario, que su pretendido acreedor fuese condenado al pago de tales perjuicios, que encuentran su fuente en la responsabilidad aquiliana derivada del abuso del derecho a litigar” .

“...Entonces, como sentó la Corte en un caso con similares perfiles, “la referida pretensión está llamada a fracasar, pues la entidad demandada ‘...tuvo motivos legítimos para promover el frustrado proceso Ejecutivo’, ya que estaba dotada de un título ejecutivo que legitimaba su pretensión frente a la demandada. No hizo uso de su derecho con desmesura ni ligereza ‘...solo procedió como lo haría cualquier acreedor ante la evidencia de una obligación insoluta’. El triunfo de los demandados no les deriva, por sí solo, consecuencias adversas, pues aún hoy es discutible” (sent. cas. civ. de 25 de febrero de 2002, Exp. No. 5925)” (cas.civ. sentencia de 14 de febrero de 2005, exp. 12073).

Hay que señalar, sin embargo, en torno a la anotada temática, que el artículo 308 del Estatuto Procesal Civil, establece la caducidad del “*derecho*”, o en su redacción primaria, del “*derecho reconocido in genere*”, es decir, con absoluta claridad, precisión y sin asomo de duda alguna, dispone la extinción o pérdida del derecho como consecuencia del simple transcurso del plazo perentorio e impostergable para presentar la liquidación



motivada, especificada y con petición de pruebas de la cuantía determinada.

El precepto, en forma diáfana e incontestable, instituye término definitivo, terminante, concluyente e improrrogable, cuyo vencimiento sin presentación por la parte interesada del escrito tendiente a especificar la cuantía concreta del derecho reconocido *in genere*, comporta su extinción por falta de ejercicio oportuno.

Trátase, según afortunada precisión de la Corte en los fallos constitucionales memorados (sentencias de 29 de octubre de 1979, exp. 731, y 19 de mayo de 1982, exp. 919), de la pérdida tajante o extinción definitiva del derecho por caducidad.

El vocablo, de *cadere* (caer) y *caducus* (decrépito, lo muy anciano, poco durable, pronto a parecer), es “acción y efecto de *caducar*, perder su fuerza una ley o un derecho” (Diccionario de la Real Academia de la Lengua), dejar de ser, desaparecer, acabar, terminar, fenecer, extinguirse una facultad, potestad, poder jurídico, derecho subjetivo, derecho potestativo o acción por el simple paso del tiempo claro, preciso, expreso, fijo y perentorio consagrado por el legislador para su ejercicio.

La locución, según alguna opinión, aunque ajena al procedimiento formulario, encontraría precedentes en las *Lex Caducarías* (*Julia de Maritandis Ordinibu*, 17 a.C y *Papia Poppaea*, 9 d.C), o en las *actio temporalis*, sujetas a plazo predeterminado a cuyo transcurso cesaban *ipso jure*, y su noción autónoma se construiría a fines del Siglo XIX en Alemania, primordialmente con Friedrich



Karl von Savigny (*System des heutigen römischen rechts*, V.S, 266.), Alexander Grawein (*Verjährung und gesetzliche Befristung*, 1880: *Wie viel Frist, so viel Recht. "tanto tiempo, tanto derecho".*) y R. Rosenberg (*Verjährung und gesetzliche Befristung*, 1904, S. 27).

La doctrina alemana desde la sentencia pronunciada por el *Reichsoberhandelsgericht* el 20 octubre de 1877, admite la *Verwirkung* basada en la buena fe (*Treu und Glauben*, §242 BGB), en cuanto “*la demandada podía confiar y ha confiado en que la demandante ya no haría ejercicio de sus derechos*” (“*sich die Beklagte darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, die Klagerin werde vor ihren Rechten nicht mehr Gebrauch machen*”; Tribunal Supremo Alemán [BGH] sentencias de 10 de junio de 1876, 13 y 16.7.2004.), ora en la seguridad del tráfico jurídico o la evitación de abusos (*Ausschlussfrist o Verfallfrist*).

Dicha figura, anota SIEBERT, consiste en la “*pérdida del derecho por retardo desleal en su ejercicio, fundada en la prohibición del ejercicio abusivo del derecho*” (Wolfgang Siebert, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung* 1 ff, 53, 1934), su extinción o efecto jurídico extintivo derivado del comportamiento desleal por contrario a la confianza legítima inspirada de buena fe en otro sujeto con la falta de ejercicio del derecho durante un período relevante que permite concluir razonablemente que no será ejercido.

