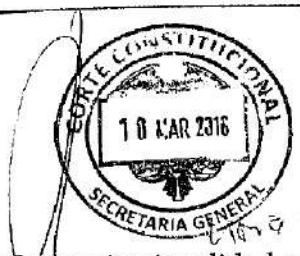
D-11291
OE

Archivo Corte Constitucional.

Honorables Magistrados
**CORTE CONSTITUCIONAL**
E. S. D.




Referencia: Acción Pública de Inconstitucionalidad contra el art. 317 de la Ley 1564 de 2012 –Código General del Proceso–.

Actor: Protegido por Habeas Data

Protegido por Habeas Data, mayor y vecino de Bogotá, ciudadano en ejercicio, identificado con la Cédula de Ciudadanía Protegido por Habeas Data, actuando en nombre propio, en ejercicio de la acción pública consagrada en el numeral 4° del art. 241 de la Constitución Política, acudo ante la honorable **CORTE CONSTITUCIONAL** con la finalidad de impetrar **DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra el art. 317 –parcial– de la Ley 1564 de 2012, disposición que regula la figura del desistimiento tácito como forma anormal de terminación del proceso, pero que contempla una limitación indemnizatoria que transgrede el Preámbulo y los arts. 2 y 13 de la Constitución Nacional, tal cual se expondrá en este libelo introductorio.

## I. Norma demandada

La disposición que parcialmente se demanda como inconstitucional es el art. 317 de la Ley 1564 de 2012 –Código General del Proceso–. Se hará la transcripción de todo el artículo, **subrayándose el aparte demandado por inconstitucionalidad.**

"*LEY 1564 DE 2012*[1]
*(julio 12)*

por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

*El Congreso de República*

[1] Publicada en el Diario Oficial N° 48.489 del 12 de julio de 2012.

*DECRETA:*

*(...)*

*SECCIÓN QUINTA*
*TERMINACIÓN ANORMAL DEL PROCESO*
*TÍTULO ÚNICO*
*TERMINACIÓN ANORMAL DEL PROCESO*

*(...)*

*Capítulo II*
***Desistimiento***

*(...)*

*Artículo 317.* Desistimiento tácito. *El desistimiento tácito se aplicará en los siguientes eventos:*

*1. Cuando para continuar el trámite de la demanda, del llamamiento en garantía, de un incidente o de cualquiera otra actuación promovida a instancia de parte, se requiera el cumplimiento de una carga procesal o de un acto de la parte que haya formulado aquella o promovido estos, el juez le ordenará cumplirlo dentro de los treinta (30) días siguientes mediante providencia que se notificará por estado.*

*Vencido dicho término sin que quien haya promovido el trámite respectivo cumpla la carga o realice el acto de parte ordenado, el juez tendrá por desistida tácitamente la respectiva actuación y así lo declarará en providencia en la que además impondrá condena en costas.*

*El juez no podrá ordenar el requerimiento previsto en este numeral, para que la parte demandante inicie las diligencias de notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, cuando estén pendientes actuaciones encaminadas a consumar las medidas cautelares previas.*

*2. Cuando un proceso o actuación de cualquier naturaleza, en cualquiera de sus etapas, permanezca inactivo en la secretaría del despacho, porque no se solicita o realiza ninguna actuación durante el plazo de un (1) año en primera o única instancia, contados desde el día siguiente a la última notificación o desde la última diligencia o actuación, a petición de parte o de oficio, se decretará la terminación por desistimiento tácito sin necesidad de requerimiento previo. En este evento no habrá condena en costas o perjuicios a cargo de las partes.*

*El desistimiento tácito se regirá por las siguientes reglas:*

*a) Para el cómputo de los plazos previstos en este artículo no se contará el tiempo que el proceso hubiese estado suspendido por acuerdo de las partes;*

*b) Si el proceso cuenta con sentencia ejecutoriada a favor del demandante o auto que ordena seguir adelante la ejecución, el plazo previsto en este numeral será de dos (2) años;*

*c) Cualquier actuación, de oficio o a petición de parte, de cualquier naturaleza, interrumpirá los términos previstos en este artículo;*

*d) Decretado el desistimiento tácito quedará terminado el proceso o la actuación correspondiente y se ordenará el levantamiento de las medidas cautelares practicadas;*

*e) La providencia que decrete el desistimiento tácito se notificará por estado y será susceptible del recurso de apelación en el efecto suspensivo. La providencia que lo niegue será apelable en el efecto devolutivo;*

*f) El decreto del desistimiento tácito no impedirá que se presente nuevamente la demanda transcurridos seis (6) meses contados desde la ejecutoria de la providencia que así lo haya dispuesto o desde la notificación del auto de obedecimiento de lo resuelto por el superior, pero serán ineficaces todos los efectos que sobre la interrupción de la prescripción extintiva o la inoperancia de la caducidad o cualquier otra consecuencia que haya producido la presentación y notificación de la demanda que dio origen al proceso o a la actuación cuya terminación se decreta;*

*g) Decretado el desistimiento tácito por segunda vez entre las mismas partes y en ejercicio de las mismas pretensiones, se extinguirá el derecho pretendido. El juez ordenará la cancelación de los títulos del demandante si a ellos hubiere lugar. Al decretarse el desistimiento tácito, deben desglosarse los documentos que sirvieron de base para la admisión de la demanda o mandamiento ejecutivo, con las constancias del caso, para así poder tener conocimiento de ello ante un eventual nuevo proceso;*

*h) El presente artículo no se aplicará en contra de los incapaces, cuando carezcan de apoderado judicial."* (subrayado demandado).

## II. Cuestiones previas

Antes de entrar a señalar las normas infringidas y a desarrollar los cargos de inconstitucionalidad, considero necesario, para mayor claridad, plantear las siguientes cuestiones de manera precedente: (i) del carácter de la norma demandada; (ii) de la figura del desistimiento tácito; y (iii) del por qué no se demanda el numeral 1° del art. 317 del Código General del Proceso, solicitando sentencia integradora en razón de una aparente omisión legislativa.

(i) Del carácter de la norma demanda

De la disposición parcialmente demandada se pueden extraer diáfanamente dos normas que podemos identificar así: (1) que en el desistimiento tácito no habrá condena en costas a cargo de las partes y (2) que en el desistimiento tácito no habrá condena en perjuicios a cargo de las partes, esta última la norma que se demanda.

Ahora bien, como enseguida se expondrá, se demanda la norma que contempla categóricamente la no condena en perjuicios por encontrarla de carácter sustancial y violatoria de derechos constitucionales, más no se enfila este libelo contra la que proscribe la condena en costas, por observarla procesal, teniendo sobre ella amplio margen de configuración el Legislador.

De antaño ha reconocido la jurisprudencia patria la posibilidad de que en la tramitación de una causa judicial, por abusos en el derecho a litigar, una parte cause perjuicios a su contraparte, existiendo para ésta el derecho al resarcimiento y para aquélla la correlativa obligación de reparar, todo ello bajo la egida de la responsabilidad aquiliana o

extracontractual (art. 2341 y ss. del Código Civil). La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 2 de agosto de 1995, Exp. 4159, M.P. Pedro Lafont Pianetta, arguyó 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)"*.

En sentencia del 28 de abril de 2011, con ponencia del doctor William Namén Vargas, Exp. 41001-3103-004-2005-00054-01, dijo la Corte Suprema de Justicia, trayendo a cuento su propia jurisprudencia, sobre este mismo tópico, lo siguiente:

> *"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... (...)"."*

Entonces, resulta claro que el derecho a litigar, como todos los derechos, debe ejercerse con un sentido de autoresponsabilidad, pues, en caso contrario, esto es, al abusarse del mismo y de llegarse a causar perjuicios nos encontraríamos inmersos en los ámbitos de la responsabilidad civil extracontractual, naciendo así la obligación de reparar el daño causado a la contraparte, quien, a no dudarlo, encuentra derecho al resarcimiento en el Título XXXIV del Código Civil, contentivo de las normas sustantivas que regulan por antonomasia el derecho de daños en nuestro ordenamiento jurídico.

