

LA REFORMA AL PROCESO EJECUTIVO

Estudio del impacto que sobre este tiene el análisis
económico del derecho

Gabriel Hernández Villarreal



UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO

Colección Textos de Jurisprudencia



UR

**La reforma al proceso ejecutivo:
estudio del impacto que sobre este tiene
el análisis económico del derecho**

Hernández Villarreal, Gabriel

La reforma al proceso ejecutivo: estudio del impacto que sobre este tiene el análisis económico del derecho / Gabriel Hernández Villarreal. – Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2014. xiv; 105 páginas. – (Colección Textos de Jurisprudencia).

ISBN: 978-958-738-507-6 (rústica)

ISBN: 978-958-738-508-3 (digital)

Derecho procesal / Derecho penal / Derecho – Aspectos económicos / Obligaciones / Procedimiento administrativo / I. Título / II. Serie.

347

SCDD 20

Catalogación en la fuente – Universidad del Rosario. Biblioteca

amv

Julio 25 de 2014

Hecho el depósito legal que marca el Decreto 460 de 1995

La reforma al proceso ejecutivo: estudio del impacto que sobre este tiene el análisis económico del derecho

Gabriel Hernández Villarreal



Colección Textos de Jurisprudencia

© 2014 Editorial Universidad del Rosario
© 2014 Universidad del Rosario,
Facultad de Jurisprudencia
© 2014 Gabriel Hernández Villarreal

Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 N° 12B-41, oficina 501 • Teléfono 297 02 00
<http://editorial.urosario.edu.co>

Fecha de evaluación: 17 de junio de 2012
Fecha de aprobación: 27 de septiembre de 2012

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo por escrito de la Editorial Universidad del Rosario.

Primera edición: Bogotá D.C., septiembre de 2014

ISBN: 978-958-738-507-6 (rústica)
ISBN: 978-958-738-508-3 (digital)

Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: Irina Florián
Diseño de cubierta:
Diagramación: Precolombi EU-David Reyes
Impresión:

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Contenido

Agradecimientos	xi
Introducción	xiii
Capítulo I. Estructura del proceso ejecutivo.....	1
Sumario	1
1.1. Introito.....	1
1.2. ¿Qué es lo que se ejecuta realmente?	7
1.2.1. Diferencias entre fehaciencia y ejecutividad	8
1.3. Breve antecedente histórico de la ejecución procesal.....	11
1.3.1. En la Italia del Medioevo	12
1.3.2. En el derecho español.....	13
1.4. Propuestas de reformas al proceso ejecutivo	15
1.4.1. En cuanto al diseño procesal	18
1.4.2. En cuanto a las facultades del juez.....	27
1.4.3. Nuestras propuestas.....	31
1.4.3.1. Procesos ejecutivos con títulos ejecutorios.....	36
1.4.3.2. Procesos ejecutivos con títulos fehacientes	36
1.4.3.3. Procesos que se inician con títulos ejecutivos no fehacientes.....	37
1.4.3.4. Procesos que se inician con títulos ejecutivos impropios	37
1.5. El procedimiento monitorio	37
Capítulo II. Análisis económico del proceso judicial.....	45
Sumario	45
2.1. Introito.....	45

2.2. Antecedentes del análisis económico del derecho	48
2.3. El análisis económico del derecho.....	51
2.3.1. Escuela tradicional y aporte de Richard Posner.....	52
2.3.2. La escuela neoinstitucional.....	57
2.3.3. Las acciones de no mercado (y el <i>public choice</i>).....	59
2.4. Estudio de una institución jurídica desde el análisis económico del derecho: la responsabilidad civil extracontractual	61
2.5. Análisis económico del derecho del proceso legal	64
2.5.1. Los costos del proceso judicial.....	67
2.5.2. Implicaciones de la adopción del sistema el perdedor paga todo o cada parte paga los suyo	74
2.5.3. Factores subjetivos que influyen en la decisión de interponer o no una demanda	76
2.5.4. Costos de agencia	79
2.5.5. Mora judicial.....	81
2.6. Análisis económico del derecho del proceso ejecutivo.....	84
2.6.1. Manejo de los procesos ejecutivos por parte de las instituciones financieras	88
2.6.1.1. Tasa de interés de colocación.....	90
Conclusiones	95
Bibliografía	99
Citas doctrinales.....	99
Jurisprudencia.....	103
Corte Constitucional	103
Corte Suprema de Justicia.....	103
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.....	103
Jurisprudencia extranjera.....	103
Legislación	103
Otros	104

*A mis hijos Gabriel y Andrea,
y a mi hermano Juan Camilo*

Agradecimientos

Para la elaboración de este documento, y en concreto de algunos de los aspectos más técnicos que aparecen en el segundo capítulo, conté con la invaluable colaboración del brillante abogado rosarista Héctor Andrés Páez Murcia, a quien le agradezco su científica y profunda Ilustración al respecto.

Agradezco igualmente al doctor Alejandro Venegas Franco, quien en su condición de Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario —y ahora como Vicerrector— me ha brindado siempre su incondicional apoyo, gracias al cual no sólo he podido ocupar las más altas dignidades dentro de mi Alma Máter, sino que además he logrado desarrollar mi labor académica en un ámbito de absoluta libertad y autonomía.

Al doctor Ramiro Bejarano Guzmán, Director del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia —en donde realicé la maestría en derecho procesal que culminé con la elaboración de este libro—, quien con su talante de auténtico liberal republicano ha defendido siempre el respeto por las posturas divergentes, así como la posibilidad de que podamos expresarlas sin censuras o vetos de ninguna índole.

Por último, deseo hacer un reconocimiento a la memoria del doctor Eduardo García Sarmiento, destacado profesor de varias generaciones de abogados, autor de múltiples e importantes textos jurídicos, excelso jurista y maestro sapiente, insigne y sencillo, a cuya generosidad y desprendimiento le debo mi vinculación como docente y mi pasión por el derecho procesal.

Introducción

Múltiples y de antaño han sido las propuestas encaminadas a reformar el *proceso ejecutivo*, mas todas ellas han tenido que afrontar el hecho de que en este se entroncan dos procedimientos¹ que son de naturaleza diversa,² y ello, según Lascano, ha generado un desplazamiento hacia un tipo de proceso que ya no tiene como objeto único la ejecución, sino que también persigue la declaración del derecho.³

Tal circunstancia torna difícil cualquier iniciativa al respecto, pues ese híbrido entre proceso de conocimiento o de pura ejecución, o proceso ejecutivo con una fase cognoscente, de entrada impide que podamos encuadrar su naturaleza en cualquiera de esas dos específicas categorías.

Ciertamente, aunque en un primer momento la relación acaecida en el plano de la realidad social y afirmada en la demanda no genera incertidumbre, en la medida en que goza de una presunción de verosimilitud o fehaciencia que surge del denominado *título*, lo que a su vez justifica que al cumplimiento de

¹ Acudo a la terminología *proceso ejecutivo* única y exclusivamente porque esa es la empleada en el ordenamiento jurídico colombiano. Sin embargo, siguiendo a Briseño Sierra y Alvarado Velloso, tengo claro que todo proceso contiene un procedimiento, pero no todo procedimiento constituye un proceso. En este sentido, comparto la aseveración según la cual “el procedimiento es un concepto puramente jurídico que implica la sucesión de actos ordenados y consecutivos, vinculados causalmente entre sí por virtud del cual uno es precedente necesario del que le sigue y este, a su turno, consecuencia imprescindible del anterior”; mientras que el proceso, “concepto puramente lógico, es el medio de discusión de dos litigantes ante una autoridad según cierto procedimiento preestablecido por la ley”. Cfr. Alvarado Velloso, Alfonso. “Lecciones de derecho procesal civil”. Compendido en el libro Calvino, Gustavo (Comp.). *Sistema procesal: garantía de la libertad, adaptado a la legislación procesal de la Capital Federal y de la Provincia de Buenos Aires*, 1ª ed. Buenos Aires: La Ley, 2010, pp. 29-30.

² Gozaíni, Osvaldo Alfredo. *Respuestas procesales*. Buenos Aires: Ediar, 1991, pp. 17-18.

³ Lascano, David. “Hacia un nuevo tipo de proceso”. En: *Revista de Derecho Procesal*, 1943, vol. 1, p. 80.

una obligación así documentada se le dé un tratamiento privilegiado, dentro de esa misma cuerda procesal también se permite que en su desarrollo y ante la resistencia del ejecutado, el asunto ingrese a una etapa de conocimiento en la que el deudor está facultado para desvirtuar –mediante diversos mecanismos– la eficacia del documento esgrimido en su contra.

Esa estructura, concebida para conciliar la certeza y la celeridad propias de la ejecución procesal, con la garantía constitucional de no ser condenado mientras no se haya sido oído y vencido previamente, ha dado lugar a que en múltiples legislaciones y con el apoyo de movimientos doctrinarios se pugne por reducir el número de excepciones que puede formular un demandado, así como el tipo de medios probatorios que le son permitidos con dicho propósito.

En efecto, y como lo expondré en el numeral 1.4 del primer capítulo de esta obra, dentro de las más frecuentes propuestas de reforma al diseño del proceso ejecutivo suelen encontrarse las que tienen que ver con limitar las circunstancias constitutivas de defensa del ejecutado (sin perjuicio de que con mayor amplitud este las haga valer luego en un posterior proceso declarativo); restringir la clase de pruebas encaminadas a demostrar los hechos en que funda su oposición; exigir que el ataque a la orden de apremio solo pueda hacerse por la vía del recurso de reposición o, como acaba de suceder con la Ley 1564 del 12 de julio de 2012, “por medio de la cual se expide el Código General del Proceso (CGP) y se dictan otras disposiciones”, introducir en nuestro ordenamiento jurídico la antiquísima figura de lo que el artículo 419 de ese estatuto llama *proceso monitorio*.⁴

Con todo y no obstante la indudable importancia que tiene la implementación de estas medidas en el campo de la ejecución procesal, el presente escrito se ocupará de analizar un aspecto que subyace en todas esas propuestas, el cual no se hace nunca explícito a la hora de justificar las reformas, bien sea porque debido a su contenido ideológico de corte neoliberal no resulta políticamente correcto o porque a él se arriba de manera un tanto intuitiva; pero, sin que en uno u otro supuesto los encargados de implementar estos

⁴ Para ser exactos, y de acuerdo con la terminología empleada en nuestro medio, el monitorio no es en sí mismo un “proceso ejecutivo”, sino un “declarativo especial”, mediante el cual el demandante pretende crear un verdadero título ejecutivo, que, en ese caso y ante el silencio del demandado, será la sentencia que allí se expida.

cambios, como legisladores, ya como usuarios de la administración de justicia o demandantes de créditos, adviertan la científicidad que está detrás de este.

Ese aspecto al que me refiero surgió de la escuela de pensamiento jurídico más influyente en los últimos treinta años, y no es otro que el del análisis económico del derecho.⁵ Expresado en los términos más simples, esta visión del análisis económico del derecho consiste en observar que el comportamiento de los agentes en el mercado, en particular dentro del marco de la economía neoclásica, parte de la base de que ellos actúan como *egoístas racionales*, y ese discurrir los lleva a escoger siempre la opción que más les convenga.⁶ Por ese motivo, los métodos cuantitativos y los instrumentos analíticos que son inherentes a la economía también podrían servir a las ciencias jurídicas, al punto de que hoy en día esta rama del saber no solo influye de manera decidida en el derecho de la competencia (donde es prácticamente imposible arribar a una conclusión jurídica sin haber hecho un estudio previo de carácter económico), sino que además cada vez se extiende con mayor fuerza a otros ámbitos como

⁵ En atención a lo expuesto por Coloma, el análisis económico del derecho es una rama de la ciencia económica que está incluida dentro de la microeconomía. Su objeto es analizar y evaluar el papel de las normas jurídicas dentro del funcionamiento de los mercados, a través del estudio de su impacto sobre el comportamiento de los agentes económicos, y su repercusión en las cantidades y los precios. El análisis económico del derecho tiene un enfoque positivo y un enfoque normativo. El análisis positivo busca explicar el efecto de las normas jurídicas sobre los distintos mercados y, en ciertas circunstancias, produce además teorías que pretenden encontrar causas económicas en la adopción de ciertas normas por parte de las distintas sociedades. El análisis normativo, en cambio, sirve para brindar prescripciones respecto de cuáles normas jurídicas son más adecuadas en una situación u otra, según el objetivo buscado por el legislador. Cfr. Coloma, Germán. *Apuntes para el análisis económico del derecho privado argentino*. Buenos Aires: Universidad del Centro de Estudios Macroeconómicos de Argentina, CEMA. Serie Documentos de Trabajo Nº. 156, 1999, p. 2.

⁶ Naturalmente que esa postura no es unánime, pues Ciuro Caldani, entre otros, opina que nada nuevo se dice cuando se afirma que las personas toman decisiones según sus intereses y que ordenan medios a fines. Adicionalmente, él tampoco comparte la creencia de que los seres humanos son seres “racionales” maximizadores de sus decisiones, en el sentido de las decisiones de mercado o en sus proyecciones a las otras actividades de la vida, de modo que un aparato explicativo de la conducta en el mercado pueda ser usado para explicar la conducta fuera del mercado. En su concepto, el “hombre económico” es solo una *perspectiva* del hombre en sociedad, y la *eficiencia*, cuya noción es básica en el análisis económico del derecho (al punto que su definición suele ser la clave del planteo), resulta ser solo uno de los valores a los que ha de referirse el derecho, no es ni siquiera el valor supremo. Cfr. Ciuro Caldani, Miguel Ángel. *Aportes de análisis económico del derecho para la teoría trialista del mundo jurídico*. Buenos Aires: Facultad de Derecho Unicen, 2004, pp. 23-24. [Consultada el día 3 de octubre de 2011 en <http://repositorio.der.unicen.edu.ar:8080/xmlui2/handle/123456789/468>].

el del derecho tributario, la hacienda pública e, incluso, a asuntos penales, de familia y, por supuesto, de regulación de contratos.

Desde esa perspectiva, a mi juicio, resulta claro que el derecho procesal no puede permanecer inmune a estas influencias, y de ahí que si dentro de la dinámica acreedor-deudor sus incentivos son los propios de cualquier egoísta racional, las reformas que en lo sucesivo estén encaminadas a rediseñar el proceso ejecutivo tienen que volcar su atención hacia este tipo de análisis económico, como quiera que si la función del derecho privado es facilitar las relaciones y mitigar sus costos, la del proceso es contribuir de manera eficaz a que así suceda.

Bajo este contexto, en el marco del presente trabajo trataré de sustentar mi tesis, según la cual si en las relaciones de crédito (que son las que se traducen luego en un inusitado incremento de las ejecuciones judiciales) los grandes dispensadores de dinero y, por tanto, usuarios profesionales⁷ del servicio de administración de justicia, esto es, las entidades financieras, pudieran contar con un instrumento procesal que les permitiera recuperar en menos tiempo y de modo más efectivo su cartera, entonces: 1) los costos de los créditos se reducirían; 2) con ello aumentaría la cobertura de los préstamos a una mayor población; 3) habría menos procesos de esta naturaleza, al descargar el trabajo que los juzgados tienen para atender a este sector, lo que de inmediato generaría el poder disponer de mayores recursos temporales y de personal para evacuar las demás causas; 4) la globalización, el comercio a distancia y las operaciones de mercado crediticio se robustecerían al estar dotadas de una mayor seguridad jurídica y de una agilidad encaminadas a lograr la efectiva realización de los derechos; 5) se revalorizaría la administración de justicia en

⁷ De acuerdo con César Rodríguez, en términos generales existen dos tipos de litigantes. Los que acuden a los despachos judiciales asiduamente y están involucrados en varios procesos al mismo tiempo, y los que participan solo de manera esporádica. Los primeros son, por lo general, personas jurídicas como empresas privadas y entidades públicas, y su intervención en los procesos es el resultado de un largo cálculo de costos y beneficios; por esa razón –y según este autor– el pleito típico en el que se involucran esta clase de litigantes es aquel donde se discute el pago de una cantidad de dinero relativamente pequeña. Aunque el interés económico inmediato representado en ese proceso concreto es insignificante para el acreedor, no lo es el interés de largo plazo plasmado en el cobro de una gran cantidad de pequeñas deudas mediante múltiples litigios. Cfr. Rodríguez Garavito, César. “La justicia civil y de familia”. En: García Villegas, Mauricio y Sousa Santos, Boaventura de. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Colciencias, 2001, pp. 547-613.

lo que a su confianza y legitimidad se refiere, y 6) en general, se beneficiaría a todos los intervinientes en el ciclo económico procesal.

Por consiguiente, y en aras de lograr dicho cometido, este texto, resultado de una investigación adelantada sobre el particular, es de naturaleza descriptiva en una pequeña parte, e intenta ser analítico y propositivo en todo lo demás; está estructurado en dos capítulos principales –con sus respectivos subtemas–; después se presenta un acápite de conclusiones y se finaliza con un apartado dedicado a la bibliografía.

En lo que concierne a la metodología empleada, el propósito del primer capítulo es contextualizar a nivel macro el proceso ejecutivo (y por eso, en general, se prescinde de referencias puntuales de carácter normativo), visto desde una breve presentación acerca de lo que es fehaciencia y ejecutividad, cuál es su verdadera esencia, qué dificultades surgen como consecuencia del inapropiado manejo que el legislador le ha dado a los diversos títulos ejecutivos, cuáles son sus antecedentes históricos, junto con algunas pinceladas alrededor de las propuestas relacionadas con el diseño procesal, las facultades del juez, mi propio aporte al respecto y la implementación en nuestro medio del proceso monitorio (al que conscientemente llamo *procedimiento* debido a que en mi concepto su naturaleza jurídica es más cercana a este que a aquel).

En el segundo capítulo, que es el eje central de la obra, me ocupo del impacto que sobre esta clase de procesos tiene el análisis económico del derecho; se establece cuáles son los principales sustentos de su estudio como escuela del pensamiento jurídico y la relevancia que ha adquirido en los últimos años, teniendo en cuenta que es una corriente desarrollada, principalmente, en países de *common law*. Adicionalmente, y con base en lo anterior, evalúo la trascendencia y las repercusiones de la teoría del análisis económico del derecho en países que acogen sistemas de derecho continental y, en particular, lo que ocurre en Latinoamérica.

Después me refiero a la concepción de varias figuras jurídicas vistas desde el análisis económico del derecho y para ese propósito expongo algunos aspectos relacionados con el contrato, la responsabilidad civil extracontractual, el delito y, finalmente, el proceso legal, institución a la que le dedico un estudio pormenorizado.

Por último, hago énfasis en el estudio del proceso ejecutivo desde el punto de vista del análisis económico del derecho, mostrando las repercusiones económicas que se generan cuando se ha de acudir a este mecanismo para

obtener el cumplimiento de obligaciones insatisfechas. Para estos efectos, analizo dicho fenómeno desde la perspectiva de las instituciones financieras⁸ y el contexto generado en el país a partir de ciertas novedades legislativas mediante las cuales se ha pretendido implantar mecanismos eficientes de resolución de conflictos, evaluando si, de acuerdo con su aplicación práctica, es posible lograr el propósito referido.