La *Verwirkung*, dice autorizada doctrina, se diferencia de la caducidad o prescripción en las cuales el simple paso del tiempo legal entraña la extinción del derecho.



En cambio, aquélla, además requiere una conducta contraria a la buena fe y a la confianza legítima. Asimismo, pese a exigir una conducta actual contradictoria con la anterior, tampoco se confunde con el *venire contra factum proprium*, porque éste, de suyo no presupone, ni se basa en la ausencia de ejercicio del derecho durante un período relevante, sino un acto dicotómico opuesto a la buena fe y a la confianza legítima.

En otros términos, la *Verwirkung*, efecto jurídico de una conducta desleal, encuentra por elementos estructurales, el transcurso de un tiempo menor al de prescripción o caducidad, la falta de ejercicio del derecho durante este período y la confianza legítima inspirada a otro sujeto en cuanto no será ejercido, por lo cual, su exigibilidad tardía es inadmisibles al reputarse abusiva y contraria a la buena fe; la caducidad o prescripción, estrictamente, el no ejercicio del derecho durante el plazo legal, y la doctrina del acto propio, una conducta incompatible con la precedente, vulneradora de la confianza legítima (Claus-Wilhelm Canaris, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, Aufl.München, 1971, C. H. Beck, pp. 510-514 y nota 38; Ernst Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Band I, Allgemeiner Teil*, München, C. H. Beck, 1973, 178; Karl Larenz (fortgeführt von Manfred Wolf), *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*. 9.Aufl.München, 2004, C. H. Beck; C. Weiß, *Verjährung und gesetzliche Befristung*, 1905, S. 32 ff. R. Zimmermann, *Die Verjährung*, JuS 1984, S. 409 ff; Fernando Hinestrosa, *La prescripción extintiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pp. 211-255; Bernardo Gómez Corraliza, *La caducidad*, Montecorvo, Madrid, 1990, pp. 33 y ss).

Et similia, el *Common Law* con la jurisdicción de *equity* a falta de término concreto constitutivo de una *limitation of actions*,



aplica la doctrina *laches* (1311), modalidad del *Estoppel* (*escollo, obstáculo, impedimento, estorbo, detención*) *by acquiescence* (*Lindsay Petroleum Co. v. Hurd*, 1874, LR 5 PC 221) y la *Rule of evidence* (1859), para neutralizar la acción tardía con la oposición de una *defence* derivada de la tardanza en el ejercicio del derecho (John Brunyate, *Limitation of actions in equity*, London, 1932, pp. 185 ss; Giuseppe Panza, *Contributo allo studio della prescrizione*, Jovene, Napoli, 1984, pp. 44 ss; Isidoro Módica, *Teoría della decadenza nel Diritto civile italiano*, T. I, Ed. Unione Tipografico, Torino, 1906).

España, reconoce el "*retraso desleal*" ("denominado por la doctrina germánica «*Verwirkung*»", Tribunal Supremo, Sala 1ª, sentencia de 24.6.1996) como conducta contraria a la buena fe objetiva, por el transcurso de un término significativo del cual la parte contraria legítimamente confía en que su titular no va a ejercer un derecho (S. 21 de octubre de 2005).

El *Codice Civile It.* (R.D. 16 marzo 1942, n. 262, Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942), trata "*Della decadenza*" de los derechos que deben ejercerse dentro de un determinado término (Capítulo II, Título V, Libro VI, artículos 2964 a 2969), y la doctrina francesa, refiere a los *délais préfix* y *déchéances* («*l'un des grands mystères du droit français*», M. Mayer et R. Pinon, *note sous l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 9 décembre 1986* - Gazette du Palais, 1987, I, p. 186; Henri, Léon, Jean Mazeaud Et François Chabas, *Leçons De Droit Civil*, Tome II, Premier Volume, *Obligations Théorie Générale*).

Nuestro ordenamiento jurídico, disciplina la caducidad en reglas normativas singulares, sin un tratamiento orgánico, sino específico y concreto.