No es misterio que las normas se pueden clasificar, entre otras muchas categorizaciones, como sustanciales y procesales; las primeras definidas como aquéllas que crean, modifican o extinguen un derecho o una situación jurídica concreta, y las segundas como las que de regular el juicio se encargan, ordenando la forma de hacer las cosas (cómo pedir, cómo probar, cómo actuar, etc.). Sobre la definición de las normas sustanciales y su distinción con las procesales se puede traer a colación el auto del 2 de marzo de 2011, Exp. 11001-3103-030-2002-00007-01, M.P. William Namén Vargas, en el cual la Corte Suprema de Justicia acotó que *"las normas sustanciales son las que declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas concretas, es decir, las que atribuyen derechos subjetivos, y que, por ende, no revisten ese carácter las que definen o describen fenómenos jurídicos o regulan la actividad probatoria y, más ampliamente la actividad procesal"*.

Por su parte, la Corte Constitucional[2], al diferenciar los conceptos de normas sustanciales y procesales, ha razonado de la siguiente manera:

> *"5.2. Ahora bien, para determinar la aplicación de la ley 472 de 1998 en el tiempo, es pertinente abordar la perspectiva del carácter sustancial o procesal de las disposiciones que la integran, para lo cual se hace necesario diferenciar estos dos conceptos. Esta Corporación en sentencia C-619 de 2001 al respecto distinguió:*
>
> "Con todo, dentro del conjunto de las normas que fijan la ritualidad de los procedimientos, pueden estar incluidas algunas otras de las cuales surgen obligaciones o derechos substanciales. En efecto, la naturaleza de una disposición no depende del lugar en donde aparece incluida, como puede ser por ejemplo un código de procedimiento, sino de su objeto. Si dicho objeto es la regulación de las formas de actuación para reclamar o lograr la declaración en juicio los derechos substanciales, la disposición será procedimental, pero si por el contrario ella reconoce, modifica o extingue derechos subjetivos de las partes, debe considerarse sustantiva". *(Se subraya).*
>
> *Del mismo modo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en auto de agosto 4 de 1999 (expediente Q-063) señaló:*
>
> "La Sala, acogiendo la doctrina nacional elaborada de tiempo atrás por la Corte Suprema de Justicia, entiende por normas sustanciales, 'aquellas que, en razón de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas jurídicas implicadas en tal situación'. Por consiguiente, no

[2] Sentencia T-446 del 30 de mayo de 2007, Exp. T-1374305, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Sala Novena de Revisión.

tienen categoría sustancial los preceptos legales que 'se limitan a definir fenómenos jurídicos o a describir los elementos integrantes de éstos, o hacer enumeraciones o enunciaciones; como tampoco la tienen las disposiciones ordinarias o reguladoras de la actividad in procedendo'". *(Se subraya)."* (Subrayas del texto original).

Así las cosas, viendo la perentoriedad de la norma demandada (no habrá condena en perjuicios a cargo de las partes), a no dudarlo, refulge su carácter sustancial, en tanto y en cuanto dicha norma, desconociendo o, mejor, contrariando abiertamente los postulados contemplados en el art. 2341 del Código Civil, no hace otra cosa que señalar que la víctima del ejercicio abusivo del derecho a litigar no tendrá derecho al resarcimiento de sus perjuicios, así como que el litigante abusivo e irresponsable no estará obligado a reparar el daño que cause; esto es, en palabras más sencillas, impide el derecho a la víctima a que se le repare su daño y quita correlativamente al ofensor la obligación de reparar los daños que ha causado; o visto de otra manera, otorga el derecho a dañar (al litigante abusivo) a la vez que cercena el derecho a la reparación (a la contraparte dañada).

Conclúyase de lo expuesto que la norma demandada es de carácter sustancial y abiertamente contraria a las normas que regulan el derecho de daños.

Ahora bien, buscando defender la tesis del carácter procesal de la norma demandada (no condena en perjuicios a cargo de las partes en el desistimiento tácito), alguien podría alegar que lo que hace la norma al regular la figura del desistimiento tácito es que ante su decreto no habrá condena en perjuicios a cargo de las partes en ese momento procesal (decreto del desistimiento), empero que ello no es óbice para que los mismos se reclamen en proceso de responsabilidad civil separado, en tanto y en cuanto la norma no desconoce el derecho de toda persona a obtener la reparación de los perjuicios que le han ocasionado con basamento en los postulados que sobre el derecho de daños consagra el Código Civil, las cuales se mantienen incólumes.

No obstante, una interpretación como esa tiene dos problemas, a saber: (a.) riñe abiertamente con los principios que inspiran el Código General del Proceso (concentración, inmediación, economía procesal), con principios constitucionales y con el sistema que dicho estatuto acoge; y, además, (b.) una disquisición en ese sentido no explica la diferencia de regulación que utilizó el Legislador en la figura del desistimiento tácito del num. 1 del art. 317 del CGP con la del num. 2 *ibídem*, esto es, no ofrece claridad del por qué en el numeral 1 se guardó silencio en lo que respecta a la condena en perjuicios y en el numeral 2

expresamente se dijo que no habría lugar a condena en ese sentido. Así las cosas, una interpretación de ese calibre no responde al interrogante del por qué el silencio del Legislador sobre la condena en perjuicios al desarrollar el numeral 1, así como tampoco responde qué alcance tiene el pronunciamiento expreso proscribiendo la condena en perjuicios en el numeral 2.

En efecto, a lo largo y ancho del Código General del Proceso se puede observar con meridiana claridad la vitalidad que en él tienen los principios de concentración, inmediación y economía procesal (amén de la positivización de los dos primeros como normas rectoras), pues el Estatuto Adjetivo quiere que en el proceso se resuelva todo y no quede nada para después, por ello ordena que la sentencia se pronuncie sobre costas y perjuicios (art. 280); que el juez condene en perjuicios a las partes que actúan con temeridad o mala fe (art. 80); que el juez que declara el derecho sea el que también ejecute (art. 306); que el juez autorizado para condenar en abstracto sea el que concrete y posteriormente ejecute (arts. 283, 284 y 306); que ante la revocación del mandamiento de pago por falta de requisitos del título se pueda adelantar allí mismo proceso declarativo, manteniendo la interrupción de la prescripción e inoperancia de la caducidad (art. 430); la ductilidad del proceso monitorio (art. 421); y que el juez resuelva expresamente lo concerniente a la condena en perjuicios, entre otros, en los siguientes procesos y actuaciones: desistimiento (art. 316), sentencia que declara infundado recurso de revisión (art. 359), expropiación (art. 399, #13), prosperidad de reposición -excepciones previas- contra mandamiento de pago (art. 442, #3), excepciones de mérito favorables al ejecutado (art. 443, #3 -en la adjudicación de la garantía real [art. 467, #3, b-]), condena preceptiva (art. 597, inciso 3, #10).