Naturalmente, la escogencia de las entidades financieras y el análisis del modelo de adjudicación de créditos que ellas hacen no fue producto de una decisión adoptada al azar, sino que respondió al hecho de que a partir de la información recaudada por el Consejo Superior de la Judicatura y avalada por el estudio de campo que para el caso particular de Bogotá realizó el Banco Mundial en febrero de 2011 –denominado *Diagnóstico de la congestión en los juzgados civiles municipales de Bogotá*–, se concluyó que un poco más del 90% del total de juicios que manejan estos despachos corresponden a procesos ejecutivos; que el 65% de estos son ejecutivos singulares, y que de estos, en el 21% de los casos las ejecutantes son las entidades financieras.

De igual forma, y siguiendo la misma fuente del Banco Mundial, el 78% de los demandantes en los procesos ejecutivos hipotecarios son entidades financieras, y cuando se acude al ejercicio de la acción mixta, el 73% de quienes la promueven son acreedores vinculados a este preciso sector de la economía.

⁸ “Los litigantes frecuentes en la justicia civil son las entidades financieras, que movilizan el sistema judicial para el cobro de deudas originadas en operaciones de crédito. Se trata de entidades [...] que inician numerosos procesos en los que se reclaman [...] cantidades de dinero relativamente pequeñas. Estas empresas son principalmente bancos (46%), corporaciones de ahorro y vivienda (18%) y compañías de financiamiento comercial (17%) que, en el desarrollo normal de sus actividades de crédito, utilizan los juzgados como medio de recuperación de cartera”. Rodríguez Garavito, César, *op. cit.*, p. 589.

Capítulo I

Estructura del proceso ejecutivo

Sumario

1.1. Introito. 1.2. ¿Qué es lo que se ejecuta realmente? 1.2.1. Diferencias entre fehaciencia y ejecutividad. 1.3. Breve antecedente histórico de la ejecución procesal. 1.3.1. En la Italia del Medioevo. 1.3.2. En el derecho español. 1.4. Propuestas de reformas al proceso ejecutivo. 1.4.1. En cuanto al diseño procesal. 1.4.2. En cuanto a las facultades del juez. 1.4.3. Nuestras propuestas. 1.5. El procedimiento monitorio.

1.1. Introito

Los procesos ejecutivos en Colombia, tal como actualmente están regulados en el plano procesal y de acuerdo con la dinámica que les es propia, o no cumplen los fines para los que fueron concebidos o lo hacen de manera deficiente, ya que no agilizan el tráfico jurídico ni permiten la oportuna recuperación del crédito, sumado al hecho de que los tiempos procesales que se invierten para estos efectos superan todos los cálculos de lo razonable.

Desde esta perspectiva, hay que preguntarse entonces si, además del inapropiado manejo que de los respectivos instrumentos hacemos los operadores jurídicos,¹ la demora y la desconfianza que imperan en la tramitación de esta clase de asuntos son atribuibles, en mayor grado, al marco legal vigente, caso en el cual habría que pensar en una reforma de fondo. Como es apenas natural –dado el título de este libro– y teniendo en cuenta que este gira alrededor de la

¹ “El concepto de *operador jurídico* se refiere a los integrantes de la profesión legal, valga decir, en principio, a los sujetos que poseen como calidad una preparación jurídica sistemática y hacen un uso dominante de ella, que pone en operación al derecho”. Silva García, Germán. *El mundo real de los abogados y de la justicia. La profesión jurídica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, t. 1, p. 28.

propuesta para que se lleven a cabo los mencionados cambios, de entrada la respuesta es que sí son necesarias tales modificaciones.

Precisamente, y con ese fin, lo primero que hay que recordar es que dentro del amplio elenco de vías judiciales que garantizan la efectividad del derecho sustancial encontramos los procesos ejecutivos, que no solo parten de la existencia de un derecho cierto e indiscutible² —aunque insatisfecho—, según la clásica concepción carneluttiana,³ sino que además se erigen en el mecanismo idóneo para asegurar que el titular de una relación jurídica que crea obligaciones pueda obtener, por medio de la intervención estatal, el cumplimiento de ellas, compeliendo al deudor a ejecutar la prestación a su cargo, si fuere posible o, si no, conduciéndolo a que con su patrimonio indemnice los perjuicios que su inobservancia ocasionó.⁴

Con todo, este instrumento procesal concebido para lograr la plena satisfacción de la pretensión —con un mínimo de sacrificio del deudor y un ineludible respeto a la economía social y los derechos de los terceros, principios todos estos enunciados por Jaeger y citados por Manuel de la Plaza⁵ no ha mostrado la eficacia que se esperaba, lo que repercute, en términos negativos, en las estructuras socioeconómicas que se conjugan a su alrededor.⁶

En efecto, y circunscrito a la estructura de orden social, es sabido que el aparato jurisdiccional del Estado debe garantizar a quien demande justicia

² En rigor de verdad, en los países latinoamericanos (tributarios todos de la legislación española del siglo XIX), esa afirmación, como lo demostraré luego, no es más que un mito entronizado en el imaginario de textos, jueces y abogados, y, como buen mito, carece, en este caso, de respaldo en la realidad de la práctica forense judicial.

³ Carnelutti, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires: EJEA, 1959, t. I, pp. 82-83.

⁴ López Blanco, Hernán Fabio. *Procedimiento civil, parte especial*. Bogotá: Dupré Editores, 2009, t. II, 9ª ed., p. 426.

⁵ De la Plaza, Manuel. “Derecho procesal civil español”, vol. II, 2ª parte. Madrid: Edit. En: *Revista de Derecho Privado*, 1955, pp. 536-537.

⁶ De acuerdo con Juan Guillermo Velásquez Gómez en su obra *Los procesos ejecutivos y medidas cautelares*, 12ª ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2004, p. 31: “En legislaciones foráneas se han previsto las siguientes reglas generales, que por lo sensatas deberían ser tenidas en cuenta en todo proceso de ejecución: (i) Se llevará a efecto en forma adecuada para que tenga pronto y debido cumplimiento. (ii) Se procurará no ocasionar al ejecutado molestias o gravámenes innecesarios, y que no traspasen los límites del título que se ejecuta. (iii) La ejecución únicamente afectará al deudor y a su patrimonio y no a terceras personas, cuyos bienes y derechos deben ser respetados al efectuarla. (iv) Se procurará no originar trastornos a la economía social llevando a cabo la ejecución en forma tal que permita conservar abiertas las fuentes de producción y de trabajo”.

que accederá materialmente a ella en condiciones de eficacia y efectividad, de suerte tal que a través de ese medio y, desde luego, apoyado en otras políticas institucionales, se neutralicen algunos de los factores que perturban el orden público, se convierten en detonantes de violencia y, en general, propician el desmoronamiento de los valores colectivos.

De manera análoga, en lo que atañe a la estructura económica, cuyo peso se destaca precisamente en este trabajo, es indudable que sus niveles de competitividad y crecimiento descansan en un alto porcentaje en el éxito de las operaciones de crédito, sobre todo, en un modelo de sociedad neoliberal al servicio de la economía de mercado, que además debe prepararse para asumir y enfrentar la nueva dinámica de los negocios originada en la creciente globalización y en acuerdos surgidos en tratados como los de libre comercio, entre otros.

En este sentido, es notable el incremento de las ejecuciones judiciales como consecuencia de la situación económica de los últimos años, pues, de acuerdo con el Consejo Superior de la Judicatura, entre 400 000 y 500 000 nuevos procesos entran a los despachos de los jueces civiles del circuito y municipales del país,⁷ y, de ellos, teniendo como referente el año 2005, el 69,8 % corresponden a ejecutivos.⁸

Ahora bien, si consideramos datos mucho más recientes suministrados por este mismo organismo que administra y planea los recursos de la administración de justicia en Colombia, durante el año 2011 “a la jurisdicción ordinaria ingresaron un total de 2024212 procesos, un 1 % menos que en el año 2010, de los cuales el 1 % ingresaron a la Corte Suprema de Justicia, 41 % a los juzgados civiles del circuito, 50 % a juzgados municipales y el 8 % restante a los tribunales superiores”.⁹

Limitado a la especialidad civil, el Consejo Superior de la Judicatura precisó en su *Informe al Congreso de la República* que “del período de enero a

⁷ Consejo Superior de la Judicatura, Colección Reformas en la Rama Judicial. *Descongestión de la jurisdicción civil*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft Für Technische Zusammenarbeit, 2005, t. II, p. 22.

⁸ *Ibíd.*, p. 74.

⁹ Consejo Superior de la Judicatura. *Informe al Congreso año 2011 sobre el estado actual de la administración de justicia*, 2012. Disponible en Internet: <<http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/User-Files/File/ALTAS%20CORTES/CONSEJO%20SUPERIOR/UDAE/publicaciones/2011%20CAP%C3%8DTULO%207-ESTADO%20ACTUAL%20DE%20LA%20ADMINISTRACI%C3%93N%20DE%20JUSTICIA.pdf>> [citado el 31 de marzo de 2014].

diciembre de 2012 [...] ingresaron 613 708 procesos” y, con base en el censo que llevó a cabo esa entidad, para el trimestre comprendido entre el 16 de octubre del 2012 y el 4 de diciembre del mismo año, los juzgados reportaron tener a ese momento un total de 545 262 en sus inventarios, de los cuales, el 74% eran ejecutivos.¹⁰

La magnitud de este tipo de procesos, y su estrecho vínculo con las estructuras socioeconómicas anteriormente citadas, es de tal trascendencia que aunque su impacto fue de menor intensidad entre 1986 y 1995, época en la que el producto interno bruto (PIB) de Colombia creció a una tasa promedio del 4,5%, a partir de 1996, cuando el PIB cayó al 1,3%, el volumen de ejecuciones se disparó exponencialmente, al extremo de que durante 1997 y 1999 a los juzgados promiscuos ingresaron 106 623 procesos de esta naturaleza, y a los civiles municipales y de circuito ingresaron 164 828 hipotecarios y 1 036 530 ejecutivos singulares.¹¹ De hecho, y según el Consejo Superior de la Judicatura, “para el año 2000 los procesos ejecutivos correspondían al 80% del total de juicios civiles”,¹² tendencia y porcentajes que en términos generales se mantienen vigentes en la actualidad.

En efecto, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante los Acuerdos 9695, 9705 y 9758, expedidos los días 18 y 28 de septiembre de 2012, dispuso adelantar un Censo Nacional de Procesos, cuyos resultados fueron presentados en su proyecto sobre el *Plan de acción para la implementación del Código General del Proceso*, en el que se señala –según el informe parcial presentado por la Unidad de Desarrollo y Análisis– que “entre el 16 de octubre y el 4 de diciembre del año 2012, los juzgados reportaron un total de 545 262 procesos, de los cuales, aproximadamente, el 91% corresponde a los siguientes tipos de juicio: procesos ejecutivos (74%); procesos ordinarios (8%); procesos especiales (4%); procesos liquidatorios (3%); procesos abreviados (3%)”.¹³

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ Consejo Superior de la Judicatura, Colección Reformas en la Rama Judicial. *Descongestión de la jurisdicción civil*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft Für Technische Zusammenarbeit, 2005, t. II, p. 75.

¹² *Ibíd.*, p. 71.

¹³ Cfr. Consejo Superior de la Judicatura. *Informe al Congreso de la República sobre el estado actual de la administración de justicia*, 2012.

Adicionalmente, pese a la aparente celeridad que el legislador ha tratado de imprimir a estos asuntos,¹⁴ y que, de acuerdo con las investigaciones de la Corporación Excelencia en la Justicia, en asocio con el Banco Mundial, el Consejo Superior de la Judicatura, la Asobancaria y Fasecolda, en un esquema ideal, esto es, sin decreto de medidas previas y sin tropiezos en la notificación, “la tramitación completa de un proceso ejecutivo consume alrededor de 298 días calendario”;¹⁵ lo cierto es que, aun así, “esta duración implica un trámite altamente oneroso para hacer exigibles obligaciones que tienen un alto grado de certidumbre”.¹⁶ Es más, como lo expuso el profesor Ramiro Bejarano, si no se hace abstracción de la práctica de las medidas cautelares y se incluyen también las vicisitudes de la notificación del mandamiento de pago,

La investigación auspiciada por la Corporación Excelencia en la Justicia y el Banco Mundial sobre los problemas neurálgicos en la justicia

¹⁴ El Código General del Proceso (CGP) dispuso en el inciso 1° del artículo 121, que por regla general y salvo interrupción o suspensión, “no podrá transcurrir un lapso superior a un (1) año para dictar sentencia de primera o única instancia, contado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo a la parte demandada o ejecutada. Del mismo modo, el plazo para resolver la segunda instancia, no podrá ser superior a seis (6) meses, contados a partir de la recepción del expediente en la secretaría del juzgado o tribunal”. Con anterioridad a esa norma, se había proferido la Ley 1395 del 12 de julio de 2010, “por la cual se adoptan medidas de descongestión judicial”, cuyo artículo 9 adicionó el artículo 124 del CPC, en el sentido de incluir un parágrafo con un texto idéntico al que se acaba de transcribir. En esa misma línea, el artículo 200 de la Ley 1450 de 2011, “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014”, establece que “para todos los efectos legales, en los procesos en los que la parte demandada ya se hubiere notificado del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo, el plazo de duración de la primera instancia previsto en el artículo 9° de la ley 1395 de 2010, comenzará a contarse a partir del día siguiente a la vigencia de esta ley.

Desde esta última fecha también comenzará a correr el plazo de duración de la segunda instancia para los procesos que ya se hubieren recibido en la secretaría del juzgado o tribunal.

Para los demás procesos, los plazos de duración previstos en el artículo 9° de la ley 1395 de 2010 comenzarán a contarse desde el momento en que se configure el presupuesto establecido en esa disposición.

El plazo de duración para los procesos de única instancia será el señalado para los de primera.

Vencido el respectivo término sin haberse dictado la sentencia, el expediente pasará a un juez o magistrado itinerante designado por la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura o quien siga en turno según lo prevé el artículo 9 de la ley 1395 de 2010.

Los términos a los que se refiere el artículo 9° de la ley 1395 de 2010 no aplican a los procesos que se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.

¹⁵ Ponencia presentada por el profesor Alfredo Cifuentes Hernández en el XXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Cartagena de Indias, septiembre de 2000, página 570 de las memorias del evento.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 570.

civil [...], concluyó que un proceso ejecutivo en promedio dura 1301 días calendario y no los 298 que debía tardar, es decir, que se invierte un 336% más tiempo que aquel que se había previsto originalmente en la norma.¹⁷

Asimismo, tampoco podemos soslayar el hecho de que el tiempo que transcurre entre el momento en que se profiere la sentencia y el remate de bienes es inusualmente largo, situación que fue confirmada con un trabajo de campo contratado por el Consejo Superior de la Judicatura, y que concluyó que entre la ejecutoria del fallo y la diligencia de remate transcurren en promedio 633 días calendario.¹⁸

Por consiguiente, y a la luz de esta fugaz semblanza, es claro que el panorama de los procesos ejecutivos no puede ser más sombrío, y es por ello que lo que se impone es una reforma a su estructura que empiece por considerar, entre otros aspectos, la influencia que sobre él ejerce el análisis económico del derecho.¹⁹

¹⁷ Bejarano Guzmán, Ramiro, ponencia presentada en el mencionado Congreso de Derecho Procesal, página 384 de las memorias.

¹⁸ Consejo Superior de la Judicatura, Colección Reformas en la Rama Judicial. *Descongestión de la jurisdicción civil*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft Für Technische Zusammenarbeit, 2005, t. II, p. 83.

¹⁹ “De acuerdo con el estudio realizado en el marco del proyecto *Doing Business 2011*, que provee una medición objetiva de las regulaciones para hacer negocios y de su aplicación en 183 economías, Colombia arroja resultados preocupantes en materia de justicia. Así las cosas, mientras en la clasificación general, que incluye todos los criterios evaluados por el estudio, el país se ubica en el puesto 39 entre 183 países, la posición de Colombia respecto del subindicador ‘cumplimiento de contratos’ es la número 150 entre 183 países. Esta situación evidencia un rezago del país en lo que se refiere a la ‘[l]a facilidad o dificultad para hacer cumplir contratos comerciales’.

Más preocupantes son los resultados en relación con el subindicador de celeridad, que tiene que ver con el tiempo que se demora una persona en el país para resolver judicialmente la disputa tipo o modelo del *Doing Business*, calculado desde la presentación de la demanda en el juzgado hasta el momento del pago efectivo al acreedor. En efecto, según el mismo estudio *Doing Business 2011*, Colombia ocupa en el contexto mundial el puesto 178 entre 183 países, siendo entonces la justicia colombiana la sexta más lenta del mundo y la tercera más lenta en América y el Caribe.

Resolver la controversia tipo del *Doing Business* tarda 1346 días, superando tan solo a la India (1420 días), Bangladesh (1442 días), Guatemala (1459 días), Afganistán (1642 días) y Surinam (1715 días)”. Información tomada del informe de ponencia para el segundo debate en la Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes al proyecto de Ley 196 de 2011, Cámara, “por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”.

1.2. ¿Qué es lo que se ejecuta realmente?

Sin temor a equivocaciones, es factible afirmar que en los países de Latinoamérica, cuya fuente legislativa de índole procesal es común en la medida en que se deriva de la originaria Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1851, el concepto de proceso ejecutivo no corresponde a una verdadera ejecución de derechos,²⁰ sino que con esa denominación lo que se regula es un *proceso de conocimiento abreviado* en el que se limitan –y no demasiado– los plazos, las defensas oponibles,²¹ los medios de prueba a oficiar por los interesados y las impugnaciones.²²

Esta situación es el resultado de que, en realidad y como lo advierte Jaime Guasp, en nuestro medio lo que se ejecuta en un juicio ejecutivo no es la pretensión principal inicial que tiene sustento en un título que permite acceder al trámite respectivo, sino la pretensión basada en la sentencia²³ que declara no probadas las excepciones perentorias, la cual es emitida luego de un tortuoso trámite propio de cualquier proceso de conocimiento.²⁴

²⁰ Cfr. Alvarado Velloso, Adolfo y Meroi, Andrea A. “Mejoramiento del procedimiento ejecutivo-introducción del monitorio”. En: *Jornadas sobre propuesta de reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe*, Rosario, Argentina, 2002, p. 2.

²¹ Los medios de defensa se restringen si estamos en presencia de procesos ejecutivos por alimentos (artículo 448 del CPC y 397 del CGP); si el curador *ad litem* promueve la ejecución para el cobro de sus honorarios (artículo 363 del CGP), o cuando el título es una sentencia, laudo de condena o en general providencia que conlleve ejecución (artículo 509 del CPC y 442 N.º 2.º del CGP). Aunque el artículo 508 del CPC establece que para el cobro de cauciones judiciales “Esta ejecución se adelantará independientemente del proceso y en ella no podrá alegarse excepción alguna”, al parecer en el CGP el tratamiento varió, pues la nueva norma no trae en su artículo 441 una prohibición como la anotada, lo que da pie para conjeturar lo siguiente: 1) que sí es posible postular excepciones y, como mínimo, dentro de estas, la de pago; 2) que ello no es factible porque ni siquiera es menester acudir al cobro compulsivo, ya que, en opinión del tratadista Rojas Gómez, es innecesario adelantar el trámite de un proceso ejecutivo y, en su lugar, además de la imposición de la multa a cargo del garante que rehúse pagar oportunamente el valor afianzado, se procederá de inmediato a cautelar y rematar sus bienes, pues, como la obligación ya está definida, “no es necesario adelantar el proceso ejecutivo contra [dicho] garante”. Cfr. Rojas Gómez, Miguel Enrique. *Desafíos del nuevo régimen del proceso ejecutivo*. Ponencia presentada en el xxxiii Congreso Colombiano de Derecho Procesal y publicada en el libro de memorias de ese certamen por la Universidad Libre, Bogotá, septiembre de 2012, p. 100.