En cuanto a sus contornos definidos, la jurisprudencia civil, tiene dicho:

a) “[E]xtingue derechos” (cas. civ. sentencia de 4 de noviembre de 1930, XXXVIII, 424).

b) “[O]pera ipso jure y sus efectos se cumplen fuera del alcance de la voluntad particular, como un imperioso mecanismo legal” (cas. civ. sentencia de 11 de mayo de 1948, LXIV, 371).

c) “[E]stá ligada con el concepto de plazo extintivo en sus especies de perentorio e improrrogable; el que vencido la produce sin necesidad de actividad alguna ni del juez ni de la parte contraria. De ahí que pueda afirmarse que hay caducidad cuando no se ha ejercitado un derecho dentro del término que ha sido fijado por la ley para su ejercicio. ... [E]n la caducidad se considera únicamente el hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado...” (cas. civ. sentencia de 19 de noviembre de 1976, CLII, 505 ss.).

d) “[E]s de carácter perentorio, de orden público, no renunciable en consecuencia por los particulares y no susceptible de interrupción ni suspensión civil, como ocurre con la prescripción. Se trata en este caso de un plazo prefijado por la ley para el ejercicio del derecho de acción, a cuyo vencimiento se produce fatalmente la decadencia del derecho a reclamar que se ponga en movimiento la actividad de la rama judicial del Estado



para proveer, mediante sentencia, sobre esa pretensión y, precisamente por ello, la caducidad autoriza al funcionario judicial para rechazar de plano la demanda cuando de ella o sus anexos aparezca la extinción del ‘término de caducidad para instaurarla’ (art. 85, C.P.C.), doctrina reiterada entre otros, en fallos de 2 y 16 de agosto de 1972 (G.J., tomo CXXXIII, pág.84), 5 de abril de 1973, 5 de diciembre de 1974, 29 de abril, 20 de junio y 4 de julio de 1975 y, recientemente, en sentencia No. 269 de 19 de julio de 1990 (Ordinario Rubiela de Jesús y Elsy de Jesús Parra contra Zoila de Jesús Londoño y otros)” (cas. civ. Sentencia de 22 de febrero de 1995, Exp. N° 4455).

e) “[E]l vocablo ... se encuentra sustancialmente determinado por el tiempo o el plazo. ... descansa, en últimas, sobre imperativos de certidumbre y seguridad ... el tiempo ... corresponde a la funcionalidad típica de la institución, de modo que se requiere únicamente su transcurrir para que operen sus efectos letales, esto es que el término constituye, por sí mismo, una condición para el ejercicio idóneo del derecho, un requisito del mismo, de manera que si éste no se realiza oportunamente, se extingue sin necesidad de la concurrencia de otros requerimientos, esto es, sin que sea menester v. gr. alegarlo.[C]on la caducidad se pretende la seguridad de las diversas relaciones jurídicas como premisa indispensable de la estabilidad del tráfico jurídico, mediante el señalamiento de un plazo - dies fatalis - que no se suspende y que, por ende, se cumple inexorablemente a la hora precisa, es factible que el juez pueda decretarla de oficio, pues resultaría inaceptable que vencido dicho plazo, se oyera al demandante cuya potestad ya se extinguió.



Desde esta perspectiva es palmario que la caducidad opera automáticamente, esto es, que no es necesaria instancia de parte para ser reconocida” (cas. civ. sentencia de 23 de septiembre de 2002, Exp. No. 6054; en el mismo sentido, Sala de Negocios Generales, SNG, 1º de octubre de 1945, CXI, 690; 1º de octubre de 1946, LXI, 588 y ss.; 11 de mayo de 1948, LXVIV, 371; cas. civ. sentencias de 28 de marzo de 1928, 7 de mayo de 1923, 27 de abril de 1972, 5 de diciembre de 1974, 22 de septiembre de 1955, LXXXI, 152; 19 noviembre de 1976, CLII, 505 y ss.).