Así las cosas, interpretar la norma demandada dándole un alcance de que solo se limita a señalar que en el momento procesal de decreto del desistimiento tácito no habrá condena en perjuicios, dejando incólume el derecho a reclamarlos en proceso posterior por mantenimiento de la garantía de reparación del art. 2341 del Código Civil, de verdad que choca de frente con los principios de concentración, inmediación y economía procesal que inspiran al Código General del Proceso, además de desconocer todo el sistema sobre el cual éste se afinca, el sistema que garantiza la tutela judicial efectiva, imponiéndole al juez resolver integralmente sin dejar tópicos para resolución en proceso diferente, y tan cierto es que la norma es contraria al sistema que se va de frente con la regla general de responsabilidad que consagra el art. 80 del C.G.P., sancionadora de las conductas temerarias y de mala fe de las partes y garantizadora de la reparación de perjuicios a las víctimas. Aunado a lo expuesto, incoherente y contraría al sistema se muestra la

norma acusada, pues no se entiende como por un lado el C.G.P. amplía cuantitativa y cualitativamente las medidas cautelares (art. 590; estableciendo incluso la novedad de las innominadas) y por el otro permite el levantamiento de las mismas impunemente (norma demandada), cuando es notorio que con dicha ampliación de cautelas mayores riesgos de causar daños se generan al interior del proceso; además, no resulta lógica la norma atacada cuando se le compara con el propósito buscado por el Código al establecer el régimen sancionatorio en la figura del juramento estimatorio (art. 206), que propugna por la presentación de demandas con pretensiones razonadas y bien fundamentadas, en tanto en el juramento estimatorio el litigio abusivo se sanciona, mientras que en el desistimiento tácito goza de total impunidad.

Es más, tan cierto es que el C.G.P. quiere que todo se resuelva en el proceso que, al regular su art. 283 –*Condena en concreto*–, modificó su redacción[3] en comparación con el art. 307 del C.P.C., esto atendiendo el cambio jurisprudencial que hizo la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 28 de abril de 2011, Ref.: 41001-3103-004-2005-00054-01, M.P. William Namén Vargas, providencia en la que se dijo, rectificando la doctrina contenida en las "*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)*", que "*en los eventos normativos excepcionales, taxativos y restrictivos en los cuales el juzgador por autorización legal condena en abstracto o in genere, es inadmisible 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*". Así la cosas, una vez la Corte rectificó y dijo que no era posible adelantar proceso posterior para concretar los perjuicios reconocidos en abstracto en un primer proceso, por haberse extinguido o caducado el derecho por ausencia de promoción del incidente, ni siquiera en el caso de que el juez de la ejecución (art. 510 del C.P.C.) omitiera pronunciarse sobre la condena *in genere* (pues en tal caso se debía pedir oportunamente la adición de la providencia), es claro que el Legislador recogió esa inteligencia en el art. 283 del C.G.P., al disponer que vencido el término para promover el incidente "*se*

[3] El art. 283 del Código General del Proceso preceptúa que vencido el término para promover el incidente de concreción de la condena en abstracto, se extinguirá el derecho, dándose así una modificación con respecto al art. 307 del Código de Procedimiento Civil que pregonaba que de no promoverse el incidente para concretar los perjuicios se generaría la consecuencia que contemplaba el art. 308 *ibidem*, esto es, caducaba el derecho.

*extinguirá el derecho*", cerrando toda posibilidad para discutir asuntos que debieron ser resueltos en el proceso, todo ello en virtud de los principios de concentración, inmediación y economía procesal.

Por otro lado, obsérvese que el Legislador al regular el desistimiento tácito del numeral 1 señaló que, previo requerimiento, ante la no realización de la actuación se decretará el desistimiento imponiendo condena en costas, guardando silencio sobre la condena en perjuicios; y al regular el desistimiento tácito del numeral 2 señaló que cuando éste se decrete no habría condena en costas ni perjuicios. Así las cosas, cuando el Legislador expresa y categóricamente en el numeral 2 dijo que no habría condena en perjuicios, bajo los parámetros de interpretación literal y atendiendo el sentido natural y obvio de la expresión "*no habrá*" (arts. 27 y 28 del Código Civil), fue porque decidió no reconocer ese derecho de la víctima a la reparación, sacrificando así derechos sustanciales frente a una figura procesal, meramente instrumental, que tiene como propósito la descongestión judicial. Situación diferente ocurre con el desistimiento tácito del numeral 1, pues en él, ante la ausencia de pronunciamiento sobre la condena en perjuicios, es claro que dicho vacío, bajo una interpretación sistemática (art. 30 *ídem*), se podrá llenar con la condena preceptiva que reseña el inciso 3 del num. 10 del art. 597 del Estatuto Procesal General. En conclusión, considero que la condena en perjuicios no está proscrita en el desistimiento tácito del numeral 1, en tanto y en cuanto el Legislador no lo dijo expresamente y, además, porque ese vacío se llena con una interpretación sistemática de las normas del C.G.P., ora que cosa diferente ocurre con el desistimiento tácito del numeral 2, por cuanto en éste le ley expresamente y sin equívocos dijo que no había lugar a condenar en perjuicios, todo lo cual demuestra el carácter sustancial de la norma demandada.

Precisado lo anterior, no sobra hacer –en breve– apuntes referentes al carácter procesal de las normas que regulan la condena en costas, para lo que basta citar la sentencia del 7 de febrero de 1996, Exp. 4602, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, en la que la Corte Suprema de Justicia, desechando la posibilidad de casar fallos por el tema de costas, precisó que "*se descartaba la posibilidad de acusación del fallo por la vía del recurso de casación exclusivamente por el aspecto de costas, aduciendo que era un "asunto confiado por la ley al prudente juicio o conciencia del sentenciador, tratarse de problema exclusivamente determinado por las reglas de procedimiento e impropicio a la unidad jurisprudencial, finalidad primaria de la casación, fuera de ser de entidad estrictamente accesoria, que no afecta la cuestión debatida en el juicio*", para más adelante anotar que la condena en costas, amén de la libertad de configuración que tiene el legislador para escoger un sistema y plasmarlo en el ordenamiento, "*no constituye*

*en sí un derecho de la parte el obtener crédito por costas o exonerarse de la correlativa obligación, con independencia del resultado del juicio y de su intervención dentro de él*". De igual manera, en sentencia del 15 de junio de 1995, Exp. 4398, M.P. Rafael Romero Sierra, la Corte Suprema de Justicia acotó que "*tratándose de costas procesales, no se está ante uno de los extremos del litigio que las partes someten a la jurisdicción. La decisión que sobre el punto tome el juzgador halla su génesis directa y exclusiva en la ley; tanto, que ésta manda hacer caso omiso de los acuerdos de las partes acerca de la cuestión*", para luego rematar anotando que las costas "*no constituyen el tema del litigio, sino una consecuencia del mismo. No tiene origen sustancial sino procesal*".

Resaltar el carácter procesal de las normas que regulan las costas lo creo conveniente en tanto y en cuanto, a partir de allí, se desprende la explicación del por qué no se enfila un ataque de constitucionalidad sobre tales normas, todo ello atendiendo el margen de configuración que la Constitución le otorga al Legislador a la hora de definir los procedimientos; margen de configuración que, por demás, ha sido reconocido por la Corte Constitucional en muchas sentencias.

(ii) De la figura del desistimiento tácito

Tres formas de terminación anormal del proceso, en Título Único, regula expresamente el Código General del Proceso: la transacción, el desistimiento (que podría llamarse general) y el desistimiento tácito, este último a la vez desarrollado en dos modalidades con particularidades propias. Aunque tratadistas enseñan que, siendo la sentencia la forma normal y ordinaria de terminación del proceso (aun cuando ésta se dicte precipitadamente -producto de un allanamiento, por ejemplo-), siempre "*que no sea una sentencia la que pone fin al proceso estamos frente a una forma anormal, excepcional y extraordinaria de culminación del mismo por cuanto lo normal y ordinario es el fallo de instancia*[4]", existiendo, por tanto, otras formas anormales de terminación del proceso que no se encuentran reguladas expresamente.

El art. 317 del Código General del Proceso contempla, como se dijo, dos clases de desistimiento tácito: el del numeral 1 que opera cuando, previo requerimiento judicial, la parte no cumple en el término (30 días) con una carga procesal a su cargo, teniéndose así por desistida la actuación, con condena de costas incluida; y el del numeral 2 que es aplicable a cualquier clase de proceso, por no realizarse ninguna actuación en el plazo de 1 año contado desde la última realización,

[4] Hernán Fabio López Blanco, El desistimiento tácito contemplado en el inciso 2° del artículo 317 del Código General del Proceso, ponencia presentada en el XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, libro de memorias, pág. 293, Pereira, septiembre 9, 10 y 11 de 2015.

procediendo su decreto a petición de parte o de oficio, sin necesidad de requerimiento judicial previo y sin condena en costas o perjuicios. Sobre este último desistimiento tácito muchos autores acotan que no es otra cosa que la antigua y derogada figura de la perención.