²² Alvarado y Meroi, *op. cit.*

²³ Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968, 3ª ed., t. II parte especial, p. 130.

²⁴ En Colombia, quizá lo más parecido a una ejecución *seudo pura* ocurre cuando el demandado no se levanta en contra de la pretensión del ejecutante y como consecuencia de esa actitud procesal le profieren un auto que ordena seguir adelante la ejecución (artículo 507 del CPC, reproducido en el artículo

Para Guasp, por juicio ejecutivo se entiende en el derecho español aquel proceso de cognición común, pero sumario por razones cualitativas, que está destinado a satisfacer pretensiones dotadas de una fehaciencia legalmente privilegiada, motivo por el cual la finalidad del llamado juicio ejecutivo no es la de conseguir directamente medidas de ejecución a cargo del juez, a las que el pretendiente, de momento, no tiene todavía derecho, sino obtener una resolución judicial de fondo que imponga al demandado una cierta situación jurídica y cuyo incumplimiento será el que determine la apertura de la ejecución verdadera.²⁵

En síntesis, y al igual que ocurre con los asuntos en los que hay incertidumbre acerca de la existencia del derecho, en el universo jurídico colombiano y en virtud de lo aleatorio que se ha convertido el proceso ejecutivo, en la práctica lo que el ejecutante persigue con ellos es que haya una *declaración* de voluntad del órgano jurisdiccional y no una *manifestación* de voluntad o conducta física del propio ejecutado, por lo que no es atinado, entonces, hablar de ejecuciones judiciales propiamente dichas.²⁶

1.2.1. Diferencias entre fehaciencia y ejecutividad

Como quedó acreditado en precedencia que carecemos de verdaderos procesos de ejecución (salvo aquellos que antes de regir el CGP se instauraban para el cobro de cauciones judiciales, pues en esos casos el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil disponía que “no podrá alegarse excepción

440 del CGP). Sin embargo, incluso en ese evento, la incertidumbre sigue rondando el accionar del actor, pues el artículo 497 del CPC conmina al juez a que, a pesar del silencio del demandado, él, como director del proceso, está obligado a ejercer un “control oficioso de legalidad”, y por esa vía puede terminar negándose a continuar con la ejecución si, a su juicio, el documento que le aportaron como título ejecutivo no tenía ese alcance en los términos del artículo 488 del CPC. Debo aclarar, eso sí, que en virtud de la reforma que al respecto introdujo el CGP, en su artículo 430 inciso 2°, “Los requisitos formales del título ejecutivo solo podrán discutirse mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo. No se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título que no haya sido planteada por medio de dicho recurso. En consecuencia, los defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse o declararse por el juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso”, tal prerrogativa atribuida al juez desapareció, aspecto que contribuirá a mejorar la seguridad jurídica y la predecibilidad del fallo.

²⁵ Guasp, Jaime, *op. cit.*, pp. 131-132.

²⁶ *Ibid.*, y en el mismo sentido Alvarado Velloso y Meroi, *op. cit.*, p. 2.

alguna”),²⁷ en los demás supuestos nos enfrentamos a un proceso de conocimiento abreviado o limitado, en los que no se ejecuta directamente el título sino una providencia judicial, sea esta la sentencia de los artículos 443 o 463 o el auto del artículo 440 del CGP.²⁸

Este escenario es consecuencia de la multiplicidad de documentos a los que se les da el carácter de títulos ejecutivos, y el inapropiado involucramiento en un solo concepto de dos nociones diversas como son la *causa de ejecución*, por un lado, y *lo ejecutable*, por el otro.

En cuanto a lo primero, vale decir, al amplio elenco de documentos que prestan mérito ejecutivo, ese aspecto no es patrimonio exclusivo de la legislación colombiana, sino que obedece a la escogencia de uno de los varios sistemas que existen sobre el particular.²⁹ Al respecto, nosotros hemos adoptado el sistema mixto que combina una lista meramente enunciativa de algunos de los escritos elevados de antemano a la categoría de títulos ejecutivos, junto con unas condiciones previstas de manera general en el artículo 422 del CGP, de tal suerte que cualquier obligación contenida en un documento que se adecue a los requisitos de esa norma también tiene ese mismo alcance.³⁰

Naturalmente, esa pluralidad de títulos no constituye, per se, un obstáculo para la eficacia del cobro compulsivo de las obligaciones, pero sí entraba la celeridad que por antonomasia se persigue con ellas, ya que al mezclar de

²⁷ Como se explicó en el pie de página 21, la redacción del artículo 441 del CGP ya no es tan clara al respecto, y ahora no existe una prohibición expresa que impida que el ejecutado pueda excepcionar de fondo.

²⁸ Estas mismas providencias corresponden, en su orden, a los artículos 510, 555 y 507 del CPC.

²⁹ En general, hay tres sistemas para determinar qué es un título ejecutivo: 1) el de enunciar taxativamente los documentos que tienen esa connotación; 2) el de exponer los requisitos indispensables para que una obligación, cualquiera que esta sea, resulte susceptible de cobrarse por la vía ejecutiva, y 3) el de mezclar los dos anteriores, esto es, indicar de manera enunciativa, no taxativa, qué clase de escritos tienen el carácter de títulos ejecutivos, sin perjuicio de que haya otros no incluidos dentro de la lista legal que también sean considerados como tales, siempre y cuando reúnan las condiciones o calidades indispensables que en nuestro caso ha previsto al respecto el artículo 422 del CGP (equivalente al otrora artículo 488 del CPC).

³⁰ Por esa razón es que no solo son ejecutables las obligaciones contenidas, verbigratia, en un título valor al que expresamente el artículo 793 del CCO le abre esa vía, sino también los “arreglos privados” que en materia de obligaciones alimentarias celebren las partes (artículo 129, inciso 5, del Código de la Infancia y la Adolescencia) y, en general, cualquier acuerdo al que arriben las personas en torno al modo como cobrarán sus compromisos por el cauce judicial, asumiendo, desde luego, que estos satisfagan la clásica triada del artículo 422 del CGP.

modo indebido el segundo de los puntos mencionados, esto es, el de la causa de ejecución con lo que es materia *ejecutable*, termina dándosele el mismo tratamiento a títulos jurídicos que son *fehacientes* y a aquellos otros que son simplemente ejecutables; lo que, a su vez, repercute de manera negativa en los tiempos procesales, pues se dota a ambos de la misma y amplia fase declarativa, no obstante que su manejo no debería ser idéntico.

En efecto, y con el fin de evidenciar esta distorsión, resulta pertinente recordar (como lo hacen con lucidez los profesores argentinos Adolfo Alvarado Velloso y Andrea Meroi, de quienes tomo las ideas y conceptos que a continuación expongo)³¹ que la causa de ejecución solo debe ser un título jurídico fehaciente que, como tal, valga por sí mismo, puesto que la categoría *fehaciencia* es una cualidad intrínseca de un determinado título que hace que este deba gozar de fe en el mundo jurídico.

Por el contrario, la categoría *ejecutividad* no es más que un atributo legal divorciado de la idea de fehaciencia, que se otorga indiscriminadamente a títulos disímiles en su esencia y que permite acceder a la ejecución de un derecho así reconocido en el plano de la realidad jurídica.

Sin embargo, cuando se mezclan estas dos figuras y no se repara en el hecho de que son de naturaleza distinta, nos enfrentamos a una situación en la que se da el mismo valor de fehaciencia a obligaciones impuestas en una sentencia de condena o contenidas en títulos valores o en reconocimientos de deuda efectuados ante notario, y a simples declaraciones escritas que emanan del propio acreedor y sin intervención alguna del deudor, como sucede, por ejemplo, con las certificaciones que expide el administrador de una copropiedad según lo establecido en el artículo 48 de la Ley 675 de 2001.³²

³¹ Cfr. Alvarado Velloso, Adolfo y Meroi, Andrea A. *Mejoramiento del procedimiento ejecutivo-introducción del monitorio*. En: Jornadas sobre propuesta de reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santafé, Rosario, Argentina, 2002.

³² Artículo 48: "En los procesos ejecutivos entablados por el representante legal de la persona jurídica a que se refiere esta ley para el cobro de multas u obligaciones pecuniarias derivadas de expensas ordinarias y extraordinarias, con sus correspondientes intereses, solo podrán exigirse por el juez competente como anexos a la respectiva demanda el poder debidamente otorgado, el certificado sobre existencia y representación de la persona jurídica demandante y demandada en caso de que el deudor ostente esta calidad, el título ejecutivo contentivo de la obligación que será solamente el certificado expedido por el administrador sin ningún requisito ni procedimiento adicional y copia del certificado de intereses expedido por la Superintendencia Bancaria o por el organismo que haga sus veces o de la parte pertinente del reglamento que autorice un interés inferior.

Ese equivocado proceder, en el que se otorga igual ejecutividad a un documento que, aunque carece de fehaciencia, aun así tiene abierta la puerta del proceso ejecutivo, distorsiona el sistema en la medida en que también se le atribuye la existencia de un derecho cierto que en realidad no lo es —o que puede no serlo— porque en el fondo no es más que una declaración unilateral de un presunto acreedor interesado en cobrar una deuda valiéndose para el efecto de una prueba que él mismo, y sin intervención del deudor, por su cuenta ha creado.

Ahora bien, para entender cuál es el origen de este problema y a su vez formular algún tipo de solución, en el próximo apartado haré una muy breve reseña acerca de los antecedentes históricos de la ejecución procesal y el modo como esta fue evolucionando y en el siguiente acápite —referido a las propuestas de reformas al proceso ejecutivo— describiré en qué consisten las modificaciones que en torno a este tema de los títulos ejecutorios, fehacientes, no fehacientes e impropios podrían contribuir a obtener un mejor resultado en materia de procesos ejecutivos.

1.3. Breve antecedente histórico de la ejecución procesal

Mientras que en una de las últimas etapas del derecho romano era indispensable que después de haberse proferido sentencia declarativa, esta solo pudiera ejecutarse mediante un nuevo proceso de cognición, el cual debía preceder a la ejecución propiamente dicha, en el derecho germano sí existía la ejecución sin cognición previa, y de ahí que luego de haberse obtenido la declaración del derecho a través de la sentencia que se hubiere dictado en un proceso de conocimiento, de inmediato y sin más condicionamiento el actor tenía expedita la vía para acceder a la ejecución.

Como se desprende de lo sucintamente expuesto, en el derecho romano había que tramitar tres procesos: el primero, en el que se obtenía la sentencia declarativa y el consecuente reconocimiento del derecho en favor de quien sacó adelante su pretensión; el segundo, que implicaba un nuevo trámite cognoscitivo, y, finalmente, el tercero que era aquel que permitía llevar a cabo la ejecución. Por su parte, en el derecho germano se arribaba a la ejecución en

La acción ejecutiva a que se refiere este artículo, no estará supeditada al agotamiento previo de los mecanismos para la solución de conflictos previstos en la presente ley”.

forma directa e inmediatamente después de haberse expedido la sentencia en el proceso declarativo.

Esos dos mecanismos, tan simples en su formulación y trámite, se tornaron complejos con el advenimiento del *derecho longobardo-franco*, cuyas manifestaciones fueron disímiles en Italia y España, países que hoy en día siguen siendo referentes nuestros en el campo del derecho procesal y, en concreto, en lo que tiene que ver con el proceso ejecutivo.

1.3.1. En la Italia del Medioevo

En este periodo, y en virtud del *derecho estatutario*, se dieron los primeros pasos para la consolidación de unos procedimientos (declarativos, no ejecutivos) que, en forma ágil y a tono con la celeridad dinámica que es inherente a las prácticas mercantiles, buscaban siempre su simplificación, de modo tal que el proceso común tendía a sumarse, tanto en los aspectos sustanciales como en los formales y, sobre todo, a reducirse la etapa de cognición por parte del juzgador.

En esa misma línea, el *derecho canónico* concibió también unos procesos sumarios e indeterminados (los cuales, y como es apenas obvio, respondían a consideraciones distintas de las de los comerciantes) que, aunque eran igualmente de cognición plena, se caracterizaban por ventilarse en forma bastante abreviada para los estándares de la época.

De otro lado, en el plano de la ejecución procesal, el periodo en comento produjo un cambio significativo que marcó un verdadero hito en esta materia, en la medida en que elevó los llamados *instrumenta confessionata* al mismo rango que tendría una sentencia, y como resultado de ello la confesión de deuda efectuada ante juez o notario empezó a tener iguales alcances ejecutorios a los del título sentencia (que se obtenía en un proceso declarativo) y por lo tanto el acreedor quedó investido de la facultad de iniciar la ejecución sin tener que adelantar, previamente, el juicio de conocimiento.

Tales instrumentos, que se generalizaron en razón a las necesidades del comercio, implicaban que el deudor no solo reconocía la obligación, sino que además de renunciar a postular las defensas del caso, aceptaba también la orden que incluía el notario en el sentido de pagarla a su vencimiento (la famosa cláusula *guarentigia*).

A propósito de esta cláusula, ella sustituyó los efectos de la *ejecutoriedad*, que es un atributo propio del *título ejecutivo* sentencia, y dio paso a la calidad

ejecutiva de los *instrumenta confessionata* que la contenían.³³ Por ende, y a partir de allí, en Italia el proceso ejecutivo supuso una evolución, como quiera que al ampliar los títulos fehacientes dotados de ejecutividad, mejoró las condiciones para el reclamo de obligaciones instrumentadas por ese medio.

Con base en ese devenir histórico, siglos después Enrico Tulio Liebman presentó su *Teoría del título ejecutivo*, en virtud de la cual no es factible que a este se le reste eficacia mediante alguna prueba pues, aunque se extinga el derecho, aun así el título sigue valiendo. Para Liebman, el título ejecutivo es “un acto jurídico que tiene eficacia constitutiva porque es fuente inmediata y autónoma de la acción ejecutiva. Por lo tanto, en su existencia y en su ejercicio, el título es independiente del crédito”.³⁴

De acuerdo con lo postulado por Liebman, a los títulos en general debe dárseles un manejo similar al de la sentencia, es decir, una vez dictada esta u obtenidos aquellos, la orden de cumplimiento que contiene una u otros

se desprende de los motivos del negocio y de las razones por las cuales la ley le concede fuerza ejecutiva, y nace un derecho por sí, *novum jus*, que vive su vida propia, no ligada a la del crédito que la originó ni influida por sus vicisitudes. Tanto que, por ejemplo, tiene nuevo plazo prescripcional (el de la *actio iudicata*, no el del negocio ni el del título que dicho negocio originó).³⁵

1.3.2. En el derecho español

Este ordenamiento jurídico tiene una marcada influencia de los principios romanos, por lo que en aras del respeto a ultranza del derecho de defensa –y de modo distinto a como se concibió en la Italia del Medioevo–, los dos instrumentos (sentencia y confesión de deuda ante notario) tenían que ejecutarse por orden del juez, ya que en uno u otro caso era él, y en el evento de que el deudor no pagara voluntariamente su obligación, quien además de disponer

³³ No son sinónimos los conceptos de *ejecutoriedad* (calidad propia del título executorio sentencia) y *ejecutividad* (calidad propia del *título ejecutivo* pagaré, por ejemplo, el cual es emitido por el deudor con intervención notarial y contiene la citada cláusula *guarentigia*). Cfr. Alvarado Velloso, Adolfo y Meroi, Andrea, *op. cit.*

³⁴ Liebman, Enrique Tulio. *Manual de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1980. En: Alvarado y Meroi, *op. cit.*, p. 4.

³⁵ Alvarado Velloso y Meroi, *op. cit.*, p. 4.

la respectiva ejecución, otorgaba siempre al deudor la posibilidad de que se resistiera a la pretensión de su contraparte, oponiendo para ese efecto medios de defensa nacidos después de haberse expedido el documento, o permitiéndole que accionara por separado con el fin de lograr que se le absolviera de la ejecución, y como consecuencia de ello pudiera obtener la devolución o reintegro del instrumento.

Así las cosas, la innovación, la celeridad y la audacia italiana no tuvieron la misma acogida en el solemne derecho español, y la *expeditividad* de aquel sucumbió ante el legislado proceso ejecutivo de este; proceso que, reitero, no es más que uno de *conocimiento*, solo que se “sumariza” por razones cualitativas teniendo en cuenta la clase de derechos que se debaten. En síntesis, en España se impuso la visión del proceso ejecutivo como la concebía el derecho canónico; vale decir que aunque se matiza el juicio de cognición plenario mediante un trámite procedimental más abreviado, aun así se permite que el conocimiento del asunto litigioso sea discutido íntegramente dentro de él.

En mi concepto, resultó infortunado que, mientras en ese periodo histórico de Italia la abreviación del trámite ejecutivo se obtuvo reduciendo la fase de conocimiento, en España, y por supuesto después en Colombia –donde somos herederos de su sistema legal–, lo único que se hizo fue reducir los plazos y restringir –aunque en mínima medida– algunas de las posibilidades de defensa con que cuenta el ejecutado.

De esa forma, nos quedamos con una ejecución judicial que en rigor no lo es y, al haber dotado de *fehaciencia* a títulos que no tienen ese carácter, como contrapartida y desde luego para proteger la adecuada defensa en juicio, cada vez más hemos dado la connotación de *declarativo* al proceso ejecutivo, lo que ha mutado la ejecución a un asunto de auténtica cognición sumaria.³⁶

³⁶ Tanto es así que en los procesos ejecutivos es viable la *excepción genérica* propia de los procesos de conocimiento que contemplan los artículos 282 del CGP y 306 del CPC, según la cual el juez debe declarar de oficio en la sentencia cualquier excepción de mérito (salvo prescripción, compensación o nulidad relativa), que esté probada aunque no haya sido alegada por el demandado. Igualmente, pese a que el artículo 784 del Código de Comercio dispone que contra la acción cambiaria solo pueden proponerse unas precisas excepciones, el numeral 12 abre una amplia puerta para que se “ordinarice” aún más la ejecución, al permitir que el demandado alegue en su defensa “Las derivadas del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia del título, contra el demandante que haya sido parte en el respectivo negocio o contra cualquier otro demandante que no sea tenedor de buena fe exenta de culpa”.