Más recientemente, aquilató la Corte “*la naturaleza imperativa o de ius cogens de las normas rectoras de la caducidad, inspiradas en primigenias razones de orden de público definatorias de un plazo o término perentorio, único e insustituible para el ejercicio de ciertas acciones, cuyo transcurso comporta ope legis la imposibilidad jurídica para ejercitarlas después de su fenecimiento generando el efecto ineluctable e irremediable de su extinción, por lo cual, es susceptible de declararse ex officio por el juzgador (arts. 85, 305 y 306, Código de Procedimiento Civil), no admite renuncia, interrupción ni suspensión, pues sólo su incoación oportuna impide sus efectos (art. 90 Código de Procedimiento Civil; aún cuando, impropiamente, el art. 788 del Código de Comercio, previene la suspensión de la caducidad de la acción cambiaria de regreso por fuerza mayor y el art. 806, ibídem, por el procedimiento de cancelación o reposición) y, tampoco, son susceptibles de interpretación ni aplicación analógica o extensiva a hipótesis diversas de las previstas en el ordenamiento jurídico” (cas. civ. sentencia de 19 de octubre de 2009, exp. 05001-3103-009-2001-00263-01).*



Consecuentemente, la caducidad ostenta caracteres normativos propios, autónomos e independientes a los de la prescripción. De suyo, ambas instituciones, no obstante su proximidad teórica y práctica, son disímiles e incompatibles, tanto cuanto más que respecto del mismo derecho son impertinentes simultáneamente.

Para ser más exactos, la caducidad extingue el derecho, y por ende, la acción por el simple paso del tiempo, al no hacerse valer dentro del plazo legal perentorio, esto es, basta el dato objetivo del transcurso del último día del término para generar el efecto jurídico consecencial de la pérdida *ex tunc*. O, en otras palabras, la extinción del derecho por el transcurso del plazo para su ejercicio, implica la extinción de la acción.

Ha de precisarse también que, en la caducidad la extinción del derecho, se produce automáticamente, por sí ante sí, y por ministerio de la ley, si bien el juzgador está obligado a declararla *ex officio* o a petición de parte. Asimismo, adviértase que la caducidad está inspirada en elementales exigencias de seguridad, certeza y estabilidad jurídica, culmina un estado de incertidumbre e impone en determinadas situaciones subjetivas al titular del derecho, la imperiosa necesidad de hacerlo valer en la forma y en el término predispuesto por la ley, so pena de perderlo.

De acuerdo con estos lineamientos, para la Sala, es palmario que cuando la ley señala un término de caducidad, el derecho indefectiblemente debe ejercerse en el término prefijado por el ordenamiento jurídico, so pena de caducar, fenecer,



concluir, terminar o extinguirse por su simple transcurso, verificación o consumación, es decir, su existencia, duración y eficacia se inserta en el plazo concreto, determinado, preordenado, definido y señalado *ex ante* en la norma, dentro del cual debe ejercitarse.

De consiguiente, el efecto extintivo del derecho por caducidad, actúa al verificarse el plazo, *per se, ope legis, per ministerium legis*, en forma ineluctable y por disposición o mandato normativo expreso, de *ius cogens* e imperativo, al margen de la autonomía, decisión o querer del titular.

Justamente al obedecer al orden público, *ius cogens* o derecho imperativo de la Nación, la caducidad excluye toda posibilidad de disposición, modificación, reducción, ampliación, interrupción o suspensión, corre inexorable e infaliblemente a partir del momento predispuesto en el *factum* normativo, a cuya verificación el efecto jurídico consecuente e inmediato es la extinción completa, absoluta y definitiva del derecho. En tal virtud, la caducidad es de origen legal y no se confunde con las impropiedades llamadas “*cláusulas negociales de caducidad*”, genuinos plazos preclusivos con efectos extintivos, por la posibilidad de su disposición ulterior, sea para su terminación, ora variación e incluso renuncia a sus efectos producidos.

En sentido análogo, las incontestables razones de orden público en las cuales se funda la caducidad, atañen a la seguridad, certeza, regularidad o firmeza de las relaciones jurídicas, así como a prístinos deberes imperantes en el tráfico



jurídico de lealtad, corrección, probidad, claridad y sagacidad exigibles a los sujetos en el ejercicio de sus derechos. Por esta inteligencia, la caducidad puede y debe declararse *ex officio* por el juzgador o, a solicitud de parte, pero en todo caso, su efecto se produce por disposición legal sin requerir declaración alguna.

3. En afán de precisión, el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil autoriza la condena *in genere*, sólo en los casos señalados en la ley, cuando no está probada la "*cantidad y valor determinado*" del derecho, premisas fundamentales para proferirla, desde que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas.