En efecto, el profesor Hernán Fabio López Blanco[5] haciendo un recuento histórico de la figura anota que el desistimiento tácito actual no es otra cosa que la antigua figura de la perención[6], la cual fue derogada a pesar de cumplir un papel importante en la descongestión de los despachos civiles, por lo cual se hizo necesario llenar el vacío dejado por aquélla con una figura novedosa creada por la Ley 1194 de 2008 (art. 1°), esto es, el desistimiento tácito. Valga resaltar que el desistimiento tácito regulado por el Legislador en el año 2008 contemplaba el que se *"condenará en costas y perjuicios siempre que como consecuencia de la aplicación de esta disposición haya lugar al levantamiento de medidas cautelares"*, situación que radicalmente cambió con la regulación que de esa figura hizo el numeral 2 del art. 317 del C.G.P.

Sobre la naturaleza del desistimiento tácito es menester rememorar a la Corte Constitucional[7] cuando acotó que *"el desistimiento tácito es una consecuencia adversa, con la cual se busca sancionar no sólo la desidia sino también el abuso de los derechos procesales. Pero la sanción no recae necesariamente sobre la persona responsable de la falta, sino sobre* la parte", en esa misma providencia, la Corte, al analizar la razón de ser y los propósitos de la figura, adujo que *"si se parte de que el desistimiento tácito es una sanción, como quiera que la perención o el desistimiento tácito ocurren por el incumplimiento de una carga procesal, la Corporación ha estimado que el legislador pretende obtener el cumplimiento del deber constitucional de* "[c]olaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia" *(art. 95, numeral 7°, C.P.). Además, así entendido, el desistimiento tácito busca garantizar el derecho de todas las personas a acceder a una administración de justicia diligente, celere, eficaz y eficiente (art. 229); el derecho al debido proceso, entendido como la posibilidad de obtener pronta y cumplida justicia (art. 29, C.P.); la certeza jurídica; la descongestión y racionalización del trabajo judicial; y la solución oportuna de los conflictos"*.

Luego, entonces, refulge el carácter sancionador del desistimiento tácito, en tanto y en cuanto busca castigar la negligencia, displicencia y abuso de la parte que tiene por demás el deber constitucional de colaborar con la administración de justicia y, además, la figura tiene un

---

[5] Ibídem.
[6] La perención estaba consagrada en los arts. 346 y 347 del C.P.C. y fue derogada por el art. 70 de la Ley 794 de 2003.
[7] Sentencia C-1186 del 3 de diciembre de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

propósito de buscar la solución pronta de los litigios y la descongestión y racionalización de los despachos judiciales.

Ahora bien, enfocado en el desistimiento tácito regulado por el numeral 2 (objeto de demanda), se puede señalar que trae las siguientes particularidades relevantes para esta demanda: (i) opera en procesos judiciales de cualquier naturaleza; (ii) en caso de decreto no habrá condena en costas o perjuicios a cargo de las partes; (iii) ante su decreto se termina el proceso o actuación y se ordenará el levantamiento de las medidas cautelares practicadas; (iv) decretado el desistimiento tácito se puede presentar nuevamente demanda pasados 6 meses; y (v) bajo las mismas condiciones se puede decretar por segunda vez el desistimiento tácito, caso en el cual se extinguirá el derecho pretendido. No está demás anotar que en este segundo decreto del desistimiento tácito también se deberán levantar las medidas cautelares practicadas y tampoco habrá condena en costas y perjuicios.

Aquí es inevitable plantear esta reflexión: ¿invita el desistimiento tácito del numeral 2 a una especie de 'juego al proceso'?

En efecto, no entiendo cómo siendo el desistimiento tácito una figura sancionatoria, que castiga con el decaimiento del proceso a aquella parte desidiosa y negligente, que hace caso omiso a su deber constitucional de colaborar con la administración de justicia, a la vez se le declare impune de la condena en costas y perjuicios, muy a pesar del levantamiento de medidas cautelares que se pudieron haber decretado a petición suya; y lo que es peor, que la misma disposición legal, a renglón seguido, habilite a esa parte a presentar nuevamente la demanda, pudiendo incluso volver a pedir el decreto de medidas cautelares, con el aval de volver a dejar decaer el proceso, sin que tema por condena alguna en costas y perjuicios, en tanto la única consecuencia adversa será la extinción del derecho pretendido (que al final no se sabrá si realmente tenía derechos en su haber, esto es, si en realidad estaba legitimado en la causa por activa), empero, lo que si es cierto, es que, por la misma invitación del Código, a una especie de 'juego al proceso', la parte demandada habrá sufrido en doble oportunidad el decreto de medidas cautelares, sin obtener a su favor condena en costas y, lo que es inaceptable, sin la reparación de los perjuicios que aquéllas pudieron acarrearle.

El Código General del Proceso no puede patrocinar, ni mucho menos incentivar, tal tipo de procederes, eso es, ni más ni menos, una habilitación expresa al ejercicio abusivo del derecho a litigar, y lo que es increíble, de manera impune.

(iii) Del por qué no se demanda el numeral 1° del art. 317 del Código General del Proceso, solicitando sentencia integradora en razón de una aparente omisión legislativa relativa

En apartes precedentes señalé que la ausencia de pronunciamiento expreso del Legislador sobre la condena en perjuicios al momento del decreto del desistimiento tácito del numeral 1 del art. 317 del C.G.P., no equivalía o significaba en absoluto que en ese momento procesal no se pueda condenar en perjuicios en caso de que se lleguen a levantar medidas cautelares en razón de la decisión que pone fin al proceso, pues es claro que dicho vacío, bajo una interpretación sistemática (art. 30 Código Civil) de las normas adjetivas y de las sustantivas contentivas del derecho de daños, se podrá llenar con la condena preceptiva que reseña el inciso 3 del num. 10 del art. 597 del Estatuto Procesal General y con el llamado del art. 2341 del Código de Bello.

Es que no se puede pensar que el silencio del Legislador (sobre la condena en perjuicios del numeral 1) tenga igual lectura y significado que la manifestación expresa de éste en un sentido determinado (no habrá condena en perjuicios del numeral 2), máxime cuando una interpretación en ese sentido tiene la virtud de vulnerar derechos constitucionales.

Es por lo anterior que no estoy de acuerdo con el ilustre profesor Hernán Fabio López Blanco[8] cuando, comparando el tránsito de la figura de la Ley 1194 de 2008 a la norma actual, y haciendo referencia a la omisión de pronunciamiento expreso de la ley en lo que respecta a la condena en perjuicios en el desistimiento tácito del numeral 1 del art. 317 del C.G.P., señaló que "*en esencia lo que se reforma es que se elimina la condena al pago de perjuicios con ocasión del decreto del desistimiento tácito si este* (sic) *conlleva el levantamiento de medida cautelares, para dejar tan solo la de costas*", pues, reitero, el hecho de que el Legislador haya guardado silencio sobre la condena en perjuicios, no significa en modo alguno que tal condena se encuentre proscrita, toda vez que si la ley hubiese querido que esa fuera la consecuencia, así lo habría dicho, tal cual sucede en el caso de la norma demandada (contenida en el numeral 2), amén de que la condena en perjuicios en ese caso, a pesar del silencio de la ley, procederá trayendo a cuento las disposiciones procesales que regulan la condena preceptiva y aquellas sustantivas que garantizan la reparación de los daños.

[8] El desistimiento tácito contemplado en el inciso 2° del artículo 317 del Código General del Proceso, ponencia presentada en el XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, libro de memorias, pág. 296, Pereira, septiembre 9, 10 y 11 de 2015.