1.4. Propuestas de reformas al proceso ejecutivo

Es evidente que para solucionar cualquier problema, se debe empezar siempre por hacer un adecuado diagnóstico de este; por tal razón, permítaseme indicar que, de acuerdo con los datos suministrados por la Corporación Excelencia en la Justicia, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas en su *Reporte sobre justicia en Las Américas* de los años 2004 a 2009 y la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia, edición 2010 Colombia, en lo que atañe al número de funcionarios judiciales permanentes que nos dispensan justicia,³⁷ “Colombia se encuentra en una posición intermedia, registrando un índice de jueces por cada 100 mil habitantes de entre 10,4 en 2004 y 11,7 en 2008, el cual resulta similar al de países como España (10,7 jueces en 2008); Francia (9,1 jueces en 2008) e Italia (10,2 jueces en el último año)”.³⁸

Así las cosas, pese a que Colombia ha alcanzado un nivel intermedio en cuanto a su proporción de jueces, y que en virtud de la Ley 1285 de 2009 se impuso la necesidad de que haya al menos un juez por cada municipio, “se ha llegado a estimar que 128 municipios carecen de despachos judiciales en sus cabeceras”.³⁹

Circunscritos a la jurisdicción ordinaria –que es la que se ocupa de tramitar el grueso de los procesos ejecutivos– durante el periodo 2008-2012, el número de despachos aumentó en un 12 %, al pasar de 3854 en el 2008 a 4315 en el 2012. En cuanto a la cantidad de procesos fallados por cada despacho judicial, también hubo un incremento del 12 %, y de 465 procesos fallados en el 2008 se pasó a 521 en el 2012.⁴⁰

Igualmente, en lo que concierne a los tiempos procesales, aunque la proyección teórica establecida en el código para tramitar un proceso ejecutivo es

³⁷ No obstante, y sin que se pueda saber a priori qué datos son más confiables que otros, ya que hay que considerar múltiples variables que dependen de la metodología empleada por el respectivo encuestador, en este tema hay disparidad de criterios puesto que el Consejo Superior de la Judicatura sostuvo que en 1994 existían 60 jueces por cada 100 000 habitantes, y que al 2003 había 45 jueces permanentes (no de descongestión, que son temporales) para atender al mismo número poblacional.

³⁸ Corporación Excelencia en la Justicia. Disponible en Internet: <<http://www.cej.org.co/index.php/todos-justi/2566-tasa-de-jueces-por-habitantes-en-colombia-y-el-mundo>> [citado el 31 de marzo de 2014].

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ Cfr. Consejo Superior de la Judicatura. *Informe al Congreso de la República sobre el estado actual de la administración de Justicia*, 2012, p. 15.

de 298 días (diez meses), el tiempo promedio real es de 1031 días (tres años en una primera instancia), lo que arroja un porcentaje de mora procesal del 336%.⁴¹

En cuanto al volumen de negocios que manejan los jueces civiles,⁴² el 68% son ejecutivos singulares y el 13% están amparados con garantía hipotecaria, lo que significa que el 71% de todos los asuntos que conoce un juzgado corresponden a negocios de esta naturaleza.⁴³ En el 80% de ese 71% de ejecuciones el juez no decide ninguna controversia de tipo jurisdiccional porque, ante el silencio del demandado, lo que profiere –en principio– es la otrora sentencia del artículo 507 del Código de Procedimiento Civil (CPC), que se limita a ordenar seguir adelante con la ejecución, proveído este que luego de la expedición de la Ley 1395 de 2010 fue cambiado por un auto de idéntico contenido jurídico al que tenía dicha sentencia, y que finalmente es recogido en el artículo 440 del CGP.

De otro lado, y en lo que tiene que ver con los procesos declarativos, si se cumpliera el estimativo teórico previsto inicialmente⁴⁴ en el CPC, para evacuar un ordinario en primera instancia deberían invertirse 496 días (un año y cinco meses); sin embargo, en la práctica, el tiempo promedio real es

⁴¹ Consejo Superior de la Judicatura, *GTZ. Descongestión de la jurisdicción civil*, t. II, Bogotá, 2005., tomado, a su vez, del Banco Mundial, p. 55.

⁴² Según el Censo Nacional de Procesos, que realizó el Consejo Superior de la Judicatura, y de acuerdo con el informe parcial emitido por su Unidad de Desarrollo y Análisis, se dijo que a 4 de diciembre de 2012 los juzgados civiles reportaron un total de 545 262 procesos y de ellos el 74% correspondían a procesos ejecutivos. Por otra parte, en agosto de 2010 la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura reveló que en Colombia había 437 jueces civiles municipales, 319 jueces civiles del circuito, 1070 jueces promiscuos municipales y 95 jueces promiscuos del circuito. Desde luego que en su condición de temporales, en esos datos no se incluyen aquellos que, dependiendo de la coyuntura, son designados como jueces de descongestión ni a los que se conocen como de ejecución de sentencias declarativas o ejecutivas.

⁴³ Otras fuentes dicen que en el área civil el peso de los procesos ejecutivos en los distintos juzgados es del 55% (quirografarios) y del 14,3% (con garantía real) para un total de 69% de estas solas causas.

⁴⁴ Empleo la expresión “inicialmente” porque, como lo indiqué anteriormente, después de la expedición de las leyes 1395 de 2010, 1450 de 2011 y 1564 del 12 de julio de 2012, ahora el término de duración de un proceso en primera instancia debe ser de un año contado, en principio, a partir del momento en que se notifique al demandado. Con todo, es posible que ese cómputo no se haga desde esa fecha, sino que se empiece a contar a partir del día siguiente en que se presente la demanda si, como lo prevé el inciso 4° del numeral 7° del artículo 90 del CGP, el juez no notifica la orden de apremio o el auto admisorio, según el tipo de proceso, dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la presentación de la demanda.

de 2048 días (seis años), lo que implica una mora procesal del 432%.⁴⁵ A esa morosidad,⁴⁶ que se incrementa por la congestión judicial⁴⁷ (aunque es claro que esta última no es la única causante directa de aquella), hay que agregarle que la legitimidad y la credibilidad de la justicia están en entredicho, al punto de que el 54,8% de los colombianos creen que es *lenta*, mientras que el 30,2% consideran que es *muy lenta*, por lo que el grado de insatisfacción total en esta materia alcanza el 85%.⁴⁸

En adición a lo anterior, la gran encuesta contra la corrupción realizada por el Centro Nacional de Consultoría, en el 2011, concluyó que “solo el 34% de los colombianos confía en los jueces (lo que significa que el 76% no cree en ellos); el 54,2% confía en el sistema judicial y 57,8% confía en la Corte Suprema de Justicia”.⁴⁹

Frente a este panorama tan desolador, la comunidad jurídica colombiana ha propuesto múltiples reformas encaminadas a mejorar la situación, las cuales, y como dejé claro en la “Introducción” de este texto, no serán objeto de un pormenorizado análisis, en razón a que este trabajo pone el acento en el impacto que el análisis económico del derecho tiene sobre el proceso ejecutivo. No obstante, le dedique un par de breves acápites que contextualicen —a título

⁴⁵ Consejo Superior de la Judicatura y GRZ, *ibid.*, p. 55.

⁴⁶ Según la Contraloría General de la Nación, los inventarios, es decir, el número de procesos que se encontraban a la espera de una decisión, eran de 7,8 millones en el 2002 y, como cada año se evacuan 1,8 millones, hay un remanente pendiente de 6 millones de asuntos no dilucidados. Para el Consejo Superior de la Judicatura, y de acuerdo con sus propias estadísticas, ese inventario de procesos represados era de “tan solo” 2,8 millones en ese año. Con base en la información suministrada por esta última corporación, al iniciar la gestión judicial del año 2012, el aparato de justicia en los despachos permanentes (es decir, no se considera el volumen de negocios que se atribuye a los jueces de descongestión) “contaba con un total de 2293 468 procesos en su inventario inicial y a diciembre de 2012 quedaron 1 975 430 en su inventario final”. *Informe al Congreso de la República sobre el estado actual de la administración de justicia*, 2012, p. 13.

⁴⁷ De acuerdo con los datos publicados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el inventario de procesos represados a diciembre de 2009 era de 2 641 710, y a diciembre de 2010, de 2 626 246. Lo anterior significa que solo hubo una reducción de 15 468 procesos. Disponible en Internet: http://www.ramajudicial.gov.co/csj/index.jsp?cargaHome=3&cid_subcategoria=945&cid_categoria=374 [consulta realizada el 23 de septiembre de 2011].

⁴⁸ Encuesta del Centro Nacional de Consultoría realizada en el 2008, en la que también se dijo que la credibilidad en el caso de la Iglesia católica era del 71,1%.

⁴⁹ Centro Nacional de Consultoría. *Gran Encuesta contra la corrupción*, 2011.

de mera ilustración— cuáles han sido algunas de las propuestas formuladas respecto al diseño procesal y las facultades del juez.

1.4.1. En cuanto al diseño procesal

Además de la consabida reducción de plazos para que las partes postulen sus actos procesales;⁵⁰ el incremento en el número de jueces permanentes y la creación de unos de descongestión y otros de ejecución; la perentoriedad de tener que fallar dentro de unos específicos plazos so pena de las sanciones que ello acarrearán;⁵¹ que el grueso de las apelaciones en contra de los autos las dilucide el magistrado sustanciador y no la sala de decisión cuando de ellos conoce una corporación judicial;⁵² el efecto devolutivo como regla general en que se concede la apelación de la sentencia que ordena seguir adelante la ejecución⁵³ y la denominada *adjudicación o realización especial de la garantía real*⁵⁴ —propuestas todas ellas que ya fueron incorporadas al novel estatuto procesal conocido como Código General del Proceso—; otras modificaciones que también han sido discutidas y que ya forman parte del ordenamiento jurídico colombiano, pero que aún no están rigiendo en todo el país debido a que el citado código no ha entrado en vigencia⁵⁵ plena como quiera que se ha

⁵⁰ Disponiendo, verbigracia, que las circunstancias constitutivas de excepción previa deban alegarse por vía de reposición o que la inconformidad con los aspectos formales del título ejecutivo haya que hacerla valer mediante ese mismo mecanismo (artículos 509 y 497 del CPC y artículos 442 y 430 del CGP).

⁵¹ Un año contado a partir de la notificación al demandado del auto de mandamiento ejecutivo (primera instancia), y seis meses contados a partir de la recepción del expediente en la secretaría del *ad-quem* (segunda instancia). Artículo 9 de La ley 1395 de 2010 y artículo 121 del CGP.

⁵² Artículo 4° de la Ley 1395 de 2010.

⁵³ Artículo 354 del CPC, modificado por el artículo 15 de la Ley 1395 de 2010.

⁵⁴ Artículo 544 del CPC, modificado por el artículo 37 de la Ley 1395 de 2010.

⁵⁵ Para ello, el Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo PSAA13-10071 del 27 de diciembre de 2013, en el que determinó que la implementación de la oralidad con base en lo previsto en la Ley 1395 de 2010 se haría así: A partir del 13 de enero de 2014 en los distritos judiciales de Arauca, Barranquilla y Cali. A partir del 30 de abril de 2014, en los distritos de Cúcuta, Medellín, Pamplona, Santa Rosa de Viterbo y Tunja. Los demás distritos ingresarán al sistema oral cuando así lo disponga la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Posteriormente, y con base en la Ley 1716 del 16 de mayo de 2014, se modificó el parágrafo del artículo 44 de la Ley 1395 de 2010, en el sentido de prorrogar los plazos para la entrada en vigencia del sistema oral en la jurisdicción civil ordinaria hasta el 31 de diciembre de 2015.

Esa misma corporación también expidió el Acuerdo PSAA13-10073 del 27 de diciembre de 2013, y en relación con la entrada en vigencia del CGP dispuso que: A partir del 3 de junio de 2014 entrará a regir

previsto su implementación y aplicación de manera escalonada y a lo largo de los próximos tres años contados a partir del primero de enero de 2014, son:

1. Establecer un sistema de ejecución único que elimine las diferencias de trámite entre los ejecutivos con garantías reales y los que no las tienen,⁵⁶ y eliminar la obligación de tener que prestar caución para decretar embargos, debido a que la posibilidad de causar daño con las cautelas es mínima, como lo demuestran los bajos índices de siniestralidad que generan esa clase de pólizas.
Estas propuestas fueron sometidas a consideración por el profesor Hernán Fabio López Blanco en el marco del XXI Congreso de Derecho Procesal, organizado en el año 2000 por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, en la ciudad de Cartagena de Indias, y la última de ellas quedó incorporada en el artículo 599 del CGP.
2. Incentivar la creación de juzgados ejecutivos especializados y dedicados en forma exclusiva a la atención del cobro de deudas,⁵⁷ así como la creación de un ente de apoyo administrativo a la Rama Judicial,⁵⁸ encargado de realizar labores de carácter logístico-administrativo

en los distritos de Manizales, Florencia, Montería, San Gil, Valledupar y San Andrés. A partir del 1 de octubre de 2014 entrará a regir en los distritos de Armenia, Barranquilla, Arauca, Cali, Cúcuta, Medellín, Pamplona, Santa Rosa de Viterbo y Tunja. Y para los distritos de Antioquia, Bogotá, Bucaramanga, Buga, Cartagena, Cundinamarca, Ibagué, Mocoa, Neiva, Pasto, Popayán, Pereira, Quibdó, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo, Villavicencio y Yopal, su entrada en vigencia será a partir del 1 de diciembre de 2015.

Sin embargo, y cuando todo parecía estar decantado en relación con este asunto, el Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo PSAA14-10155 del 28 de mayo de 2014, por el cual se suspende el cronograma previsto en el anterior Acuerdo PSAA13-10073 del 27 de diciembre de 2013, “hasta tanto el Gobierno Nacional apropie los recursos indispensables [equivalentes a dos billones de pesos], que fueron solicitados para su entrada en vigencia”.

⁵⁶ Así, por ejemplo, y aun cuando todavía se mantienen algunas diferencias con el ejecutivo con título quirografario, en una y otra clase de ejecuciones el término para excepcionar será el mismo, es decir, diez días. Igualmente, por regla general, no será necesario prestar caución para el decreto y práctica de medidas cautelares, y, en cuanto al procedimiento propiamente dicho, será idéntico para las dos clases de ejecuciones: una primera fase de *litiscontestatio* que seguirá siendo escrita, y una segunda en la que se implementará la oralidad mediante la evacuación de dos audiencias: la inicial y la de instrucción y juzgamiento.

⁵⁷ Consejo Privado de Competitividad. *Informe Nacional de Competitividad*, 2011. Disponible en Internet: <http://www.ambitojuridico.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/informe%20sector%20privado.pdf> [citado el 31 de marzo de 2014].

⁵⁸ *Ibíd.*

que giran alrededor de los procesos ejecutivos, como la designación de peritos, secuestres, liquidadores y, en general, todo lo relacionado con los auxiliares de la justicia, junto con la realización de embargos, avalúos, remates y liquidaciones, de manera que los jueces ordinarios –que en la actualidad tienen a su cargo esas tareas– se puedan liberar de ellas.⁵⁹

3. Crear mecanismos ágiles de notificación del mandamiento ejecutivo, incluso con la ayuda de la fuerza pública para conducir al deudor, prescindir de los secuestres y autorizar a entidades especializadas para que custodien los bienes afectados por las medidas cautelares.⁶⁰
4. Implementar la oralidad para evacuar el trámite en una audiencia única, rescatar la importancia del periodo prejudicial utilizando los mecanismos alternativos de solución de conflictos e introducir mecanismos de recuperación de los costos de la provisión del servicio de justicia, en aras de reducir el gasto público.⁶¹

Sobre este particular, lo primero que hay que decir es que no hay que agotar la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad de la acción cuando el asunto de que se trate se ventile por la vía del proceso ejecutivo, pues tal exigencia opera para los procesos declarativos. En segundo lugar, incluso en estos últimos es factible prescindir de la aludida diligencia y concurrir a formular la demanda directamente, si se da cualquiera de las siguientes circunstancias: que el asunto no sea susceptible de transacción, que se desconozca en dónde ubicar al convocado o que se soliciten medidas cautelares que sean jurídicamente viables.

⁵⁹ Esta situación ya no es tan novedosa porque el artículo 27 del CGP, en su inciso final, dispone, para efectos de la ejecución de la sentencia, que “se alterará la competencia cuando la Sala Administrativa del C.S. de la J. haya dispuesto que una vez en firme la sentencia deban remitirse los expedientes a las oficinas de apoyo u oficinas de ejecución de sentencias declarativas o ejecutivas. En este evento los funcionarios y empleados judiciales adscritos a dichas oficinas ejercerán las actuaciones judiciales y administrativas que sean necesarias para seguir adelante la ejecución ordenada en la sentencia”.

⁶⁰ Algunas de las propuestas del profesor Ramiro Bejarano Guzmán, postuladas en el certamen académico descrito anteriormente. *Libro de memorias del XXI Congreso Colombiano del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Cartagena de Indias, 2000. Bogotá: Universidad Libre, p. 384.

⁶¹ Iniciativas del profesor Alfredo Fuentes Hernández, XXI Congreso de Derecho Procesal, *ibid.*, p. 570.

Sin embargo, y a pesar de lo dicho, en relación con los procesos ejecutivos y la mencionada conciliación extrajudicial en derecho, sí existe un caso en el que su agotamiento resulta forzoso por expresa disposición legal, y es el previsto en la Ley 1551 del 6 de julio de 2012, “por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”, cuyo artículo 47 establece que “la conciliación prejudicial será requisito de procedibilidad de los procesos ejecutivos que se promuevan contra los municipios”, salvo que se trate de acreencias laborales susceptibles de ser reclamadas a estos entes territoriales mediante un proceso ejecutivo, ya que, en ese caso, y como lo dispuso la Corte Constitucional en sentencia C-533 de 2013, los trabajadores podrán acudir directamente ante la jurisdicción y sin necesidad de surtir previamente dicho trámite.

Por otra parte, según el artículo 4° de la Ley 1285 de 2009, la oralidad es un mandato de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y quedó consignada en la audiencia del artículo 432 del CPC, luego de la reforma de la Ley 1395 de 2010. En el CGP la regulan los artículos 372 y 373 que se refieren a la audiencia inicial y a la audiencia de instrucción y juzgamiento, respectivamente. En los procesos verbales sumarios, la inicial y de instrucción y juzgamiento se fusionan en una sola audiencia, como lo prevé el artículo 392 del CGP. Con todo, no sobra precisar que, pese a las innegables bondades que emanan de la oralidad, en cuanto potencia subreglas como la concentración, la inmediatez y la publicidad, ella por sí sola no se erige en un eficaz instrumento para la descongestión judicial.

En cuanto a los mecanismos de recuperación de costos, inicialmente la Ley 1394 de 2010 ya lo hizo al implementar el arancel judicial, y luego la Ley 1653 del 15 de julio de 2013 (declarada inexecutable mediante sentencia C-169 del 19 de marzo de 2014)⁶² se encargó de reformular dicho arancel como una contribución parafiscal destinada

⁶² Corte Constitucional, sentencia C-169 del 19 de marzo de 2014, M. P. María Victoria Calle Correa. Para la Corte, los elementos estructurales del nuevo arancel suponían una restricción desproporcionada de los principios constitucionales tributarios de justicia, equidad, progresividad y excepcionalidad, lo que afectaba drásticamente los derechos de acceso a la justicia y defensa. Aun cuando a su juicio la implementación del arancel perseguía unos fines legítimos, el medio empleado para ello por el legislador era inconducente, inexacto, innecesario y desproporcionado.

a sufragar gastos de inversión en la Administración de Justicia. Se causaba en todos los procesos judiciales con pretensiones dinerarias (salvo algunas excepciones), y tenía que ser pagado antes de presentar la demanda. La tarifa era del 1,5 % de la base gravable, sin que en ningún caso pudiera superar en total los 200 SMLMV.