Por consiguiente, la *condena in abstracto* exige por presupuestos *sine qua non*: a) Autorización expresa del legislador, es decir, sólo procede en los casos taxativos previstos por la ley; y b) Indeterminación del *quantum*, cuantía "*cantidad y valor determinado*" del derecho a reconocer, en los elementos probatorios del proceso, según la apreciación discreta del juez.

En tal situación, o sea, cuando el juez autorizado expresamente por la ley, condena *in genere*, el titular del derecho así reconocido, tiene la carga de reclamarlo ante el mismo fallador presentando el escrito respectivo en el perentorio término legal, so pena de caducidad, por cuanto el legislador, dispuso el trámite, la oportunidad, forma, requisitos y las consecuencias jurídicas, adscribiendo competencia privativa al juez del proceso ejecutivo que la profiere.



Conformemente, la parte favorecida con la condena del derecho *in abstracto*, sólo puede reclamarlo ante el mismo juzgador, por el trámite, en la forma y oportunidad legal.

La relevancia práctica del problema, considerando los caracteres propios de la figura *legis*, en el supuesto normativo (artículo 307, C. de P.C.), radica en que vencido el término legal sin presentarse el escrito incidental respectivo en el mismo proceso y ante el mismo juez, “caducará el derecho” (artículo 308, *ibídem*).

Por lo mismo, en línea de principio, es inadmisibles la posibilidad de promover un proceso posterior ante juez diferente con idéntica finalidad, es decir, el reconocimiento de un derecho reconocido para cuya reclamación el legislador estableció el trámite, término perentorio y consecuencias de inobservancia. En este evento, el derecho se somete no a prescripción, sino a caducidad, cuya consumación sin ejercerlo, como es lógico, comporta *per se* su extinción definitiva y comprende el de las acciones respectivas. Es decir, la extinción del derecho por caducidad, extingue todas las acciones para hacerlo valer.

Por otro lado, son presupuestos de la condena *in abstracto* prescrita en el artículo 510 del Código de Procedimiento Civil: a) Terminación del proceso ejecutivo con sentencia de excepciones totalmente favorable al demandado; y b) Ausencia de determinación del valor, suma o cuantía de “*los perjuicios que aquel haya sufrido con ocasión de las medidas cautelares y del*



proceso" según la valoración discreta del fallador de las pruebas entonces existentes.

El precepto, impone al juzgador el deber de condenar al pago de los perjuicios causados a la parte demandada con las cautelas y el proceso cuando la ejecución concluye con sentencia totalmente favorable de excepciones.

Bajo este entendimiento, dicha condena es materia de la sentencia, o sea, un asunto sobre el cual debe pronunciarse el juzgador (artículos 304, 305, 306, 307 y 510 *ejusdem*), y de omitirla, el interesado debe solicitar oportunamente la adición de la sentencia para que se imponga en concreto si las pruebas del proceso valoradas por el juzgador en su discreta autonomía, establecen la "*cantidad y valor determinado*" de los perjuicios, o en caso contrario, en abstracto para su liquidación *in futurus* (artículos 307, 308 y 311, *ibídem*).

En la liquidación del derecho reconocido *in genere* la parte favorecida con la condena debe demostrar a plenitud la cantidad y valor determinado de los perjuicios ocasionados con las medidas preventivas y el proceso ejecutivo, o sea, la carga probatoria (*onus probando*) de los elementos estructurales de la responsabilidad incumben al interesado.

Al respecto, el juzgador sin menoscabo de sus deberes y facultades en los asuntos officiosos, está obligado a fallar conforme a lo alegado y probado (*iuxta allegata et probata iudex iudicare debet*), y "*toda 'decisión judicial debe fundarse en*



las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso’, sujetas a su valoración racional e integral ‘de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos’ (artículos 174 y 187 C. de P.C.), correspondiendo al demandante y no al juez la carga probatoria (actori incumbit probatio) con elementos probatorios idóneos, y sujetos a contradicción y, en contrapartida, al demandado demostrar in contrario (reus in excipiendo fit acto), pues, al tenor del artículo 177 del C. de P.C. ‘incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen’, cuestión que en la autorizada opinión de Francisco Carnelutti ‘se desarrolla en procura de demostrar los supuestos fácticos que sustentan su proposición.’ (cas. civ. sentencia de 25 de enero de 2008, [SC-002-2008], exp. 00373).