Es por lo expuesto que no se hace necesario demandar el numeral 1 del art. 317 del C.G.P. en razón de una aparente omisión legislativa relativa, toda vez que tal omisión no existe, en tanto y en cuanto el Legislador no tiene que ser repetitivo al momento de redactar los textos legales (mucho menos cuando se trata de regular figuras procesales), para que en estos se entiendan comprendidos -o, mejor, a salvo- los derechos sustanciales, sobre todo cuando el canon 228 constitucional nos recuerda la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal. Es por ello que no es constitucionalmente valido entender que por el simple hecho de que la ley haya omitido referirse de manera expresa a la condena en perjuicios en el caso del desistimiento tácito del numeral 1, se está proscribiendo esa clase de condena, pues un razonamiento de ese calado lleva al extremo en sobreponer el derecho procesal sobre el derecho sustancial que garantiza la reparación de los daños causados, aunado al desconocimiento de la condena preceptiva que vía interpretación sistemática tiene cabida directa en ese escenario.

La Corte Constitucional[9], trayendo a colación su propia jurisprudencia, arguyó que "la inconstitucionalidad por omisión no puede ser declarada por el juez constitucional sino en relación con el contenido normativo de una disposición concreta, que por incompleta resulta ser discriminatoria. Es decir, son inconstitucionales por omisión aquellas normas legales que por no comprender todo el universo de las hipótesis de hecho idénticas a la regulada, resultan ser contrarias al principio de igualdad", para más adelante, en esa misma providencia, anotar que "*el precedente en comento ha sistematizado los requisitos que deben concurrir para que se declare la inconstitucionalidad de un precepto en razón de la omisión legislativa relativa. Así, es necesario que,* "(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador"".

[9] Sentencia C-351 del 19 de junio de 2013, Exp. D- 9380, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la cual se relacionan las sentencias C-146/98, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y C-891A de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Nótese, pues, que en caso del numeral 1 del art. 317 del C.G.P. no se dan los presupuestos señalados por la jurisprudencia constitucional, pues la omisión de la norma no excluye la condena en perjuicios (condición ii) y el Legislador no ha incumplido un deber específico del constituyente (condición v), toda vez que precisamente éste ha otorgado a aquél un amplio margen de maniobra a la hora de redactar los textos legales y regular las figuras procesales, sin que por la falta de pronunciamiento sobre un derecho reconocido en la ley sustancial haya lugar a pensar que la norma procesal lo está desconociendo.

## III. Normas constitucionales infringidas

Las normas de rango constitucional que son directamente infringidas por la norma demandada, son los siguientes:

- Preámbulo de la Constitución Nacional.
- Artículo 2 de la Constitución Nacional.
- Artículo 13 de la Constitución Nacional.

## IV. Cargos de inconstitucionalidad

**- Infracción del Preámbulo y del art. 2 de la Constitución Nacional.**

*Honeste vivere* (vivir honestamente), *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo) y *alterum non laedere* (no dañar al otro), fueron los tres grandes principios en que los antiguos romanos basaron la fórmula para la sana convivencia en comunidad[10]. El principio *alterum non laedere* contiene un deber de abstención general: evita, abstente, no dañes a tus semejantes; tanto así que *"el no causar daño a los demás es quizá, la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana*[11]". Según López Herrera[12], el derecho no protege a quien causa daño a otro, sino a quien lo padece, pues hace nacer sobre aquél una obligación que consiste en dejar a la persona afectada en una situación lo más próxima a como se encontraba antes de sufrir la lesión. Así las

[10] *Introducción a la Responsabilidad Civil*, Dr. Edgardo López Herrera, artículo tomado el día 7 de marzo de 2016 de internet: http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf
[11] *Ibídem* (trayendo a cuento al autor Ricardo De Ángel Yágüez, *La responsabilidad civil*, 2ª Ed., Universidad Deusto, Bilbao, 1989, pág. 21.)
[12] *Ídem*

cosas, lo cierto es que una vez que se produce un daño el derecho entra a regular tal situación, imponiendo una obligación de reparar al agresor y correlativamente radicando un derecho de crédito en cabeza de la víctima, estructurándose así un evento de responsabilidad civil.

El fundamento cardinal de esa obligación de reparar los daños lo encontramos en el principio universal de justicia, recogido por nuestra Constitución Nacional en su Preámbulo, como norma orientadora, impregnadora e inspiradora de toda la estructura constitucional y, por ahí, de nuestro ordenamiento jurídico, y en su artículo 2°, como uno de los fines esenciales del Estado (el de mantener un orden justo). Autores resaltan que la responsabilidad encuentra fundamento en el principio de justicia por cuanto "*impone la necesidad de restablecer el estado anterior a la lesión causada injustamente*[13]". Incluso, tan fuerte es el principio de justicia como fundamento principal de la obligación de reparar los daños causados, que algunos autores, en la discusión doctrinal referente a si debe imperar un régimen de responsabilidad subjetivo, basado en la culpa, o si uno objetivo, con abstracción total de valorar la conducta del agente (sin miramiento en la culpa), han llegado a sostener –defendiendo la tesis objetiva– que "*debía pensarse más en la injusticia del daño sufrido por la víctima que en la injusticia (o falta de injusticia) de su causación por el agente, atribuyéndose entonces a este último responsabilidad pese a la ausencia de reproche de su conducta*[14]", para más adelante acotar –en favor de la tesis culpabilista– que llegado el momento de decidir quién debe asumir la obligación de reparar, "*no debe olvidarse nunca la justicia, que es el centro del derecho. Imputar responsabilidad a quien ni la razón ni la justicia indican que debe afrontar la reparación, no sólo es contrario a ese sustento básico del derecho, sino que también es inferirle a él un daño injusto, como sería pagar la indemnización*[15]", razón por la que ven reservado a un lugar teóricamente residual a la responsabilidad objetiva. No obstante, los que propugnan por la tesis objetiva critican a quienes defienden la tesis subjetivista en tanto éstos "*no pueden explicar cómo la razón que señalan para eximir de responsabilidad al autor del daño (la ausencia de culpa), podría llegar a justificar al mismo tiempo que la víctima (que actuó igualmente sin*

---

[13] *Ejusdem* (rememorando a Jorge Bustamante Alsina, *Teoría General de la responsabilidad civil, 8ª Ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 79.* En el mismo sentido Daniel Pizarro Ramón; Carlos Gustavo Vallespinos, *Obligaciones, T. 3*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 164).

[14] Pablo Suárez, *Acerca de los fundamentos morales de la responsabilidad extracontractual*, artículo tomado el 4 de marzo de 2016 de internet: http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-10/10Jurica04.pdf

[15] *Ibídem*

*culpa) deba cargar con él*[16]". Termina anotando el profesor López Herrera[17] que la *"otra gran teoría para Wrigth es la teoría aristotélico kantiana del derecho o la justicia, que se basa en la igual libertad de todos los hombres. Para esta teoría el derecho de daños tiene como fin no una eficiente compensación, sino una "justa" compensación y disuasión* (just compensation and deterrence)".

Así las cosas, podemos señalar sin miedo a equivocarnos que el fundamento cardinal del derecho de daños es el derecho a la justicia, principio y valor que se encuentra a lo largo y ancho de nuestro ordenamiento jurídico, y que precisamente por su consagración en el Preámbulo y en el art. 2 de la Carta Magna encuentra su potencia inspiradora e impregnadora de todo el entramado normativo constitucional. Nadie está autorizado a dañar impunemente a otro, es una máxima que se desprende del derecho de daños; por lo tanto, todo aquel que causa un daño, debe repararlo, pues de no ser así, de quedar la víctima huérfana de toda protección, de verdad que nos encontraríamos ante una injusticia que contraría el propósito constitucional de aseguramiento de la vigencia de un orden justo, a voces del art. 2 de la Carta.