5. Establecer un deber de colaboración y lealtad procesal que le exija al ejecutado el tener que denunciar bienes de su propiedad e ingresos suficientes para el pago del crédito y las costas, o declarar que no los tiene o, en últimas, prestar caución para garantizar su pago. Asimismo, ventilar la causa (luego de una primera fase de *litis contestatio* escrita), en una audiencia de conciliación, instrucción y juzgamiento.

Estas últimas propuestas –originadas en el Instituto Colombiano de Derecho Procesal– fueron hechas inicialmente en el *Anteproyecto de CGP*, algunas de las cuales convirtieron la Ley 1395 de 2010 en legislación vinculante y otras ya fueron elevadas al rango de norma legal por el CGP, como lo dispone el artículo 43 de esa obra que, al enlistar los poderes de ordenación e instrucción con que cuenta el juez, en el numeral 4° incluyó el de “exigir a las autoridades o a los particulares la información que, no obstante haber sido solicitada por el interesado, no le haya sido suministrada, siempre que sea relevante para los fines del proceso. El juez también hará uso de este poder para identificar y ubicar los bienes del ejecutado”.

En cuanto al procedimiento, surtida la fase de *litis contestatio* (esencialmente escrita), en principio se seguirá tramitando el asunto mediante dos audiencias. La inicial, que regula el artículo 372 del CGP y que se ocupa de la conciliación, el control de legalidad o saneamiento del proceso, la decisión de excepciones previas que requieren de práctica de prueba distinta de la documental, el interrogatorio de las partes, la fijación de hechos del litigio y el decreto de pruebas. Y la de instrucción y juzgamiento, en la que se practicarán las pruebas, se alegrará de conclusión y se dictará sentencia.

6. Eliminar la necesidad de tener que acudir siempre a un proceso judicial en aquellos casos en los que el pago de la obligación esté garantizado con un bien que ha sido gravado con hipoteca o prenda por el deudor, acudiendo para estos efectos a las figuras de la adjudicación o realización especial de la garantía real que regula el artículo 467

del CGP –y cuya normatividad ya está vigente desde el 12 de julio de 2012–, o al mecanismo de la Ley 1676 de agosto de 2013, “por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias”.

En lo que concierne a la primera de las citadas opciones, el CGP faculta al acreedor con garantía real para que, a su arbitrio, pueda pedir la adjudicación directa del bien gravado,⁶³ como lo dispone el mencionado artículo 467, u optar por la tradicional ejecución que culminará con el remate del bien, siguiendo en ese caso los lineamientos fijados por el artículo 468 de dicho estatuto procesal.

Aunque en principio y por regla general la solicitud de adjudicación del bien objeto de gravámenes solo puede hacerse en la demanda (formulada como pretensión principal y acompañada de la ejecución judicial como pretensión subsidiaria), también se ha previsto que de modo excepcional el acreedor pueda pedirla en los supuestos del numeral 5° del artículo 468; esto es, cuando el proceso versa sobre la efectividad de la prenda, esta se justiprecie en suma no mayor a un salario mínimo mensual y ya se encuentre en firme su avalúo. Como ya se habrá advertido, en este último supuesto, y ante el poco impacto económico del bien prendado, la novedad consiste no en evitar el proceso, sino en obviar lo atinente al remate como tal.

Por otra parte, la segunda de las mencionadas posibilidades con que se dota a un acreedor para que pueda lograr la efectividad de su garantía real sin tener que hacerlo por la vía judicial surge de la Ley 1676 de 2013 sobre garantías mobiliarias, cuyo propósito es “incrementar el acceso al crédito mediante la ampliación de bienes, derechos o acciones que pueden ser objeto de garantía mobiliaria simplificando la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de las mismas” (artículo 1°).

Obviamente, por la naturaleza del tema del que se ocupa este texto, lo que interesa destacar en este momento es lo atinente a la ejecución y el pago directo de las garantías mobiliarias, y en ese sentido los artículos 57 al 75 de

⁶³ Artículo 467, inciso 1°: “El acreedor hipotecario o prendario podrá demandar desde un principio la adjudicación del bien hipotecado o prendado, para el pago total de la obligación garantizada, y solicitar en subsidio que si el propietario demandado se opone a través de excepciones de mérito, la ejecución reciba el trámite previsto en el artículo siguiente, para los fines allí contemplados”.

la Ley 1676 de 2013, reglamentada por el Decreto 400 del 24 de febrero de 2014, establecen quiénes son las autoridades que podrán conocer de la ejecución y cuáles son los mecanismos diseñados para realizarla.

En pocas palabras –y aun cuando su inapropiada redacción podría dar lugar a pensar lo contrario–,⁶⁴ lo que podrá hacerse a partir de la entrada en vigencia de la mencionada ley es que, ante el incumplimiento de su deudor, el acreedor en cuyo favor se constituyó el gravamen prendario podrá ejecutar la garantía mobiliaria siguiendo el mismo trámite de adjudicación o realización especial de la garantía real regulado en los artículos 467 y 468 del CGP anteriormente indicados, o, si lo prefiere, acudir al mecanismo de pago directo o ejecución especial de dicha garantía mobiliaria, el cual diseñó específicamente para ella la Ley 1676 de 2013.

Si opta por acogerse a esta última opción, en virtud de lo establecido en el artículo 60, el acreedor tendrá la facultad de satisfacer su crédito directamente con los bienes dados en garantía, teniendo en cuenta, desde luego, tanto el valor del avalúo⁶⁵ de estos como el monto de la obligación garantizada. Si el valor de aquellos supera el monto de esta, el acreedor deberá entregar el saldo correspondiente (deducidos los gastos y costos) a los demás acreedores inscritos o, en caso de que no los hubiere, proceder entonces a entregar el saldo al deudor o al propietario del bien (si fuere persona distinta del deudor), y con ese fin constituirá un depósito judicial a favor de quien corresponda y

⁶⁴ En efecto, como el artículo 61 de la Ley 1676 de 2013 dice que “cuando el acreedor garantizado así lo disponga, hará efectiva la garantía por el proceso de adjudicación o realización especial de la garantía real regulado en el (sic) artículo (sic) 467 y 468 del Código General del Proceso, con las siguientes previsiones especiales...”, el anterior enunciado incurrió en un error al no haber tenido en cuenta que el artículo 468 del CGP no regula “la adjudicación o realización especial de la garantía real”, sino el trámite del tradicional proceso ejecutivo con título hipotecario o prendario. Por ende, y como resultado de ese yerro, alguien podría sostener –en mi concepto en forma equivocada– que la Ley 1676 de 2013 no le permite al acreedor de una garantía mobiliaria iniciar, a su arbitrio, el proceso ejecutivo con título prendario, sino que tiene que acogerse única y exclusivamente a una de estas dos opciones: o a la que ella llama “ejecución especial”, que no es otra cosa que el “pago directo”, establecido en el artículo 60, o a la conocida como “ejecución judicial” del artículo 61, la cual difiere de la ejecución judicial propiamente dicha que contempla el artículo 468 del CGP.

⁶⁵ Ley 1676 de 2013, artículo 60, parágrafo 3°: “En el evento de la apropiación del bien, este se recibirá por el valor del avalúo realizado por un perito escogido por sorteo, de la lista que para tal fin disponga la Superintendencia de Sociedades, el cual será obligatorio para garante y acreedor, y se realizará al momento de entrega o apropiación del bien por el acreedor”.

siga en orden de prelación, cuyo título se remitirá al respectivo juzgado del domicilio del garante.

Naturalmente, del anterior mecanismo de autocomposición del conflicto –directo y unilateral–, se podrá valer el acreedor cuando él sea el tenedor del bien gravado; sin embargo, en el evento de que se trate de una prenda sin desapoderamiento del deudor y este no realizara la entrega voluntaria de los bienes objeto de la garantía, de conformidad con lo establecido en el párrafo 2° del artículo 60 de la comentada Ley 1676 de 2013, el acreedor garantizado podrá solicitar a la autoridad jurisdiccional competente que libre orden de aprehensión y se le entregue el bien, bastando para ese efecto “la simple petición [de dicho] acreedor”.

Adicionalmente, cuando la Ley 1676 de 2013 prevé, en el artículo 62 y subsiguientes, la figura de la *ejecución especial de la garantía*, dispone que ese mecanismo procederá en cualquiera de estos supuestos: por mutuo acuerdo entre el acreedor y el garante contenido en el contrato de garantía, en sus modificaciones o en acuerdos posteriores; cuando el acreedor garantizado sea tenedor del bien dado en garantía; cuando el acreedor tenga derecho legal de retención del bien; cuando el bien tenga un valor inferior a veinte salarios mínimos legales mensuales; cuando se cumpla un plazo o una condición resolutoria de una obligación, siempre que expresamente se haya previsto la posibilidad de la ejecución especial y cuando el bien sea precedero.

De este listado, llama la atención la posibilidad de que también se pueda hacer uso de la *ejecución especial de la garantía* en el evento de que “el bien tenga un valor inferior a los veinte salarios mínimos legales mensuales”, no porque ese privilegio no existiera antes en nuestra legislación, ya que el artículo 2425 del Código Civil la contemplaba cuando el valor “de la cosa empeñada” no excedía de ciento cincuenta pesos;⁶⁶ sino debido a que en virtud de ese incremento de la cuantía, la ley de garantías mobiliarias modificó el inciso 5° del numeral 5° del artículo 468 del CGP, según el cual “cuando el proceso verse sobre la efectividad de la prenda y esta se justiprecie en suma no mayor a un

⁶⁶ Artículo 2425 del Código Civil: “Si el valor de la cosa empeñada no excediere de ciento cincuenta pesos, podrá el juez, a petición del acreedor, adjudicársela por su tasación, sin que se proceda a subastar”. Esa norma fue modificada por el artículo 91 de la Ley 1676 de 2013, que dice lo siguiente: “Se modifica el artículo 2425 en el sentido de modificar la cuantía de ciento veinticinco pesos a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

salario mínimo mensual, en firme el avalúo el acreedor podrá pedir su adjudicación dentro de los cinco (5) días siguientes, para lo cual en lo pertinente se aplicarán las reglas de este artículo”.

En esa hipótesis del artículo 468 del CGP, en la que se parte de la base de que se adelantó un auténtico proceso judicial y no un mero procedimiento como el indicado en el artículo 61 de la Ley 1676 de 2013, lo que se obvia no es el trámite del proceso como tal, sino que de lo único que es factible prescindir es de la diligencia de remate, mas para ello es necesario que un juez de la república⁶⁷ hubiera dictado la providencia que ordenó seguir adelante la ejecución, y que estuvieran satisfechas todas las demás exigencias contempladas en los artículos 448 y 468 del CGP; esto es, que los acreedores con garantía real hubieran sido citados, que se haya liquidado el crédito —aunque no esté en firme—, y que el bien esté embargado, secuestrado y avaluado.

Si esa es la precisa situación jurídico-procesal que se presenta, a mi juicio el acreedor podrá pedirle al juez, dentro de los cinco días siguientes al avalúo, que no expida el auto que fije fecha para remate, sino que le adjudique directamente el bien prendado sobre el que versó el proceso ejecutivo, con independencia de si dicho bien tiene un valor de menos de un salario mínimo o de hasta veinte salarios mínimos legales mensuales. Fue en ese específico sentido, entonces, que se modificó el artículo 468, numeral 5°, del CGP.

Ahora bien, en últimas, lo que hizo la Ley 1676 de 2013 fue modificar el *pacto comisorio prendario* del artículo 2422 del Código Civil, que proscribía que las partes pudieran establecer *ex ante* en el texto mismo del contrato de prenda o hipoteca, que al acreedor se le invistiera de la facultad de apropiarse de la garantía o que, en general, pudiera valerse de mecanismos distintos a los expresamente consignados en ese canon legal. No obstante, no sobra recordar que esa prohibición no era absoluta, ya que la Corte Suprema de Justicia había tenido la oportunidad de precisar los alcances de dicha limitación al decir que un acuerdo en ese sentido sí era factible suscribirlo, siempre y cuando se hiciera con *posterioridad* a la constitución del gravamen prendario, puesto que:

⁶⁷ La Ley 1676 de 2013 no regula en sus artículos 62 y subsiguientes procesos propiamente dichos, sino que acude a simples procedimientos cuyo conocimiento le están atribuidos a los notarios o a las Cámaras de Comercio.

[...] es claro que la prohibición al acreedor prendario o hipotecario de apropiarse o disponer de otra manera de la prenda –que no se desconoce, la Sala enfatiza en ello–, aun cuando es diáfana, no es absoluta sino relativa, como lo entiende la *communis opinio*, pues lo que sancionan las normas es que las partes, en el mismo contrato o negocio pignoraticio, prevean mecanismos distintos de los contemplados en ellas para que esa apropiación o enajenación tenga lugar; pero nada obsta para que, a posteriori, acreedor y deudor celebren acuerdos en virtud de los cuales aquel pueda hacerse al dominio de la cosa prendada o hipotecada, sin necesidad de venta pública, ni de proceso judicial, o que el bien pignorado se enajene en forma privada por el deudor, para que el precio se aplique directamente al pago de la obligación.⁶⁸

1.4.2. En cuanto a las facultades del juez

En este campo encontramos posturas que van desde habilitar a los notarios para que conozcan de procesos ejecutivos en los casos en los que el demandado guarda silencio (y remitírseles al juez solo si el ejecutado se opone a la pretensión del actor e invoca alguno de los medios de defensa con que cuenta),⁶⁹ hasta la tradicional insistencia de conocidos cultores del derecho procesal para que se desjudicialice el remate por no ser esta una labor inherente a la función de administrar justicia, sino una actividad de estirpe netamente administrativa.

Este último planteamiento fue expuesto por el profesor López Blanco en el ya citado Congreso Colombiano de Derecho Procesal del año 2000, y aceptado parcialmente en el párrafo 1° del artículo 528 del CPC (reformado por la Ley 794 de 2003) al disponer que: “A petición de quien tenga derecho a solicitar el remate de bienes, se podrá comisionar a las notarías, cámaras de comercio o martillos legalmente autorizados”.

La misma posibilidad, pero ampliada y robustecida aún más, la consagra el párrafo 1° del artículo 454 del CGP cuando establece que: “A petición de

⁶⁸ República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, sentencia del 29 de julio de 2005, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo, exp. 20302-02.

⁶⁹ También se ha pretendido conferir función jurisdiccional a abogados en ejercicio, empleados judiciales, distintos obviamente de jueces y magistrados, y a centros de arbitraje o conciliación, como se previó en el proyecto de acto legislativo N° 07 de 2011, Senado, acumulado con los proyectos de actos legislativos N° 09, 11, 12 y 13 de 2011, Senado, “por medio del cual se reforman artículos de la Constitución Política con relación a la Administración de Justicia y se dictan otras disposiciones”.

quien tenga derecho de solicitar el remate de los bienes, se podrá comisionar a las notarías, centros de arbitraje, centros de conciliación, cámaras de comercio o martillos legalmente autorizados”, para que sean ellos quienes lleven a cabo la práctica del remate. Naturalmente, en esos casos, las tarifas, expensas y gastos que se causen serán sufragados por quien solicitó el remate, no serán reembolsables y tampoco se tendrán en cuenta para efectos de la liquidación de costas.

También se ha planteado como fórmula para contribuir a mejorar el trámite del proceso ejecutivo, en lo que a las facultades del juez se refiere, que se abra la posibilidad de que los tribunales de arbitramento puedan adelantar ejecuciones judiciales.⁷⁰ Sobre esta opción, debo decir que el tema no es novedoso y que de hecho en el pasado ya fue objeto de consagración legal; es más, como tuve oportunidad de consignarlo en un escrito,⁷¹ el artículo 2° del otrora Decreto 2651 de 1991, conocido como de descongestión de despachos judiciales, contemplaba la posibilidad de que en los procesos en que no se hubiera proferido sentencia de primera o única instancia, las partes, de común acuerdo, podían pedir al juez que su controversia se sometiera al trámite de la conciliación, y que si esta fracasaba o fuere parcial, “*a posterior arbitramento*”; petición que, incluso, era susceptible de ser formulada “en los procesos de ejecución en los que se (hubieran) propuesto excepciones de mérito”.

Pues bien, pese a que en un primer momento, y como resultado de una acción de tutela,⁷² la sala tercera de revisión de la Corte Constitucional adujo que los árbitros no podían conocer de procesos ejecutivos, luego, con base en

⁷⁰ De acuerdo con lo que planteó el profesor Ramiro Bejarano Guzmán en Cartagena de Indias, durante el XXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal que en el año 2000 se realizó por parte del Instituto Colombiano de Derecho Procesal en esa ciudad. Para este destacado jurista, “La Corporación Excelencia en la Justicia ha acogido como propios esfuerzos encaminados a crear un verdadero proceso ejecutivo que pueda ser conocido y decidido por árbitros. Es una necesidad apremiante porque en las grandes ciudades descongestionaría la morosa administración de justicia, atiborrada de proceso ejecutivos promovidos en su mayoría por entidades del sector financiero. Harían bien el gobierno y el Congreso en recoger tan importantes sugerencias [...], porque permitir la solución de procesos ejecutivos a los árbitros traería alivio considerable a la morosidad de la administración de justicia, atiborrada de multiplicidad de procesos de ejecución que duermen los sueños de los injustos”. Cfr. Bejarano Guzmán, Ramiro. *Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales*, 5ª ed. Bogotá: Temis, 2011, p. 509.

⁷¹ Hernández Villarreal, Gabriel. “Las medidas cautelares en los procesos arbitrales”. En: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 9, N.º 1, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, pp.194-195.