En torno a la prueba del derecho reconocido *in abstracto* ex artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, cuando se trata de perjuicios, como de vieja data tiene sentado la Corte, requiérese “*probar su existencia y luego su cuantía*” (cas.civ. sentencias de 30 de mayo de 1956, LXXXII-2167, 695), 478 de 12 de diciembre de 1989; 21 de marzo de 1995, exp. 3328; 27 de marzo de 2003, expediente No. C-6879).

A propósito, la jurisprudencia ha puntualizado:

“...para indemnizar un daño, además de su existencia cierta, actual o posterior, es menester su plena demostración en proceso con elementos probatorios fidedignos, existiendo a propósito libertad en la prueba, y por ende, salvo norma expresa en contrario, son idóneos todos los medios permitidos por el ordenamiento, dentro de



éstos, la confesión de parte, los testimonios de terceros, los documentos, los indicios, las inspecciones judiciales y dictámenes periciales.

“Probado el daño es pertinente establecer el *quantum debetur* según los elementos de convicción del proceso, desde luego que, la prueba del quebranto y la de su cuantía son asuntos diferentes, el juzgador para establecerla debe ejercer sus facultades oficiosas (incisos 1º y 2º del art. 307 del C. de P. Civil; cas. civ. sentencia de 9 de agosto de 1999, [S-033-99], exp. 4897) cuando están acreditados los perjuicios, y toda vicisitud probatoria respecto del monto de la indemnización no excluye su reconocimiento, cuya valoración “*atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales*” (artículos 16, Ley 446 de 1998, 230 de la C. P., 32 del Código Civil y 8º de la Ley 153 de 1887; cas. civ. sentencias del 3 de septiembre de 1991, 5 de noviembre de 1998, 1 de abril de 2003, [S-042-2003], exp. 6499).

“Por supuesto, la determinación de la cuantía de la indemnización [...], parte de un daño cierto, actual o futuro, y demostrada su existencia, la víctima tiene derecho a su reparación...” (cas. civ. sentencia de 9 de septiembre de 2010, exp. 17042-3103-001-2005-00103-01).

Ya, en tiempos recientes, la Corte, expresó:

“Con fundamento en que una cosa es la demostración del perjuicio mismo y otra la comprobación de su cuantía, es menester destacar que la circunstancia de que para cuando se inició el presente proceso (21 de enero de 1985) el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil autorizara la condena *in genere*, a fin de que, posteriormente a la sentencia, se concretara su monto por la vía incidental, ello no exoneraba al actor del deberde acreditarlos de manera suficiente ..., independientemente, se reitera, de que comprobara su extensión económica.

“Sobre el particular, desde antes de entrar en vigencia el Decreto 2282 de 1989, que modificó la precitada norma para establecer como deber de conducta de los jueces la imposición de condenas en concreto, la Sala ha observado que “[p]ara que proceda la reparación de perjuicios es preciso, según reiterada doctrina de la Corte, que se demuestre el daño el perjuicio no es un efecto forzoso Por eso, como regla general, quien demanda la indemnización de perjuicios debe demostrar que se le causaron...” (Cas. Civ., sentencia No. 478 del 12 de diciembre de 1989)”... ‘para condenar al pago de perjuicios,



el juzgador debe tener ante sí la prueba de que el reo se los ha causado al actor, pues ellos son la sujeta materia de la condena, y ... bien puede suceder que no haya dado lugar a perjuicios, que no se los haya causado a la otra parte, y no sería lógico condenar a la indemnización de perjuicios inexistente'... Por eso, ... al actor le corresponde demostrar, salvo los casos de presunción de daño, como ocurre con la cláusula penal y el caso del numeral 2º del artículo 1617 del Código Civil, la lesión o menoscabo en su patrimonio, bien por una pérdida real y efectiva, ora de una ventaja o ganancia, ...(Cas. Civ., sentencia de 27 de marzo de 2003, expediente No. C-6879)" (cas.civ. sentencia de 30 de noviembre de 2010, exp.11001-3103-001-1985-00134-01).

Ahora bien, la condena *in abstracto* autorizada en el mencionado artículo 510, por lo general concierne a las partes del proceso ejecutivo, esto es, al ejecutante y al ejecutado.