Bajo este entendimiento se podría anotar que una norma que desconozca el derecho de toda víctima a obtener el resarcimiento del daño que se le ha causado, es una norma injusta que, por lo mismo, choca con el Preámbulo y el art. 2 de la Carta Política, siendo necesario, en consecuencia, su expulsión del ordenamiento jurídico. Así lo ha reconocido la jurisprudencia foránea y la de nuestra Corte Constitucional, llegando a señalar que una norma injusta no es derecho, que por ello carece de eficacia y debe ser declarada inválida. En efecto, nuestro Tribunal Constitucional, haciendo eco de importante jurisprudencia alemana, precisó en la Sentencia C-284 del 13 de mayo de 2015, Exp. D-10455, M.P. Mauricio González Cuervo, lo siguiente:

> *"Incluso la existencia de un derecho natural como parámetro de validez de los ordenamientos históricos, ha tenido en el pasado no tan lejano, importantes consecuencias. Cabe aquí referir la aguda presentación de la cuestión por parte de Radbruch, al enunciar la que luego sería*

---

[16] *Idem*

[17] *Introducción a la Responsabilidad Civil*, Dr. Edgardo López Herrera, artículo tomado el día 7 de marzo de 2016 de internet: http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf

*conocida como su fórmula:* "El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica puede ser solucionado en el sentido de que el derecho positivo asegurado por su sanción y el poder tiene prioridad aun cuando su contenido sea injusto y disfuncional, a menos que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, en tanto derecho injusto, tenga que ceder ante la justicia." *Esa orientación tuvo eco, por ejemplo, en una importante decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 1968 que señaló:*

> *"El derecho y la justicia no se encuentran a disposición del legislador. La concepción según la cual un 'legislador constitucional puede ordenar todo lo que quiera' significa una recaída en la actitud intelectual de un positivismo legal valorativamente neutro, superado desde hace tiempo en la ciencia y en la praxis jurídicas. Justamente la época del régimen nacionalsocialista en Alemania ha enseñado que también el legislador puede imponer lo injusto (...). Por ello, el Tribunal Constitucional Federal ha afirmado que hay que negar a las disposiciones 'jurídicas' nacionalsocialistas la validez como derecho porque contradicen tan evidentemente principios fundamentales de la justicia que el juez que quisiera aplicarlas o aceptar sus consecuencias jurídicas dictaría no-derecho en vez de derecho.""*

Esa concordancia, entonces, entre el derecho positivo y la justicia debe existir necesariamente, incluso echando mano del derecho natural, en tanto y en cuanto la justicia como principio universal no necesita consagración expresa para cobrar vigencia, ora que esa discusión en un ordenamiento jurídico como el nuestro no es necesario darla, toda vez que, en virtud de lo dicho por el Preámbulo de la Carta y lo normado por su art. 2, la justicia es un principio y un valor que necesariamente debe impregnar e irradiar todas las normas que dicta el Legislador, pues evidentemente, al final, lo que quiere la Constitución es la vigencia de un orden justo.

La norma demandada, tal cual se acotó en las cuestiones previas de este libelo, ante el decreto del desistimiento tácito producto de la conducta negligente de una de las partes, ordena terminar el proceso, levantar las medidas cautelares y proscribe la condena en perjuicios, dejando así huérfana de reparación a la parte afectada, amén de estimular el abuso del derecho a litigar, toda vez que el litigante displicente que dejó fenecer el proceso ninguna sanción recibirá; ahora bien, no se conforma la norma con la injusticia anterior y permite que

todo se dé por partida doble, pues el litigante ineficiente que dejó caer el proceso sin recibir sanción alguna, tiene la posibilidad de volver a presentar nueva demanda, con nuevas medidas cautelares y, ante un nuevo descuido, se volverá a decretar el desistimiento tácito volviéndose a dar por terminado el segundo proceso, levantándose las segundas medidas cautelares y, claro está, sin recibir sanción alguna por perjuicios, resistiendo así la parte demandada en dos oportunidades el levantamiento de cautelas sin recibir la justa y necesaria reparación de los daños que las mismas le pudiesen causar. ¿Podrá haber una norma más injusta y más estimulante del abuso del derecho a litigar?

Se dice que la sanción para la parte que sufre por segunda vez el desistimiento tácito es la extinción del derecho pretendido, ora que habrá de preguntarse, ¿y en realidad lo tenía? Si es que la legitimación en la causa por activa es un asunto sustancial -más no procesal- que precisamente se resuelve en la sentencia, luego, entonces, tal cual se encuentra configurada la figura del desistimiento tácito, permitiendo que una parte litigue sin ninguna clase de autoresponsabilidad, en tanto la ley le garantiza la no condena en perjuicios por los daños que pudiese causar con el proceso, de verdad que puede llevarnos al extremo de que una parte, sin legitimación activa alguna en su haber, inicie sendos procesos en contra de otra, practicándole en ambos cautelas, para que al final, dejando caer negligentemente ambos procesos -o a propósito (dolo)-, salga absolutamente impune de los daños que pudo causar con ese ejercicio abusivo de litigar.

La norma, en mi parecer, no puede patrocinar una especie de 'juego al proceso' sin que nada ocurra a quien actúa con tal grado de irresponsabilidad. Si consideramos que la figura del desistimiento tácito es saludable para la descongestión judicial, para la pronta y cumplida justicia y para la certeza jurídica, está bien, pero debe garantizar que los daños que causa el proceso a una de las partes, sean reparados, máxime cuando, precisamente, el proceso se cae por la negligencia o displicencia de una de las partes (la causante del daño).

Es por lo anterior que considero la norma absolutamente injusta, pues no solo deja desprotegida a la parte que sufrió daños en el proceso producto de la conducta negligente de su contraparte, sino que todo

ello lo permite por partida doble. Esto es, autoriza a dañar dos veces al litigante negligente, y dos veces le pide a la parte afectada que sufra los daños sin derecho a reparación alguna, todo lo cual riñe con el principio de justicia que pregona el Preámbulo de la Carta y con el orden justo que persigue su art. 2, siendo necesario el retiro de la norma demandada de nuestro orden jurídico. Tan cierto es que todos tenemos derecho a la reparación justa de los daños que nos han irrogado, que la Corte Constitucional[18] ha precisado que "*la Declaración Americana de Derechos del Hombre como la Declaración Universal de Derechos Humanos marcan, en 1948, el inicio de una tendencia en el derecho internacional por desarrollar instrumentos que garanticen el derecho de todas las personas a una tutela judicial efectiva de sus derechos lo cual comprende una indemnización justa y adecuada*".

Sobre la necesidad de retirar la norma demandada por su carácter de injusta y violatoria del Preámbulo de la Constitución Política, hágase necesario traer a colación lo dicho por la Corte Constitucional[19], quien rememorando el salvamento de voto del doctor Luis Carlos Sáchica, de fecha 2 de octubre de 1980, entonces miembro de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, acotó:

> "'*Si se quiere, por otra parte, vivificar la Constitución, ello exige entender que ella no solo está conformada por las normas positivas en que se expresa, sino por los principios implícitos en las mismas y por los valores enunciados como objetivo de su preceptiva; estas son instancias supra, aunque no extraconstitucionales, a las cuales es necesario referir toda interpretación y aplicación de las normas positivas y su desconocimiento debe acarrear invalidez, inconstitucionalidad, pues todo lo que sea contrario a la justicia, tiene que ser contrario al derecho, y un control de constitucionalidad que no tenga este enfoque es incompleto y carece de eficacia. En consecuencia, cuando las normas acusadas, no importa su rango, atentan contra la unidad nacional, la paz o la justicia, proclamadas en el Preámbulo de la Constitución como razón de ser de la forma de vida colectiva en ella propuesta, el juez de constitucionalidad debe invalidarlas, ya que el derecho positivo no se justifica por sí mismo*'"