⁷² Sentencia T-057 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

una decisión adoptada por la sala plena de esa corporación en la que se pronunció acerca de la demanda de inexecutable del citado artículo 2º del Decreto 2651 de 1991, se recogió el criterio anterior y se concluyó que los tribunales de arbitramento sí eran competentes para tramitar procesos ejecutivos⁷³ y, desde luego, para decretar los embargos y secuestros a que hubiere lugar.⁷⁴⁻⁷⁵

Así, con fluidez se colige que la facultad conferida a los árbitros en materia de cautelares se extiende también a los procesos ejecutivos, situación que conserva plena vigencia aunque la Corte Constitucional en Sentencia C-1140 del 30 de agosto de 2000 declaró inexecutable los artículos 35, 36 y 37 de la Ley 546 de 1999; en ese fallo no se desautorizó el trámite del proceso ejecutivo ante los árbitros, sino que simplemente se estimaron contrarias a la Carta las normas demandadas, bajo el entendido de que como el deudor de un crédito hipotecario no gozaba de la prerrogativa de discutir el pacto arbitral, su adherencia a este no era producto de la voluntad consensuada.⁷⁶

Otra cosa distinta es que, a pesar del aval que a esa opción le dio la Corte Constitucional en las mencionadas sentencias, en la jurisdicción ordinaria y en una postura que no es precisamente pacífica, se afirme, como lo ha hecho la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que:

[...] los árbitros, en ningún caso, pueden conocer de procesos de ejecución, por las siguientes razones:

⁷³ Sentencia C-294 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía. En este fallo se aseveró que “Los árbitros, habilitados por las partes, en los términos que determine la ley, puedan administrar justicia para decidir conflictos surgidos en torno a obligaciones exigibles ejecutivamente, así esté en trámite el proceso ejecutivo, o no haya comenzado aún. Así lo establece inequívocamente el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución”. En esa misma providencia, se sostuvo igualmente que “Hay que recordar que corresponde al legislador, en virtud del mandato del artículo 29 de la Constitución, y especialmente en su inciso segundo, fijar las formas propias de cada juicio, es decir, las normas procesales, y señalar el juez o tribunal competente para cada clase de asuntos. Por consiguiente, si el legislador dispone que ante los árbitros habilitados por las partes en conflicto, se diriman asuntos propios del proceso de ejecución y establece las reglas de este proceso arbitral, en nada quebranta la Constitución”.

⁷⁴ Sentencia C-294 de 1995, M. P. Jorge Arango Mejía.

⁷⁵ Mediante sentencia C-431 del 28 de septiembre de 1995, M. P. Hernando Herrera Vergara, la Corte Constitucional declaró executable el artículo 32 del Decreto 2279 de 1989, que le confiere a los árbitros la facultad de decretar medidas cautelares, y en lo que respecta al inciso 2º del Decreto 2651 de 1991 (sobre procesos ejecutivos), resolvió estarse a lo dispuesto en la Sentencia C-294 de 1995.

⁷⁶ Hernández Villarreal, Gabriel, *op. cit.*, pp. 193-194.

- a.- En primer lugar, en virtud del principio de transitoriedad que informa la actividad jurisdiccional desplegada por los árbitros, al que se refiere el artículo 116 de la Constitución Política. [...].
- b.- En segundo lugar, por la naturaleza de las funciones que cumplen los jueces en los procesos ejecutivos, dado que en ellos se realizan coactivamente derechos ciertos y, en principio, indiscutibles. Por eso de la ejecución es el uso legítimo de la fuerza al servicio de derechos subjetivos no disputados pero insatisfechos, mientras que del arbitramento es, por el contrario, definir derechos en litigio como lo hacen los jueces en juicios de conocimiento.
No es, pues, tarea de los árbitros usar la fuerza del Estado para que se pague una obligación, aun contra la voluntad del deudor. Ni pueden los particulares, por sí y ante sí, investir a otro particular para que haga uso de esa fuerza y la dirija contra otro particular en orden a que se cumpla un deber de prestación. [...] Cosa distinta es la decisión sobre las excepciones de fondo propuestas en un proceso ejecutivo, que por su naturaleza cognoscitiva bien podría encargarse a los árbitros quienes, cumplida su labor, le remitirían el expediente al juez para que, de ser favorable el fallo al ejecutante, le abra paso a la ejecución propiamente dicha, como lo autorizó, en su momento, el inciso 2° del artículo 2° del Decreto 2651 de 1991.
- c.- En tercer lugar, porque en los procesos ejecutivos es posible la intervención de terceros accidentales cuyas pretensiones no podrían resolver los árbitros, dada la relatividad del pacto arbitral [...].⁷⁷

En suma, mientras que en el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad la Corte Constitucional ha estimado que los árbitros sí pueden conocer de procesos ejecutivos, al dilucidar situaciones concretas sometidas a su estudio la jurisdicción ordinaria considera que esos jueces particulares no gozan de dicha facultad, entre muchas otras razones porque la dinámica actual de esta clase de asuntos no garantiza la plenitud de los derechos que se

⁷⁷ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, sala civil, auto del 17 de febrero de 2010, M. P. Marco Antonio Álvarez Gómez.

le confieren a otros sujetos procesales, como es el caso de los que en su condición de terceros poseedores de los bienes cautelados quisieran intervenir formulando el incidente previsto en el numeral 8° del artículo 687 del CPC.

En estos últimos supuestos, y como lo dice el Tribunal en el fallo parcialmente transcrito, dichos terceros no tienen por qué ir ante un juez que no es el suyo, dado que no lo han habilitado, ni los árbitros tienen competencia para definir su reclamo.⁷⁸

1.4.3. Nuestras propuestas

El diseño actual del proceso ejecutivo en Colombia torna aparatosa, burocratizada y, por ende, demorada la respuesta al reclamo de la satisfacción del crédito que por la vía judicial formula el acreedor. Como el Código supone que el deudor puede llegar a tener razón y se puede convertir en víctima de una ejecución sin fundamento, lo dota —a expensas del derecho que tiene el demandante para conseguir el cobro expedito de su acreencia— de un sinnúmero de herramientas procedimentales bajo cuyo amparo demora a su antojo el pago de la obligación.

Naturalmente, no desconozco que el plexo de garantías constitucionales y legales establecidas alrededor del derecho de defensa obra también en beneficio de los deudores, y que el hecho de que uno solo de ellos fuera demandado temerariamente, ya justificaría su adecuada protección; sin embargo, la cuestión por dilucidar es si ese ínfimo porcentaje de ejecutados que lo son sin fundamento justifica que se mantenga la estructura general del proceso ejecutivo. Al respecto, retomo los planteamientos que sobre estos mismos temas expusieron los profesores Alvarado y Meroi, y con ellos sostengo que:

¿No será que habrá de discernir de algún modo y ab initio quién es ese deudor que eventualmente puede tener razón y, entonces, a él sí otorgarle un tratamiento defensivo diferente? Porque es cierto que el

⁷⁸ No obstante, y para corroborar que en el derecho procesal no hay dogmas, en el proyecto de acto legislativo número 07 de 2011 Senado, acumulado con los proyectos de acto legislativo 09, 11, 12 y 13 de 2011 Senado, “por medio del cual se reforman artículos de la Constitución Política con relación a la Administración de Justicia y se dicta otras disposiciones”, se contemplaba el arbitramento obligatorio en los asuntos que la ley defina, sin que exista un requisito constitucional imperativo de habilitación de las partes para que ello ocurra en esos casos. Según tales proyectos, esa figura ya existe en países como Chile, Argentina, Perú y Honduras.

derecho de defensa del presunto deudor ha de ser cuidadosamente respetado; pero no es menos cierto que el derecho de defensa del presunto acreedor debe serlo en igual medida. Con nuestro proceso ejecutivo, tal como es, estamos sobreprotegiendo al primero, pero desatendiendo al segundo. Y esto es, ciertamente, una forma de injusticia.

Como el Derecho no puede cometer el pecado de desentenderse por completo de la realidad, la pregunta se impone: ¿cuántos son los actores que demandan ejecutivamente y que, a la postre, no tienen razón? La respuesta franca y desprovista de prejuicios jurídicos es la que impone la revisión de la normatividad jurídica.⁷⁹

Por lo anterior, las propuestas que tengo para hacer frente al mejoramiento del cobro de las obligaciones por la vía del proceso ejecutivo son:

1. Rediseñarlo y despojarlo de todos aquellos aspectos que son inherentes a los procesos de conocimiento, empezando por permitir una ejecución *desjudicializada* en la que, ante el incumplimiento de la obligación, el acreedor pueda recuperar en forma directa el específico bien con que el deudor hubiera garantizado el pago de la prestación a su cargo, como ocurre con algunas modalidades de créditos en el derecho anglosajón.

De hecho, y con el apoyo en este último ordenamiento jurídico,⁸⁰ fue que la comentada Ley 1676 de 2013 ya dio un primer y significativo paso al permitir el pago directo de la obligación insoluta mediante la apropiación –por parte del acreedor garantizado– del bien respecto del cual el deudor hubiere constituido prenda en su favor.

Lamentablemente, esa novel legislación no quedó bien regulada y tiene múltiples falencias de carácter procesal y sustancial que, mientras no se corrijan, harán muy difícil, cuando no imposible, valerse

⁷⁹ Alvarado y Meroi, *op. cit.*, p. 7.

⁸⁰ En lo esencial, la Ley 1676 de 2013 se nutre del derecho norteamericano, y sus antecedentes se encuentran en la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias de la OEA; la Convención sobre la Cesión de Cuentas por Cobrar en el Comercio Internacional de las Naciones Unidas; la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre operaciones garantizadas y la legislación de Honduras sobre la materia.

tanto de la “ejecución especial” del artículo 60 como de la “ejecución judicial” que prevé el artículo 61.⁸¹

2. Con todo, este tipo de ejecuciones ya existen en Colombia, aunque desde luego que en forma muy limitada y, además de los señalados en la aludida Ley, los casos más destacados son el de la fiducia en garantía⁸² (artículos 1226 y ss. del Código de Comercio), el bono de prenda (artículos 794 y ss. del Código de Comercio) y el remate privado de los bienes dados en prenda, diligencia que, de acuerdo con el artículo 142 numeral 2º del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, pueden adelantar los establecimientos bancarios.⁸³
3. Es más, el artículo 238 del Decreto 663 de 1993 preveía un simple trámite, que no proceso, de pago cuasi-directo, sumario y muy eficaz, al otorgarle a la otrora Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero una serie de privilegios procesales, entre los que se encontraba el del literal c) de esa norma, a cuyo tenor:

Si el deudor incumpliere obligaciones inherentes al contrato de prenda agraria o industrial, la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero podrá obtener la entrega inmediata de los bienes pignorados, mediante

⁸¹ Por vía de ejemplo, aunque el artículo 12 de la comentada ley le da el carácter de título ejecutivo al simple “formulario registral de ejecución de la garantía mobiliaria inscrito o de restitución”, en el marco de un proceso judicial, ese documento solo tendrá ese alcance cuando cumpla íntegramente los requisitos de los artículos 488 del CPC o 422 del CGP, es decir, si la obligación allí contenida o integrada con otros escritos quedó estipulada en términos claros, expresos y exigibles.

⁸² Esta figura se erige en una ventaja para el deudor en la medida en que le permite seguir adelantando sus operaciones comerciales sin que ello implique mayor riesgo o afectación para su patrimonio, debido a que los bienes dados en garantía ya no hacen parte de este, por lo que, en el evento de que se incumpla la obligación, autoriza a la fiduciaria para vender los activos que integran el fideicomiso y pagar así los créditos debidos. Es más, en algunos casos y si las circunstancias lo permiten, puede proceder a entregar directamente los bienes a sus acreedores a título de dación en pago y, como si fuera poco, si tales bienes generan un flujo de caja, este se convierte en una de las fuentes de pago de la deuda.

El problema se presenta con los acuerdos de reorganización previstos en la Ley 1116 de 2006, porque los acreedores con garantías fiduciarias quedan sometidos a una suspensión de estas y durante el trámite concursal no reciben beneficios de ninguna índole.

⁸³ Hernández Villarreal, Gabriel. “Tratamiento procesal del pacto comisorio expreso previsto en el artículo 1937 del Código Civil Colombiano: ¿Una garantía inane?”. En: *Estudios sobre garantías reales y personales. Homenaje a Manuel Somarriva Undurraga*, 1ª ed. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario y Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2009, pp. 866-868.

solicitud al juez competente. El juez, sin notificación previa, decretará la entrega de plano y procederá a efectuarla dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes a la fecha del auto respectivo, el cual se notificará después de cumplida la entrega de la cosa pignorada a la caja.

A las anteriores, se suma otra forma de ejecución muy peculiar en la que no interviene ningún funcionario judicial o administrativo y que, además, se realiza sin ni siquiera tener que citar al deudor, y es la que surge del contrato de hospedaje que regulan los artículos 1192 y siguientes del Código de Comercio. En concreto, el artículo 1199 de esa obra permite que: “si el huésped no pagase su cuenta, el empresario podrá llevar los bienes (el equipaje del cliente) a un martillo autorizado para que sean enajenados en pública subasta y con su producto se le pague. El remanente líquido se depositará en un banco a disposición del cliente”.⁸⁴

4. En un plano mucho más procesal, también debería reducirse drásticamente la posibilidad de que el ejecutado alegara excepciones de mérito, limitando este derecho a la excepción de pago o a la de falsedad, y permitiéndole demostrar los hechos constitutivos de estas con una prueba documental o pericial, exclusivamente, de tal suerte que cualquier otro medio de defensa que quisiera invocar tuviera que hacerlo mediante el trámite de un proceso de conocimiento. Obviamente, y con el fin de evitar la suspensión por prejudicialidad, la apertura del ulterior proceso declarativo solo podría hacerse después de que hubiere culminado el ejecutivo y de que en este el demandado hubiere cumplido las condenas impuestas.⁸⁵

⁸⁴ En estos casos, más que un proceso como tal, lo que contempla la normatividad sustancial y procesal es un procedimiento ágil que permite obviar el proceso ejecutivo.

⁸⁵ Algo parecido, aunque con una desatinada regulación procesal y un caótico manejo del lenguaje, es lo que implementó la Ley 1676 de 2013 al establecer en el parágrafo del artículo 61 que: “Cualquier otro tipo de defensa o excepción propuesto en este trámite, recibirá el trámite previsto en el Código General del Proceso para el trámite declarativo, una vez adjudicado el bien en garantía o efectuada su realización, adjudicación o realización que no se verán afectadas por el resultado del trámite posterior. El juez civil competente dará un término de diez (10) días contados a partir de la adjudicación o realización, para que el acreedor garantizado presente sus consideraciones y aporte las pruebas que pretenda hacer valer”.

Al respecto, no me parece que la propuesta sea exótica o inusitadamente severa, no solo porque ya existe en otros países,⁸⁶ sino porque el artículo 225 del CGP, en su inciso segundo,⁸⁷ establece que:

Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión.

Para mitigar la drasticidad de esta propuesta y en desarrollo de una de las hipótesis que consagra el artículo anteriormente citado (como es la de que el pago no se pueda demostrar documentalmente en razón al poco valor de la obligación ejecutada), podría pensarse en un escalafón de créditos en el que, por ejemplo, si se trata de obligaciones que no superen los cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, se abra la posibilidad al demandado de probar el cumplimiento con cualquier medio, y, por el contrario, que si la prestación reclamada excede ese monto, entonces no se permita acreditar su solución, sino con el respectivo documento que dé cuenta de ello.

En últimas, este planteamiento recoge una de las máximas de la experiencia que surge de la cotidianidad de los negocios jurídicos, como es la de que en sus prácticas diarias, los deudores no suelen pagar sus obligaciones —cuando ellas involucran altos montos de dinero— sin exigir al acreedor que, por su parte, les expida el recibo de rigor. Por lo demás, hay procesos en los que no se pueden formular excepciones de ninguna clase, como ocurre en el ejecutivo del artículo 508 del CPC para el cobro de cauciones judiciales, y otros

⁸⁶ En Argentina, y en concreto en los artículos 544 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) y 542 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires (CPCCPBA), las defensas son taxativas y mayormente documentadas. Además se da la posibilidad tanto al ejecutante como al ejecutado, cualquiera fuere la sentencia que recaiga en el proceso ejecutivo, de promover un ordinario, pero una vez cumplidas las condenas impuestas. El proceso ordinario posterior está previsto en los artículos 553 del CPCCN y 551 del CPCCPBA, respectivamente, y también está consagrada esta opción en los códigos de procedimiento de las provincias de Córdoba (artículo 557); Mendoza (artículo 246); Santa Fe (artículo 483) y La Pampa (artículo 522).

⁸⁷ Esta norma reprodujo exactamente el mismo texto que sobre este asunto aparecía en el artículo 225 del CPC.

en los que el único medio de defensa es la excepción de pago, como sucede con el proceso por alimentos que en el numeral 5° del artículo 448 del CPC establece que “en las ejecuciones de que trata este artículo solo podrá proponerse la excepción de cumplimiento de la obligación”.

Ahora bien, a la par con las propuestas hechas en precedencia, también convendría hacer una recategorización de los procesos ejecutivos en función de los títulos que les sirvan de soporte, para que, de esa forma –y protegiendo los intereses de los deudores y, sobre todo, su legítimo derecho de defensa– hubiera varias clases de procesos ejecutivos según el tipo de documento que se adjuntara como base del recaudo. De ese modo, las relaciones entre las fases de *ejecución* y de *conocimiento* variarían de acuerdo con la mayor o menor *fehaciencia* de los títulos ejecutivos, lo que nos permitiría tener:

1.4.3.1. Procesos ejecutivos con títulos ejecutorios

Como en esos casos el título ejecutorio (sentencia o laudo declarativo de condena) incorpora un derecho que en verdad es cierto y no se trata de una mera presunción, la actividad ejecutiva será máxima y la fase cognoscitiva, si es que la hay, mínima.⁸⁸ Eso es apenas lógico porque en esos supuestos, el fundamento de su idoneidad para proceder coactivamente radica en la certidumbre de la existencia del derecho que de ellos resulta.⁸⁹

1.4.3.2. Procesos ejecutivos con títulos fehacientes

Ejemplos de ellos son los reconocimientos de obligaciones instrumentadas en una escritura pública o los que resultan de la confesión judicial. En estos supuestos debería haber mediana actividad ejecutiva y mediana actividad cognoscitiva, aunque la primera debería ser mayor que la segunda.

Lo que justifica que en estos eventos no haya una ejecución plena es el hecho de que toda confesión puede ser infirmada según los artículos 201 del CPC y 197 del CGP, respectivamente, y que el acto o declaración de voluntad

⁸⁸ Por ese motivo, los artículos 509, inciso 2° del CPC, y 442, numeral 2° del CGP limitan las excepciones de mérito y en general los medios de defensa que puede invocar un demandado cuando el título ejecutivo es una providencia de esta naturaleza. El citado artículo 442 del CGP extendió esa limitación al cobro de obligaciones contenidas en una conciliación o transacción aprobadas por quien ejerza la función jurisdiccional.

⁸⁹ Cfr. Alvarado y Meroi, *op. cit.*

expresado en la escritura pública podría estar afectado de algún vicio que incida en su eficacia o validez (artículos 1502, 1740 y ss. del Código Civil).

1.4.3.3. Procesos que se inician con títulos ejecutivos no fehacientes

En esas hipótesis, propias de los instrumentos negociables, documentos cambiarios y títulos fiscales, también podría haber un reparto entre la actividad ejecutiva y la cognoscitiva, siendo menor la primera que la segunda.

1.4.3.4. Procesos que se inician con títulos ejecutivos improprios

Estos títulos son, por ejemplo, aquellos que, contrario a lo que dice el artículo 488 del CPC y el 422 del CGP, no “proceden del deudor o de su causante”, sino que son creados directamente por quien funge luego como el acreedor o el representante de este, como sucede con lo establecido en el artículo 48 de la Ley 675 de 2001 que regula el cobro de los créditos provenientes de expensas comunes en el régimen de propiedad horizontal, en virtud del cual “el título ejecutivo contentivo de la obligación será solamente el certificado expedido por el administrador, sin ningún requisito ni procedimiento adicional”.