Desde luego, en el concepto de parte, se incluyen los sucesores, causahabientes universales o singulares, *mortis causa* o *inter vivos*, ya a título oneroso, ora gratuito, *ad exemplum* los cesionarios o adquirentes particulares del derecho reconocido *in genere* al demandado, quienes ocupan la posición o situación jurídica de su causante y deben reclamarlo ante el mismo fallador, en la forma, trámite y oportunidad señalada, sin admitirse ejercer otras acciones en proceso posterior ante juez diferente con igual propósito. En este evento, el derecho está sujeto a caducidad y no a prescripción.

Otro tanto, acontece en tratándose del levantamiento del embargo o secuestro en las hipótesis señaladas en los numerales primero, segundo y cuarto a octavo del artículo 687 del Código de Procedimiento Civil, en cuyo caso, "*se condenará de oficio o a solicitud de parte en costas y perjuicios a quienes pidieron tal medida, salvo que las partes convengan otra cosa*".



También cuando en el proceso o incidente aparezca la prueba de la actuación temeraria o mala fe de las partes o sus apoderados, el juzgador impondrá la condena al pago de los perjuicios causados (artículos 72 a 74, C. de P.C.).

En cambio, para la reparación del daño ocasionado con el proceso ejecutivo y las cautelas a terceros ajenos a la relación jurídica sustancial o procesal ejecutada o debatida en proceso, que no hayan intervenido en éste, forzoso es concluir que, al no comprenderlos el precepto, habrán de ejercer las acciones respectivas ante los jueces competentes con sujeción a las reglas generales que gobiernan la responsabilidad civil. En este supuesto, el derecho y la consiguiente acción, están sujetos a prescripción.

4. Menester, por consiguiente, rectificar la doctrina de la Corte (sentencias de 12 de julio de 1993, CCXXV, 2464, pp. 91-99; 2 de diciembre de 1993, CCXXV (II), 2464, pp. 718-735; agosto 2 de 1995, exp. 4159 y 14 de febrero de 2005, exp. 12073).

En efecto, el análisis minucioso, sistemático e integral de la problemática a la luz de los cambios normativos posteriores a la época de la doctrina de la Corte, su *ratio legis* y la función práctica legal contemporánea de la caducidad, permite concluir que, en las hipótesis del artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, es decir, en los eventos normativos excepcionales, taxativos y restrictivos en los cuales el juzgador por autorización legal condena en *abstracto* o *in genere*, es inadmisibles reclamar el derecho ya reconocido, instaurar otras acciones y promover un proceso posterior ante otro juez con idéntica finalidad, por cuanto,



en tal caso, la parte favorecida debe presentar oportunamente ante el juzgador del proceso que la impuso la liquidación incidental para concretarla, tal como dispone y exige el precepto (artículo 307, C. de P.C.) atribuyendo competencia privativa al fallador que la profirió, ante quien se tramita, de modo que, a falta de su presentación tempestiva u oportuna, ex artículo 308 de la expresada codificación, el derecho caduca, se pierde y extingue.

A este respecto, estableció el legislador por eficiencia, eficacia, seguridad, certeza, celeridad, economía, concentración, inmediación e impulso procesal, la competencia, forma, trámite y oportunidad, al tiempo que acentuó la carga procesal de la parte, con la consecuencia normativa de la caducidad, que comporta la correlativa extinción del derecho, y por tanto, de las acciones, en caso de inobservancia.

Por lo mismo, cuando en el proceso ejecutivo se impone condena *in genere* a la parte ejecutante a pagar a la ejecutada los perjuicios causados con aquél y las cautelas, se excluye la posibilidad de instaurar las acciones de responsabilidad para reclamarlos en proceso ulterior ante juez diferente al de la ejecución, por cuanto el artículo 510 del Código de Procedimiento Civil, en consonancia con el artículo 307 *ejusdem*, estableció sin duda alguna, el trámite, forma, oportunidad, competencia privativa del mismo fallador y la consecuencia normativa de la caducidad del derecho reconocido *in genere* por su no ejercicio oportuno.

Lo anterior, predícase también de los adquirentes del derecho reconocido *in genere*, *ad exemplum*, los cesionarios de la



parte demandada favorecida con la condena, así como de los terceros intervinientes en el proceso ejecutivo afectados por la medidas preventivas cuando el juzgador las levanta y deba imponer la condena al pago de los perjuicios (artículo 687 del Código de Procedimiento Civil).