[18] Sentencia C-916 del 29 de octubre de 2002, Exp. D-4020, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
[19] Sentencia C-479 del 13 de agosto de 1992, Expedientes D-020, D-025, D-031, D-040, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

En otra providencia[20] dijo la Corte que el "*orden justo plasmado por el Constituyente se traduce en la vigencia de los preceptos constitucionales, en el imperativo para el legislador y para las autoridades de actuar dentro de esos parámetros superiores; de expedir normas y actos que no contraríen la Carta Política, y en la exigencia para que los jueces, en el ejercicio de su función de administrar justicia, profieran sus decisiones con plena observancia de esos cánones constitucionales. Así mismo, dentro de un orden justo, se reclama el compromiso que deben asumir todas las personas de respetar los derechos de los demás, de no abusar de los propios y de cumplir con sus deberes y obligaciones constitucionales y legales*" (subrayas fuera de texto). Luego, entonces, una norma que desconozca el principio de justicia, es una norma que desconoce la Constitución y, por ende, el orden justo que ésta persigue, todo lo cual demuestra que el Legislador se apartó del parámetro superior dictado por aquélla; de igual manera, una norma como la demandada, que habilita e incentiva un ejercicio abusivo del derecho a litigar, es una norma que no hace parte de un orden justo, en tanto y en cuanto en él se espera que todas las personas actúen respetando los derechos ajenos y absteniéndose de abusar de los propios. Ante la contradicción evidente de la norma demandada con el orden justo perseguido por la Constitución, se hace ineluctable el retiro de la misma del ordenamiento jurídico.

Por último, ante la ausencia en la Constitución Nacional de una norma expresa que reconozca y regule el derecho de daños (como sí ocurre con la responsabilidad estatal -art. 90-), algunos con razón sostienen que el derecho de daños es un asunto confiado al Legislador. No obstante lo anterior, si bien es cierto el derecho de daños es asunto confiado a la ley, ésta no puede llegar a desconocer tal derecho y, lo más importante, cualquier regulación del mismo debe moverse dentro de los parámetros señalados por la Carta Política, dentro de los cuales encontramos la justicia, la igualdad, la libertad y la búsqueda de un orden justo. Así las cosas, el margen de maniobra del Legislador no es absoluto, toda vez que el mismo se encuentra limitado por los parámetros que la Constitución le señala; en efecto, aquél puede regular el derecho de daños -más no desconocerlo (como hace la norma demandada)-, empero tal regulación, para que sea válida, debe ser proporcional y ajustada a los principios y garantías constitucionales. Sobre el límite de configuración del Legislador,

[20] Corte Constitucional, Sentencia C-573 del 15 de julio de 2003, Exp. D-4441, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

precisó el magistrado Rodrigo Escobar Gil, en salvamento de voto a la Sentencia C-573 del 15 de julio de 2003, que "*la potestad de configuración legislativa en el marco del Estado Social de Derecho tiene como límites los principios de justicia y equidad y los fines constitucionales de convivencia pacífica y de vigencia de un orden justo (Preámbulo y artículos 2° y 230 de la C.P)*", y la Corte Constitucional, por su parte, en providencia[21] en que se discutía el alcance del principio de reparación integral adujo que "*las limitaciones admisibles no pueden desnaturalizar el derecho a la indemnización justa y plena*". Así las cosas, cualquier regulación del derecho a la reparación de daños no puede desconocer una indemnización justa y plena, ora que la norma atacada no regula derecho alguno, lo desconoce abiertamente, siendo ineluctable su inexequibilidad, pues el Legislador notoriamente traspasó el límite que le impuso la Carta, al desconocer un derecho estando solo autorizado a regularlo, desconocimiento que, por demás, vulneró de manera directa el Preámbulo y el art. 2 de la Constitución al conducirnos la norma acusada a un orden totalmente injusto.

Conforme a las anteriores disquisiciones solicito, respetuosamente, se declare la inconstitucionalidad de la norma demandada.

- **Infracción del art. 13 de la Constitución Nacional.**

El presente cargo de inconstitucionalidad se planteará dividiendo en dos bloques los argumentos referentes a la violación del derecho a la igualdad, considerando que en ambos casos se presenta la transgresión del canon constitucional. El planteamiento será así: (i) el contenido material de la norma acusada vulnera el derecho a la igualdad y (ii) la norma demandada es violatoria del derecho a la igualdad, aunque la misma se considere meramente de carácter procesal.

**(i) El contenido material de la norma acusada vulnera el derecho a la igualdad.**

De entrada me permito referir algunas hipótesis normativas en que se reconoce la reparación de los perjuicios a la parte afectada en un proceso, en razón del proceso mismo o por las cautelas decretadas sobre sus bienes, así:

[21] Sentencia C-916 del 29 de octubre de 2002, Exp. D-4020, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

✓ El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contempla la condena en perjuicios para la parte que motive el decreto del desistimiento tácito, siempre que la aplicación de esa figura dé lugar al levantamiento de medidas cautelares (art. 178).

✓ El art. 316 del Código General del Proceso establece la condena en perjuicios por el levantamiento de las medidas cautelares practicadas, cuando la parte desista del acto procesal promovido (salvo las excepciones legales que establece la norma).

✓ El recurrente será condenado en perjuicios cuando se declare infundado el recurso de revisión (art. 359 *ibídem*).

✓ Cuando se revoque la sentencia de expropiación, y se hubiese entregado anticipadamente el bien, el superior condenará al demandante a pagarle los perjuicios causados al demandado (art. 399, #13, *ejusdem*).

✓ Cuando se revoca el mandamiento de pago por la prosperidad del recurso de reposición interpuesto por hechos que configuran excepciones previas, por no haberse subsanado el defecto reconocido, el juez impondrá condena en perjuicios (art. 442, #3, *ídem*).

✓ La sentencia de excepciones totalmente favorable al ejecutado ordenará el desembargo de los bienes perseguidos y condenará al ejecutante a pagar los perjuicios que aquél haya sufrido producto de las cautelas y del proceso (art. 443, #3, C.G.P.).

✓ En el proceso de adjudicación o realización especial de la garantía real también se condenará al ejecutante que pierda el proceso en razón de las excepciones del ejecutado, por los perjuicios ocasionados por las cautelas y el proceso (art. 467, #3-b, *ib.)*.

✓ Se condenará en perjuicios (art. 597, #10, C.G.P.), a quien pidió la medida, de oficio o a solicitud de parte (condena preceptiva[22]), siempre que se levante el embargo y secuestro en los siguientes casos (salvo convención de parte en contrario):

- Cuando el levantamiento de la medida se produce por petición de quien la solicitó.
- Por desistimiento de la demanda que dio origen al proceso.

[22] De antaño dijo la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 2 de agosto de 1995, M.P. Pedro Lafont Pianetta, que la condena tiene 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*", esto es, que la condena es preceptiva en los casos en que la ley manda su imposición cuando se da el supuesto de hecho contemplado por ella misma, y por esa sola circunstancia.

- Cuando termina el proceso ejecutivo por revocatoria del mandamiento de pago o por cualquier otra causa.
- Si se absuelve al demandado en proceso declarativo, o dicho proceso termina por cualquier otra causa.
- Cuando se levantan las medidas por el triunfo de un tercero poseedor que concurre posteriormente al proceso y logra demostrar que al momento de la práctica de aquéllas tenía la posesión material del bien.

Obsérvese que en todos estos casos las normas del Código General del Proceso garantizan la reparación del daño causado a la parte que ha sido convocada al proceso y que por el proceso mismo o por la práctica de medidas cautelares sobre sus bienes ha llegado a sufrir perjuicios, imponiendo, claro está, la correlativa obligación reparadora a la contraparte de aquélla.