Ante semejante grado de incertidumbre, que desnaturaliza aquello de que el proceso ejecutivo es el que permite la reclamación por la vía judicial de derechos que ya son ciertos, la actividad ejecutiva tendrá que ser mínima, mientras que la actividad cognoscitiva deberá magnificarse.

1.5. El procedimiento monitorio

Los orígenes del procedimiento monitorio son hartos añejos, como quiera que se remontan al siglo XIII⁹⁰ cuando algunas de las ciudades italianas, ávidas de agilizar el tráfico mercantil y empeñadas además en no tener que someterse a un juicio plenario, concibieron un mecanismo que les permitiera procurarse un título de ejecución célere y eficaz. De esa forma, lograron una actuación que satisfacía sus intereses comerciales, en la medida en que no tenían que agotar previamente una fase cognitiva o de declaración. La figura se extendió

⁹⁰ Para quienes quieran profundizar acerca del origen del procedimiento monitorio, así como su aplicación en el derecho comparado y en Colombia, pueden consultar el libro de Nieva-Fenoll, Jordi; Rivera Morales, Rodrigo; Colmenares Uribe, Carlos y Correa Delcasso, Juan Pablo. *El procedimiento monitorio en América Latina. Pasado, presente y futuro*. Bogotá: Temis, 2013. En ese texto, Nieva-Fenoll escudriña los posibles antecedentes dispersos de este procedimiento, y se remonta al Edicto de Rotario promulgado en el año 643 y al derecho hebreo con la *Misheh Torah* de Moshé Ben Maimón (Maimónides).

luego al derecho germánico (siglos xiv y xv), y de allí pasó a otros diversos ordenamientos jurídicos.⁹¹

En Colombia, ya fue incorporado en el cgp, y en sus artículos del 419 al 421 le da el tratamiento de proceso monitorio al que puede acudir: “Quien pretenda el pago de una obligación en dinero, de naturaleza contractual, determinada y exigible, que sea de mínima cuantía”; deuda que se podrá acreditar con cualquier documento sin importar su forma o el soporte en donde se encuentre.

Incluso, y aun en el evento de que no se tenga un medio de prueba por escrito, ello no impedirá que el actor se valga de este trámite, pues en ese caso y teniendo en cuenta que Colombia optó por el modelo de proceso monitorio “puro”,⁹² al demandante le bastará con señalar dónde se encuentran los documentos o manifestar, bajo juramento, que se entiende prestado con la demanda, que no existen soportes documentales.⁹³

Cuando entren a regir estas normas, ante una obligación contenida en un escrito de esa naturaleza será factible tratar de lograr su solución o pago acudiendo al siguiente *iter* procedimental: el actor formulará demanda en la que junto con los requisitos formales y los anexos propios de esta clase de libelos “hará la manifestación clara y precisa de que el pago de la suma adeuda no depende del cumplimiento de una contraprestación a cargo del acreedor”,⁹⁴

⁹¹ Alemania, Austria, Francia e Italia ya lo tienen consagrado desde hace mucho tiempo; mientras que en el ámbito iberoamericano, se ha venido abriendo paso legislativamente en países como Portugal, Brasil, Uruguay, Venezuela y España. En este último, la Ley de Enjuiciamiento Civil N.º 1 del 7 de enero de 2000 lo incorporó en los artículos 812 a 818. En Argentina, su implementación legal la encontramos en el Código Procesal Civil de la provincia de La Pampa, vigente desde el 1º de abril de 2001.

⁹² Hay dos clases de procedimiento monitorio, que dependen de si se requiere acompañar o no documentación alguna y de si su trámite se desarrolla ante una autoridad administrativa o ante un juez exclusivamente. En Colombia, el monitorio es “puro” o “no documental” en la medida en que no es absolutamente indispensable adjuntar a la demanda el escrito contentivo de la obligación, y además el conocimiento de este asunto está atribuido de modo privativo en cabeza de un juez. En otros países, como Austria, Alemania y Portugal, el procedimiento se lleva a cabo en el ámbito administrativo y, por ende, sin necesidad de la intervención del juez. Por su lado, y además de Colombia, otros ordenamientos jurídicos como los de Italia, Venezuela, Brasil y España también optaron por conferirle un carácter jurisdiccional. Finalmente, en Austria coexisten los dos procedimientos monitorios: el “documental” y el “no documental”, cada uno con su propia forma de tramitación.

⁹³ Artículo 420, numeral 6, inciso 2º, del cgp.

⁹⁴ Es claro que el monitorio rompe esquemas que usualmente se manejan en el derecho procesal, y así sucede con este requisito en la medida en que no dice qué ocurre si “la prestación [sí] depende del

y después de eso, el juez ordenará requerir al deudor para que en un plazo de diez días realice el pago o comparezca y exponga por escrito las razones en que se basa para negar total o parcialmente la existencia de la deuda.

Si el requerido no paga, no comparece o no justifica su renuencia, se dictará sentencia en su contra que no admite recursos y que hará tránsito a cosa juzgada.⁹⁵ Con base en esa sentencia, se proseguirá luego la ejecución ante el mismo juez que la profirió, tal como está consignado en el artículo 335 del CPC, que corresponde al artículo 306 del comentado CGP.

Por el contrario, si tempestivamente el demandado concurre al despacho y fundamenta su negativa a pagar –y para ello “deberá aportar las pruebas en que sustenta su oposición–,⁹⁶ el asunto se resolverá entonces mediante el trámite de un proceso verbal sumario, lo que implicará que el mismo juez que venía conociendo de la causa ventilada como monitoria, dicte un auto en el que convoque las partes a la audiencia inicial y de instrucción y juzgamiento

cumplimiento de una contraprestación a cargo del acreedor”. Si nos rigiéramos por las reglas tradicionales –y este asunto se sale de ellas–, en principio el demandante tendría que probar que cumplió o se allanó a cumplir la obligación a su cargo, puesto que la simple negación o afirmación que haga el accionante de una circunstancia que no es *indefinida* sino definida, sí tendría que ser probada o cuando menos venir acompañada del ofrecimiento de prueba en ese sentido. Al respecto, Devis Echandía nos recuerda que “las únicas negaciones que no exigen prueba son las sustanciales (indefinidas, que por ende no implican ninguna afirmación opuesta, indirecta o implícitamente) y las formales indefinidas de hecho, por la imposibilidad de suministrarla en razón de su carácter indefinido y no de la negación misma; las demás negociaciones se prueban demostrando el hecho positivo contrario [...] y por ende este motivo tanto el demandante, cuando base en ellos sus pretensiones, como el demandado, cuando las alegue para sus excepciones, están sujetos a la carga de probarlas”. Cfr. Devis Echandía, Hernando. *Compendio de derecho procesal*, Pruebas Judiciales, t. II, 1ª ed. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, 1994, p. 65.

⁹⁵ Es discutible que esa sentencia monitoria quede pasada en autoridad de cosa juzgada material. En mi concepto, debería serlo pero solo desde el punto de vista formal, habida consideración de que se expide dentro de un exíguo marco cognoscitivo, mucho más restringido que en el del proceso ejecutivo. De hecho, en este último y ante el silencio del demandado, lo que se expide es un auto (el del artículo 507 del CPC o 440 del CGP), proveído frente al que afirmo que no hace tránsito a cosa juzgada material en razón a que ese carácter solo se lo otorga el artículo 512 del CPC (artículo 443, numeral 5, del CGP) a la sentencia que decide sobre las excepciones de mérito. Para una mejor ilustración sobre este punto consultar a Hernández Villarreal, Gabriel, “La sentencia en el proceso ejecutivo.” En: *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Librería Ediciones del Profesional Limitada, N° 31, Bogotá, 2005, pp. 35-69.

⁹⁶ Artículo 421, inciso 4, del CGP. De ese texto se desprende un caso de inversión de la prueba, que no tiene nada de especial si se tratara de un proceso ejecutivo en el que el demandado es el que tiene que desvirtuar la presunción de que el derecho que alega el demandante es cierto, pero que no es usual en el marco de los procesos declarativos, y el monitorio tiene este último carácter.

de que trata el artículo 392 del CGP, previo traslado al demandante por cinco (5) días para que este pida pruebas adicionales.

Expuesta sucintamente, en principio la anterior estructura no reviste ninguna complejidad. Sin embargo, una lectura un poco más detallada sí da pie para que surjan, cuando menos, estos interrogantes:

1. ¿En qué momento se entiende que culminó el procedimiento monitorio como resultado de la oposición del requerido: cuando este expone de manera fundada las razones de su renuencia a pagar o solo después de que el juez convoca a la audiencia del citado artículo 392 del CGP?
2. Si, como lo permite el párrafo del artículo 421 de la Ley 1564 de 2012 “en este proceso [...] podrán practicarse las medidas cautelares previstas para los demás procesos declarativos”, ¿debemos entender que tales cautelas son viables en el trámite de la actuación monitoria propiamente dicha, o que la norma se está refiriendo es al proceso verbal sumario que surge como consecuencia de la oposición del demandado?
3. No hay simetría entre las exigencias que debe cumplir el pretendiente en el marco de un proceso declarativo para que le decreten medidas cautelares y el hecho de que estas también se abran paso en desarrollo del procedimiento monitorio, sobre todo si se tiene en cuenta que en este se parte de las simples afirmaciones o negaciones que hace el demandante, pues ni siquiera está obligado a aportar con la demanda los documentos de la obligación contractual que dice ser adeudada.
4. A menos que se pidan con base en el concepto de la medida cautelar genérica o innominada que establece el artículo 590 literal c) del CGP, en los demás casos esa previsión terminará siendo inane puesto que, por la clase de controversias que se evacuan por la vía del monitorio, no se dan los presupuestos para que se decreten las medidas cautelares de inscripción de la demanda o de secuestro autónomo de bienes, como quiera que la pretensión que allí se discute no versa sobre dominio u otro derecho real principal.
5. Siendo así, sería de recibo solicitar y lograr que se decrete como medida cautelar la de la inscripción de la demanda, pero solo en caso de que el demandante acumulara una pretensión de condena inherente

al pago de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, de acuerdo con lo contemplado en el artículo 590 literal b) del CGP. No obstante, y si así fuera, la parte actora tendría que estimar razonadamente y bajo juramento el monto de los perjuicios reclamados, prestar caución para que se accediera a la cautela que pretende y, en vista de que el artículo 206 del CGP le concede al demandado la posibilidad de que objete la estimación de los perjuicios, el procedimiento monitorio, que por esencia debe ser expedito, entraría en una doble fase que, por un lado, es de hondo y dispendioso calado declarativo y, del otro, y lo que es más importante aún, no está prevista en el trámite del artículo 421 del CGP.

Ahora bien, con abstracción de esas vicisitudes, lo cierto es que el debate referido al instituto monitorio se centra en conocer si él tiene la entidad suficiente para consolidarse como un aporte efectivo a la administración de justicia, o si, por el contrario, no solo menoscaba la seguridad jurídica, sino que además se inmiscuye en los dominios del proceso ejecutivo, con el riesgo de que pueda llegar a derrocarlo inapropiadamente.⁹⁷

En efecto, y si se mira bien, el trámite de lo monitorio es muy similar a lo que sucede en un proceso ejecutivo en el que el demandado no se resiste a la pretensión del actor, ya que en uno y otro supuesto se dicta una providencia judicial que apareja ejecución: en el primero es una sentencia y en el segundo es un auto. Las diferencias de fondo son que el objeto del monitorio es crear el título ejecutivo⁹⁸ a partir de una forma especial de procedimiento (que no proceso) cognitivo sumamente expedito, en tanto que en el ejecutivo propiamente dicho, la demanda con que se inicia ese proceso ya debe ir acompañada del documento al que la ley le da el alcance de título ejecutivo. En otras palabras, mientras que con el trámite monitorio se busca la constitución o creación del título (solo que sin tener que agotar un dispendioso proceso de cognición),

⁹⁷ Calvino, Gustavo. "Debido proceso y procedimiento monitorio". En: *Derecho Procesal Contemporáneo*, 1ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 124.

⁹⁸ Con mayor exactitud y para ser coherente con lo expuesto en el acápite anterior acerca de las distintas clases de títulos, en virtud del procedimiento monitorio lo que se busca obtener es un título ejecutivo (la sentencia).

en los procesos ejecutivos el derecho que ampara al ejecutante viene al juicio predeclarado y presumido por la ley.

Empero, aunque el proceso ejecutivo sí tiene ese verdadero carácter en la medida en que él contempla la serie procedimental que integran las etapas de afirmación-negación-confirmación-evaluación, lo monitorio no es sino un procedimiento⁹⁹ en el que con el fin de resguardar el derecho de defensa del presunto deudor, se invierte la carga del contradictorio otorgándosele la iniciativa.¹⁰⁰ Ello significa que en lo monitorio, y a través de un auto, el juez expide un requerimiento que puede llegar a constituir cosa juzgada en contra de la parte requerida, y que esta, para materializar su derecho de defensa, debe provocar siempre la apertura de un ulterior proceso (el verbal sumario), que es el que le permite acceder a la defensa real de sus intereses.

Es decir, la única manera para corregir las falencias que emergen del susodicho procedimiento es que haya una inversión del contradictorio provocada por el demandado. No obstante, tal inversión se realiza por fuera del trámite monitorio, pues, precisamente y como resultado de la actividad asumida por el extremo pasivo, ese procedimiento habrá finalizado y lo que se impone es entrar a discutir la cuestión en un posterior proceso verbal. Además, no hay que olvidar que el objeto del procedimiento monitorio no es, como sí sucede en un verdadero proceso, resolver heterocompositivamente un litigio, sino crear un título que posibilite la ejecución.¹⁰¹

En fin, no hay duda de que el procedimiento monitorio descomprime la tensión en lo que tiene que ver con los títulos ejecutivos susceptibles de cobrarse coactivamente, puesto que además de facilitar su consecución al dotar de ese carácter a documentos que en principio no incorporan una obligación clara, expresa y exigible, contenida en un documento que provenga del deudor y haga plena prueba en su contra; también permite que, ante el silencio del demandado y una vez obtenido el título executorio sentencia, esta sea ejecutada a continuación del fallo y ante el mismo juez que la profirió.

En este sentido, es claro que frente a pequeñas causas pecuniarias que no suelen quedar instrumentadas con las formalidades que exigen los artículos

⁹⁹ En Italia ese procedimiento está en el artículo 633 del CPC y se llama, precisamente, así: *procedimento d'ingiunzione*, el cual se utiliza para el cobro de algunas deudas que carecen de ejecutividad.

¹⁰⁰ Calvino, *op. cit.*, p. 124.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 130.

488 del CPC y 422 del CGP para que adquieran la connotación de título ejecutivo, el procedimiento monitorio constituye todo un avance impactado por la economía, que facilita el tráfico comercial y de servicios en la medida en que obvia el tener que acudir o a preconstituir el título mediante el interrogatorio de parte como prueba anticipada, o a tramitar un dilatado proceso de conocimiento instaurado con el propósito de lograr que se declare la celebración del respectivo negocio jurídico (un contrato de compraventa o una prestación de servicios), y a partir de ahí, sí iniciar la ejecución judicial.

Por tanto, las observaciones planteadas en este acápite no tenían como finalidad desestimar los innegables atributos de sencillez y celeridad anejos a lo monitorio, los cuales, a su vez, repercuten positivamente en la recuperación de créditos como los mencionados, sino dejar sentada mi posición en cuanto a que desde una lectura procesal dicho trámite participa más de la naturaleza de un procedimiento y no de un proceso, junto con las inquietudes ya evidenciadas y el hecho de que este roza algunos linderos del proceso ejecutivo; no se caracteriza por privilegiar la seguridad jurídica y, la sentencia que allí se dicta, al hacer tránsito a cosa juzgada, puede terminar conculcando acendradas garantías conferidas en favor de los demandados.

Capítulo II

Análisis económico del proceso judicial

Sumario

2.1. Introito. 2.2. Antecedentes del análisis económico del derecho. 2.3. Análisis económico del derecho. 2.3.1. Escuela tradicional y aporte de Richard Posner. 2.3.2. La escuela neoinstitucional. 2.3.3. Las acciones de no mercado (y el *public choice*). 2.4. Estudio de una institución jurídica desde el análisis económico del derecho: la responsabilidad civil extracontractual. 2.5. Análisis económico del derecho del proceso legal. 2.5.1. Los costos del proceso judicial. 2.5.2. Implicaciones de la adopción del sistema “el perdedor paga todo” o “cada parte paga lo suyo”. 2.5.3. Factores subjetivos que influyen en la decisión de interponer o no una demanda. 2.5.4. Costos de agencia. 2.5.5. Mora judicial. 2.6. Análisis económico del derecho del proceso ejecutivo. 2.6.1. Manejo de los procesos ejecutivos por parte de las instituciones financieras. 2.6.1.1. Tasa de interés de colocación.

2.1. Introito

La economía es, según Lionel Robbins, economista británico, la ciencia que estudia la conducta humana como una relación entre fines y medios escasos que tienen usos alternativos.¹ De la definición de Robbins, tomada como el concepto clásico de la economía, se puede resaltar la característica más importante que parece otorgarle este autor: *el análisis conductual*. Al respecto, es apenas lógico que, para poder alcanzar su objetivo principal de análisis de los sistemas de mercado, la economía se vea obligada a estudiar, como primera

¹ “Economics, we have seen, is concerned with that aspect of behaviour which arises from the scarcity of means to achieve given ends”. Robbins, Lionel. *Essay on The Nature and Significance of Economic Science*. Londres: Macmillan & co, 2nd ed., 1945, p. 24.

medida, el comportamiento del individuo dentro del mercado y sus reacciones en este, como sucede, por ejemplo, ante el alza en el precio de un producto deseado o frente la escasez de un servicio demandado. A pesar de que la teoría del *behavioral economics*² no fue desarrollada como rama específica e independiente de esta ciencia antes de la década de 1960, resulta bastante complejo separar el objeto de estudio de la economía de la conducta del individuo como agente de mercado.

En vista de lo anterior, la necesidad de comprender el comportamiento del individuo como actor en un campo determinado hace posible equiparar la economía con el derecho, pues para nadie resulta extraño que el derecho requiere del análisis del individuo para determinar qué norma es o no adecuada en un sistema normativo, o la eficiencia de una regla expedida para restringir o, incluso, ampliar la conducta de una persona en un aspecto determinado. A pesar de que no exista un reconocimiento expreso de su parte, las leyes han hecho uso de un sistema de estímulos y restricciones respecto de ciertas conductas que los ordenamientos quieren promover o prevenir, según el caso.

En ese sentido, el legislador, como agente activo del derecho, necesita conocer, aunque sea superficialmente, el actuar del individuo y sus tendencias como agente social para poder desarrollar una política adecuada y persuadir así a las personas a obrar bajo parámetros que considere convenientes, imponiendo sanciones estrictas a aquellas conductas que, en su criterio, sean nocivas para los fines del Estado o que puedan atentar contra la generalidad del colectivo social, y ofreciendo beneficios que estimulen al individuo a incrementar su preferencia respecto de las conductas que el órgano legislativo considera favorables para la sociedad.

Con todo, la relación entre el derecho y la economía va más allá de su importancia como ciencias conductuales, ya que es innegable que entre estas dos disciplinas existe una relación de influencia mutua que, en muchas ocasiones, resulta determinante para el desarrollo individual de cada una.