Contrario sensu, la posibilidad de ejercer acciones de responsabilidad en proceso posterior para la reparación de los daños causados con las cautelas y el proceso ejecutivo, procede cuando:

a) El juez de la ejecución por cualquier causa ajena a la parte afectada no impone la condena *in genere*, estando obligado a hacerlo.

En tal hipótesis, la parte interesada debe agotar ante el juzgador los mecanismos procesales pertinentes para la imposición de la condena y debe subsistir la negativa del fallador a propósito. *Verbi gratia*, de omitirse la condena, el interesado debe solicitar la adición de la providencia con la condena e interponer los recursos procedentes en su contra, pues sólo la injustificada negativa del fallador, lo legitima para pretender la reparación por las vías ordinarias.

b) Tratándose de terceros no intervinientes a título alguno en el proceso respecto de quienes el juzgador no deba imponer la condena *in abstracto*.



En estas hipótesis, la responsabilidad por los daños causados con las medidas preventivas y el proceso de ejecución, puede reclamarse en proceso ulterior ante los jueces competentes a través de las acciones respectivas, y está sujeta a las directrices jurídicas que la rigen en todo cuanto respecta a sus elementos estructurales, efectos, contenido, extensión y prueba, así como a la prescripción de la acción.

5. A título de colofón, tórnase oportuno, iterar la directriz general del artículo 307 del Código de Procedimiento Civil concerniente a la condena en concreto al pago de perjuicios, por cantidad y valor determinados, la carga probatoria de las partes y el deber del juzgador de decretar oficiosamente, por una vez, las pruebas pertinentes a la concreción de la cuantía de los daños en procura de la racionalidad funcional coherente de la función jurisdiccional, el logro de los cometidos naturales de la administración de justicia, la eficiente y pronta solución de los conflictos.

Es conveniente, asimismo, enfatizar el deber exigible a las partes y al juez, para evitar condenas *in genere* o *in abstracto*.

Aquellas, deben observar con diligencia las cargas probatorias y los deberes de lealtad, corrección y colaboración con la administración de justicia.

El juzgador, a su vez, ha de ejercer el poder-deber de decretar *ex officio* las pruebas necesarias para la determinación económica respectiva.



Del mismo modo, cumple advertir, la autorización para proferir la condena en abstracto, única y exclusivamente en los excepcionales casos taxativos expresamente consagrados en la ley, en cuyo caso, la parte interesada favorecida con la condena debe presentar en el término legal la liquidación correspondiente en la forma dispuesta en la norma, so pena de caducar y, por tanto, perder y extinguirse el derecho.

En efecto, sólo en las precisas, restrictivas, taxativas y expresas hipótesis normativas, el legislador autoriza la condena *in genere* al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios u otra cosa semejante, cuando además no está demostrada plenamente su "*cantidad y valor determinados*" conforme a la discreta autonomía valorativa del juzgador.

6. Por último, en el presente asunto, preexistiendo la *condena in genere* y consumada la caducidad para reclamar el derecho reconocido, en ningún yerro incurrió la decisión al no aplicar el artículo 2536 del Código Civil consagratorio de la prescripción de la acción ordinaria de diez años, por no ser aplicable, pues ni lógica ni jurídicamente es posible reconocer, por ninguna vía procesal, un derecho ya extinguido legalmente, tanto cuanto más que la caducidad es figura *legis* autónoma, diversa y de suyo incompatible con la prescripción.

De contera, acertó el Tribunal, al confirmar el fallo del *a quo* al declarar probada oficiosamente la excepción de caducidad de "*la acción*" y denegar el *petitum*.



7. Los cargos no prosperan.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **NO CASA** la sentencia de 30 de abril de 2009 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, Sala Civil-Familia-Laboral, en el proceso ordinario de Ricardo Perdomo Pinzón, en la calidad de cesionario de Distrihuila S.A. y José Roy Estrada Chavarriaga, contra Corporación Financiera Ganadera S.A. –Corfigan-, hoy BBVA Banco Ganadero S.A.

Sin costas del recurso por la rectificación doctrinaria.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo pertinente.

EDGARDO VILLAMIL PORTILLA



JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR

RUTH MARINA DÍAZ RUEDA

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA

Ausencia justificada

WILLIAM NAMÉN VARGAS

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