Es importante resaltar que las normas antes referidas no parten del supuesto de que ha existido temeridad, mala fe o abuso del derecho a litigar de la parte condena a reparar los perjuicios ocasionados a su contraparte; en efecto, esas normas fijan su mirada en la víctima del daño y en la necesidad de indemnizarle, más que en la conducta asumida por el obligado a reparar, es por ello que se dice que es una condena preceptiva, esto es, ordenada imperativamente por la ley, de manera objetiva, sin necesidad de entrar a valorar la conducta del causante del daño, en tanto para condenarle solo se necesita la verificación del supuesto de hecho contemplado por la norma (por ejemplo: la sentencia de excepciones favorable al ejecutado). Así las cosas, por regla general, encontramos que el C.G.P. protege a la parte que resulte dañada por el proceso o por la práctica de medidas cautelares sobre sus bienes, obligando a su contraparte a indemnizarle, sin condicionar tal obligación a la comprobación de que ésta haya obrado con temeridad, mala fe o abuso del derecho a litigar.

Ahora, si miramos la posición en que se encuentra la parte afectada por la práctica de cautelas o por el proceso mismo y cuyo litigio termina en razón de la norma demandada (por el desistimiento tácito decretado a su contraparte) y la comparamos con la de otra parte que igual ha sufrido perjuicios por la práctica de cautelas sobre sus bienes o por el proceso mismo y cuyo litigio termina en razón de cualquiera de las

hipótesis legales arriba descritas[23], diáfano refulge el plano de desigualdad que entre ellas se presenta, en tanto y en cuanto aquélla no obtendrá la reparación de los perjuicios que se le han causado, ora que ésta si tiene la garantía de reparación de los mismos. El plano de desigualdad anteriormente referido no tiene justificación de ninguna naturaleza, toda vez que, amén de la injusticia que representa una norma que proscribe el derecho a la reparación del daño, lo cierto es que la norma demandada solo busca, al parecer, la descongestión judicial, empero ello no es razón suficiente para que el Legislador llegue a desconocer el elemental principio de justicia que encierra el derecho de daños.

No se explica cómo con el afán de descongestionar los despachos judiciales se llegue a establecer una figura como el desistimiento tácito en los términos en que fue regulado por el Legislador, esto es, exonerando de la obligación de resarcir los perjuicios a la parte que con su incuria dio lugar al decreto de la figura, con el agravante de que todo se dé por partida doble (habilitación de nueva demanda y nuevo desistimiento tácito). ¿Cómo es posible que la ley habilite una exoneración a la obligación de reparar los perjuicios a la parte que, precisamente, con su negligencia ha dado lugar a ellos? Es que la norma rompe con toda la lógica y la estructura del juicio de responsabilidad, pues conocedora de la culpa (negligencia) de la parte y de la existencia del daño por ella causado, la exonera de la obligación de reparar. No es aceptable, entonces, que partiendo de la culpa del litigante que deja caer el proceso dando lugar al desistimiento tácito y ante la presencia de daños causados por el proceso mismo o por el levantamiento de las cautelas que sobre los bienes de su contraparte se pudieron practicar, salga aquél totalmente impune, dejando huérfana a la víctima de reparación, cuando, en casos semejantes regulados por el Código General del Proceso, y sin miramiento alguno de culpa de la parte que pierda el proceso, la ley adjetiva garantiza la reparación de los perjuicios ocasionados a su contraparte, imponiendo, por demás, como reforzamiento a esa garantía reparadora, condena preceptiva, de todo lo cual, a no dudarlo, refulge la vulneración al derecho a la igualdad consagrado en el art. 13 constitucional.

[23] Las contenidas en el art. 178 del CPACA y en los arts. 316, 359, 399-#13, 442-#3, 443-#3, 467-#3-b, y toda las del art. 597-#10, del Código General del Proceso.

es notorio que en ambos casos nos encontramos ante partes que han sido convocadas a un proceso judicial, que han sufrido perjuicios por el proceso mismo o por la práctica de cautelas sobre sus bienes, que el daño causado resulta imputable a su contraparte, ora que, no obstante todas esas similitudes, a una parte se le resuelve el asunto de los perjuicios en el mismo proceso en que se causaron (mediante el establecimiento de una condena preceptiva), ora que la otra deberá adelantar un complejo proceso declarativo por separado para obtener ese mismo resultado; y por último, (iii) el tratamiento disímil está constitucionalmente injustificado, amén de ser contraevidente con el fin perseguido (descongestión), ello por cuanto, al regularse una figura procesal como el desistimiento tácito, cuyo propósito principal es descongestionar los despachos judiciales, y al no resolverse la condena en perjuicios en el mismo proceso en que éstos se causaron (proceso terminado por desistimiento tácito), obligando a la parte afectada a adelantar un proceso declarativo posterior para el reconocimiento de dichos perjuicios, de verdad que no se compadece con el principio de justicia que irradia la Carta Política, amén de frustrarse totalmente el fin de descongestión perseguido, pues no resolver el asunto de los perjuicios mediante la condena preceptiva para que los mismos sean resueltos en proceso declarativo posterior lo que hace es, precisamente, congestionar más los despachos judiciales, pues motiva el nacimiento de más procesos.

Aquí es necesario anotar brevemente que el poder del Legislador al momento de configurar normas procesales, aunque amplio, encuentra límites, es por ello que la Corte Constitucional ha dicho[24] que *"la discrecionalidad para la determinación de una vía, forma o actuación procesal o administrativa no es absoluta; es decir, debe ejercitarse dentro del respeto a valores fundantes de nuestra organización política y jurídica, tales como, la justicia, la igualdad y un orden justo (Preámbulo) y de derechos fundamentales de las personas como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia (C.P., arts. 13, 29 y 229). Igualmente, debe hacer vigente el principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas (C.P., art. 228) y proyectarse en armonía con la finalidad propuesta, como es la de realizar objetiva, razonable y oportunamente el derecho sustancial en controversia o definición; de lo contrario, la configuración legal se tornaría arbitraria"*.

[24] Sentencia C-279 del 15 de mayo de 2013, Exp. D - 9324, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Luego, entonces, diáfano refulge que la norma, así se mire procesal, resulta desproporcionada, en tanto y en cuanto teniendo como norte la descongestión judicial, propósito que además no cumple en absoluto, como arriba se describió, termina siendo violatoria del principio de justicia y del orden justo perseguido por el Preámbulo de la Carta Magna, al obligar a la parte afectada en el proceso que termina por desistimiento tácito al adelantamiento de un proceso declarativo posterior con miras al reconocimiento de tales perjuicios, cuando los mismos han podido reconocerse mediante una condena preceptiva en el proceso en que se causaron, tal cual ocurre con otras partes que se encentran en iguales circunstancias.

Conforme lo esbozado, considero que así la norma se observe meramente procesal, de todas maneras resulta violatoria del art. 13 constitucional, siendo menester declarar su inexequibilidad.

## V. Pretensiones

Declárese la inconstitucionalidad de la norma demandada, esto es, del aparte acusado del art. 317 de la Ley 1564 de 2012, por infringir el Preámbulo y los arts. 2 y 13 de la Constitución Nacional.

## VI. Competencia

Conforme lo preceptuado por el numeral 4 del art. 241 de la Constitución Política, la honorable Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda, en tanto la misma se dirige contra el contenido material de una ley de la República.

## VII. Fundamentos de derecho

El Preámbulo y los artículos 2, 13, 228 y 241 de la Constitución Nacional, así como el Decreto 2067 de septiembre 4 de 1991, sirven de fundamento de derecho a la presente demanda; amén de las demás

disposiciones constitucionales y legales que se relacionan con el tema puesto de presente.

## VIII. Anexos

a. Copia de la demanda para el traslado al Ministerio Público
b. Copia de la demanda para el archivo

## IX. Notificaciones

Protegido por Habeas Data

Igual recibiré notificaciones en el e-mail: Protegido por Habeas Data

De los señores Magistrados,

Protegido por Habeas Data