² La teoría del *behavioral economics*, o *economía conductual*, es una rama de la economía que, ayudada por la psicología, intenta explicar los comportamientos del individuo dentro del mercado, partiendo de que el individuo es un ser racional que intentará velar por sus propios intereses, y que el mercado es ineficiente. Al respecto, cfr. Fehr, Ernst. "Why Social Preferences Matter. The Impact of Non-Selfish Motives on Competition, Cooperation and Incentives". En: *Economic Journal de la Royal Economic Society*, vol. 112, 2002, pp. C1-C33; Camerer, C., Loewenstern, G., and Rabin, M. *Advances in Behaviorale Economics*. New Jersey: Ed. Princeton University Press y Rusell Sage Foundation, 2004.

Un buen ejemplo que ilustra este aserto de la influencia del derecho sobre la economía es el de la regulación de los mercados, debido a que una legislación muy estricta en esta materia desestimula la actividad económica, pues un mayor número de exigencias legales incrementan los costos de un determinado bien o servicio, en comparación con la influencia que ejercería una legislación más permisiva. Así, pues, la regulación legal del mercado determinará las actividades económicas principales de un país, las más rentables o aquellas que por su importancia para el Estado merecen tener un tratamiento preferencial, con miras a la consecución de una determinada finalidad social.³

De manera correlativa, la influencia, ya no del derecho sobre la economía, sino de esta sobre aquel, la advertimos, verbigracia, en situaciones en las que si el Estado está considerando la necesidad de estimular una industria determinada, el legislador puede verse motivado a efectuar reformas en el sistema de tributación, con el fin de brindar un beneficio que incentive a los agentes del mercado para que realicen la actividad económica en cuestión.

En suma, y como se expondrá a continuación, aunque durante muchos años el estudio de las instituciones jurídicas no tuvo en cuenta el impacto económico que la implementación de aquellas generaba sobre los distintos sectores del conglomerado social, desde la segunda mitad del siglo xx se empezó a desarrollar una escuela de pensamiento jurídico dedicada al estudio sistemático de las implicaciones económicas ocasionadas por algunas de las principales instituciones del derecho, lo que se ha visto reflejado en los contratos, el derecho penal y el proceso legal, aspecto sobre el que versará gran parte de este análisis.

³ Piénsese, por ejemplo, en la medida adoptada por el legislador colombiano a través de la Ley 1111 de 2006, por medio de la cual se estableció una exención al impuesto al valor agregado (IVA) para la compra de computadores personales, con el objeto de promover la masificación de estos dispositivos electrónicos. De esta manera, las instituciones jurídicas crean un efecto económico que afecta la relación de oferta y demanda de determinados bienes de consumo. A ello, además hay que agregarle que con propuestas como la del procedimiento monitorio se dota de mayor tráfico comercial a este tipo de negociaciones, en la medida en que los documentos que se expidan en torno a ellos y frente al eventual incumplimiento de los compradores, pueden dar paso a un reclamo por la vía judicial que mediante un trámite expedito terminará en la obtención de un título ejecutivo para cuya consecución antes había que agotar una enrevesada actuación.

2.2. Antecedentes del análisis económico del derecho

A lo largo de los siglos, la relación entre el derecho y la economía ha sido objeto de estudio desde diversos puntos de vista. En la Grecia antigua, los filósofos se referían a la justicia de los precios y de los intercambios en general, al punto de que para Aristóteles, la obtención de ganancias en los intercambios era inmoral e injusta. Siglos más tarde, Santo Tomás también se enfocó en la justicia de estos actos económicos, y los escolásticos tuvieron una incidencia directa sobre el desarrollo de la ciencia de la economía, pues en sus análisis, en torno a la justicia de los intercambios económicos, estudiaron la forma de establecimiento de los precios, la imposición de las tasas de interés, etc. De este modo, estos estudios contribuyeron a precisar nociones vigentes hoy en día, como aquellas de que el precio justo debía tener relación con el costo de la producción del bien, y la importancia de manejar científicamente conceptos como los de la *oferta* y la *demanda*.

Dentro de ese contexto, los primeros acercamientos entre estas ciencias sociales estaban dirigidos a analizar la justicia de las relaciones económicas.⁴ De otro lado, uno de los principales antecedentes sobre la aplicación de conceptos económicos en las instituciones jurídicas se presentó en la obra de Cesar Beccaria, quien en su libro *De los delitos y las penas* aplicó diversas fórmulas matemáticas para evaluar la efectividad de las leyes. Los importantes aportes conceptuales de Beccaria tienen por principio que las leyes deben estar destinadas a causar la mayor felicidad al mayor número. Para ello, el legislador no puede actuar fundamentado en las pasiones del momento, sino que debe prever las situaciones que causen malestar social y regularlas. Las leyes destinadas a restringir el número de delitos (hasta llevarlos a 0) deben partir de una proporcionalidad entre el delito cometido y la pena establecida, la cual debe medirse por el daño que se causó a la sociedad con ese actuar, y no por la intención que se tuvo al hacerlo. El fin de las penas no debe ser entonces castigar con crueldad la comisión de un delito, sino impedir que este vuelva a

⁴ Al respecto, cfr. Claeys, Eric R. *Virtue Rights in American Property Law*. George Mason University Law and Economics Research Paper Series. Acerca de la importancia de la visión aristotélica de la economía y los derechos de propiedad, se puede consultar la obra de Posner, Richard. *Maximización de la riqueza y Tort Law*. Disponible en Internet: <http://www.eumed.net/coursecon/textos/posner-tort.pdf>. También fue publicada en Owen, David G. (Ed.). *Wealth Maximization And Tort Law: A Philosophical Inquiry*. Oxford: Clarendon Press, 1996.

ser cometido y, además, disuadir al delincuente para que no incurra en comportamientos irregulares.

Bajo esa visión, las leyes y las sanciones impuestas deben ser proporcionadas y eficaces, de tal suerte que no resulte necesario acudir a castigos crueles, puesto que para que una pena sea efectiva, debe representarle al que pretende violarla un costo mayor al beneficio que va a obtener de actuar en contravención a ella.⁵

Por su parte, el teórico inglés Adam Smith también influyó notablemente en el desarrollo del análisis económico del derecho, a través de sus postulados en los que describía la relación entre el derecho y la economía. En efecto, en el *Ensayo sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*, Smith realiza un estudio sobre la economía basado en los principales actores del mercado: el empleador, el trabajador, el consumidor y el Estado, y de allí extrae su difundida teoría acerca del *laissez-faire*, en virtud de la cual el mercado y los procesos económicos que en él se reflejan deben seguir su propio curso sin que exista intervención por parte del Estado, pues, aunque el ser humano es esencialmente egoísta, cuando intenta lograr un beneficio para sí mismo, sin saberlo, está persiguiendo un beneficio para toda la sociedad.

Sobre este punto, Paz-Ares, comentado por Díez-Picazo, sostiene que no solo se trata de analizar de manera interdisciplinaria el conjunto de interrelaciones que existen o pueden existir entre el derecho y la economía, sino de construir, explicar e interpretar las normas jurídicas de forma que los postulados de las leyes económicas se puedan cumplir mejor. En este sentido, según Paz-Ares, no se puede poner en duda la relación existente entre el llamado análisis económico del derecho y la teorización de los economistas neoliberales, pues se trata de un movimiento que busca recuperar la vieja idea del *laissez-faire laissez-passer*.⁶

⁵ El autor Antonio José Núñez Trujillo en su libro *Introducción y principios fundamentales del análisis económico de la ley*, aplica la fórmula matemática necesaria para determinar la efectividad de una pena, según la teoría de Beccaria: “El valor esperado del delito es el ‘bien’ perseguido por delincuente (sic), multiplicado por la probabilidad de que dicho bien se obtenga, (o, lo que es lo mismo, el valor absoluto del ‘bien’ perseguido, menos la posibilidad de no obtenerse). Acto seguido, debe tomarse el ‘mal’ de la pena prevista y multiplicarse por la probabilidad de que la pena resulte impuesta (la infalibilidad de la pena). Si el valor resultante es mayor al primero, entonces la pena prevista consigue su objeto”. Núñez Trujillo, Antonio José. *Introducción y principios fundamentales del análisis económico de la ley*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 5.

⁶ Díez-Picazo, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1ª ed., 1999, p. 203.

Más allá de las implicaciones económicas de su obra, Smith presenta un estudio sobre la relación entre la regulación estatal de los mercados y el desarrollo del mercado mismo. Según este autor, la mayor o menor presencia de un producto o una actividad económica en un mercado es consecuencia directa, además de la escasez o abundancia del producto, de la intervención del Estado a través de las restricciones que imponga y de su política de fomento a ciertas actividades.⁷

Años más tarde, el inglés Jeremy Bentham realizó otra contribución al estudio de la relación entre economía y derecho, al analizar el comportamiento de los individuos en su libro *Introducción a los principios de la moral y la legislación*. La obra de Bentham trajo consigo un gran aporte al desarrollo del estudio económico y, pese a que en un principio él optaba, al igual que Smith, por un mínimo control estatal sobre el mercado (posición reflejada en su libro *Defensa de la usura*), posteriormente defendió el intervencionismo del Estado, sobre todo para garantizar el empleo.

El principal aporte de Bentham es el del *utilitarismo* que, aunque suele ser visto como una teoría filosófica, en realidad fue de gran importancia para la economía. En los términos de su expositor, todos los actos humanos deben ser medidos de acuerdo con los efectos que puedan producir sobre la felicidad de quien los realiza y sobre la felicidad de los demás. Solo de este modo se podrá determinar si un acto es bueno o malo. Así, un castigo, malo en sí mismo, será bueno si está destinado a reprimir una acción peor.⁸

A pesar de que el utilitarismo de Bentham tuvo gran influencia teórica en el desarrollo de la ciencia económica, en la práctica resulta imposible medir la utilidad del actuar económico de todos los individuos, teniendo en cuenta que cada persona tiene preferencias, gastos e ingresos distintos, factores que fueron reconocidos por el propio autor años después de la publicación de su obra. Sin embargo, el utilitarismo –y la concepción que presenta del actuar humano– fue de gran trascendencia para el análisis de la relación existente entre el derecho y la economía; ayudó a esta última a alejarse de las conse-

⁷ Smith, Adam. "An Inquiry into the Causes and Nature of the Wealth of Nations". En: *Libro IV: Of the Systems of Political Economics*. Hamburgo: Management Laboratory Press, 2008. También puede cfr. Posner, Richard. "Some Uses and Abuses of Law in Economics". En: *University of Chicago Law Review*, vol. 46, N.º. 2, invierno de 1979.

⁸ Bentham, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Capítulo xiv: Of the Proportion between Punishments and Offences. Kitchener: Batoche Books, 2002.

cuencias sobre el mercado explícito (estudio propio de Smith) y analizó los efectos económicos que tienen las acciones no comerciales, esto es, aquellas que generan efectos jurídicos, pero que no se enmarcan dentro de una transacción comercial, como sucede, por ejemplo, con el delito.

Según esta apreciación, las elecciones humanas siempre podrán analizarse desde un contexto económico. La ley tiene como objeto regular el actuar humano y eliminar la posibilidad de que se cometan actos perjudiciales para la sociedad, pero será el hombre el que elegirá si desea cometer un acto perjudicial con el fin de lograr algún objetivo propio. Por su parte, será la ley, con la gravedad de su castigo, la que deberá convencerlo de cometer el acto que sea menos gravoso, es decir, el que lo lleve a lograr un castigo más “barato” o, en términos del utilitarismo, que le represente el menor dolor (a diferencia de lo expuesto por Cesar Beccaria, para quien, como se mencionó, la ley tiene por objeto disuadir al individuo para evitar que cometa actos delictivos). Para lograr esto, el legislador deberá presentar al hombre un castigo (dolor) que supere el beneficio (placer) que obtendría con el actuar irregular. En síntesis, la relación entre el “placer” que puede producir una ofensa debe ser directamente proporcional al “dolor” que cause su castigo, de manera que el legislador elimine el atractivo del beneficio a obtener con el alto precio a pagar.

2.3. El análisis económico del derecho

El objeto del análisis económico del derecho consiste en estudiar los efectos económicos producidos por la ley y demás instituciones jurídicas para determinar la eficiencia y la necesidad de ciertas regulaciones. Dicho objeto se puede ver desde dos formas: 1) por un lado, si el análisis se encuentra inclinado hacia la economía, se estarán estudiando los efectos que tiene la legislación y la regulación de los mercados sobre su funcionamiento y la incidencia en el actuar de sus agentes, y, 2) por el otro, también es factible verlo como la eficiencia, en términos económicos, que puede llegar a tener una regulación y la búsqueda de esta en el sistema jurídico, aplicando la teoría y los métodos económicos. En otras palabras, el análisis económico del derecho consiste en “la aplicación de la teoría económica y los métodos econométricos para

examinar la formación, estructura, procesos e influencias de la ley y de las instituciones jurídicas”.⁹

Desde la perspectiva del análisis económico del derecho, las leyes se empiezan a medir con base en un análisis de la relación costo-beneficio, de tal modo que su eficiencia se convierte en una permanente preocupación. El planteamiento del análisis económico del derecho –como escuela de pensamiento jurídico independiente– surge en la Escuela de Chicago, y se ha desarrollado en tres vertientes: la escuela tradicional; la escuela neoinstitucional, y el análisis de las acciones de no mercado y el *public choice* o la elección pública.

2.3.1. Escuela tradicional y aporte de Richard Posner

El análisis económico del derecho tuvo su origen en la década de 1950, en la Facultad de Economía de la Universidad de Chicago, a la que pertenecían académicos como Ronald Coase, Milton Friedman, Gary Becker¹⁰ y Richard Posner, quienes además se encontraban vinculados a la Facultad de Derecho de la misma universidad. Estos autores conformaron la que sería conocida como la Escuela de Chicago, cuyas publicaciones más relevantes son: *El costo de los accidentes: un análisis económico y legal*, de Guido Calabresi;¹¹ *El problema del costo social*, de Ronald Coase,¹² y *Crimen y castigo: un acercamiento económico*, de

⁹ Roemer, Andrés. *Introducción al análisis económico del derecho*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica de México, 1994, pp. 5-6.

¹⁰ Todos ellos fueron ganadores del premio Nobel de Economía: Coase lo recibió en 1991, por su estudio sobre los costos de transacción, los derechos de propiedad y los efectos que tenían sobre la estructura institucional y el funcionamiento de la economía; Friedman lo recibió en 1976, por sus estudios sobre la teoría monetaria y la política de estabilización; Becker lo recibió en 1992, por llevar a cabo el estudio de la microeconomía a comportamientos de no mercado.

¹¹ Cfr. Mercado Pacheco, Pedro. *El análisis económico del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 27, lo que define al análisis económico del derecho es la aplicación de la teoría económica en la explicación del derecho, y ese análisis tuvo su origen en dos trabajos aparecidos a comienzos de los años sesenta: uno de un economista, Ronald H. Coase, y otro de un jurista, Guido Calabresi.

¹² El teorema de Coase, uno de los conceptos fundamentales del análisis económico del derecho, establece que si un derecho de propiedad es susceptible de ser transferido a un costo transaccional bajo o, incluso, a un costo cero, este, por fuerza, deberá terminar en manos de aquel que más lo valore. Las normas de asignación, que en un principio afectan los costos transaccionales, no tendrán relevancia una vez se haya alcanzado el punto de eficacia. Expresado en términos más didácticos, el teorema de Coase se condensa en estas dos fórmulas: 1) si los costos de transacción son iguales a cero, no importa la solución legal que se adopte, pues siempre las partes, a través de acuerdos voluntarios entre ellas, llegarán a la solución más eficiente, y 2) si los costos de transacción son significativamente superiores a cero, sí

Gary Becker.¹³ En particular, estas tres obras son consideradas como pilares fundamentales en la evolución del análisis económico del derecho.

En cuanto al aporte de Richard Posner,¹⁴ él habla de dos desarrollos distintos del análisis económico del derecho: el primero, que estudia los efectos económicos de las leyes de los mercados, siguiendo los estudios de A. Smith, y el segundo, que estudia los efectos económicos de las leyes que regulan las actividades de no mercado, como el costo de un divorcio o de un accidente, en los que tienen incidencia las propuestas de J. Bentham.

De acuerdo con las tesis de Posner, existen dos formas de acercarse a la economía: a través de la economía positiva o con fundamento en la economía normativa. La economía positiva se refiere al análisis de los hechos económicos, tal y como se presentan, lo que en conjunto con el análisis histórico de esos hechos ayudará a establecer qué podría pasar en el mercado en un determinado momento; por su lado, la economía normativa parte de la economía positiva, y plantea valoraciones acerca de cómo deberían presentarse dichos hechos, es decir, efectuando recomendaciones respecto de las políticas de cambio que deberían implantarse para obtener un resultado económico determinado.

Posner toma estos dos métodos y los aplica al análisis económico del derecho. En el enfoque positivo, el autor se refiere al estudio del comportamiento social regulado por la legislación, y cómo los individuos responden a los límites que el sistema les impone. En este punto, afirma que las leyes establecen unos precios a determinadas conductas y que la reacción que tiene un individuo ante estos puede compararse con la que tiene un consumidor frente al precio de un determinado bien o servicio. En el enfoque normativo se harán recomendaciones políticas para aplicar al sistema y, de esta forma, lograr parámetros de eficiencia.

interviene la regla general que se adopta para llegar a una solución más eficiente. Así, las leyes terminan no teniendo importancia alguna en el esquema de Coase.

¹³ El autor propone la tesis de que el castigo que se le impone a un delito es el precio que el delincuente deberá pagar por su comisión. Al aumentar el precio del delito, se desestimulará a las personas dispuestas a cometerlo.

¹⁴ Economista y abogado norteamericano, magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Fue profesor de la Universidad de Chicago entre 1969 y 1981. Fundador del *Journal of Legal Studies*. Autor del *Economic Analysis of Law*, 1973, obra en la que analiza las instituciones del sistema jurídico anglosajón desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Uno de los aportes más importantes de Posner al análisis económico del derecho (que, a su vez, lo convirtió en uno de los líderes de esta escuela) fue el estudio que hizo sobre las virtudes del derecho consuetudinario, en términos de eficiencia, frente al sistema de derecho continental. Según él, el *common law* promueve la eficiencia, pues sus jueces, al no estar estrictamente sujetos a la regulación taxativa establecida por una codificación, tienen mayor oportunidad de fallar de acuerdo con la maximización de la satisfacción, y por tanto sus resultados son más eficientes. Para Posner, la generalidad de las legislaciones debería permitir a los jueces fallar con un criterio económico para aumentar la efectividad de sus sentencias.¹⁵

Por otra parte, y en lo que concierne a su método de estudio, el empleado por la escuela tradicional consiste en el análisis del comportamiento del hombre frente a la legislación y los efectos restrictivos o permisivos que esta persigue. Así, bajo esta posición, se asume que como *egoísta racional* que es, el hombre siempre actuará en pro de sus intereses y evitará los perjuicios. De esta forma, estudiando la conducta del individuo se puede observar si, ante un cambio legislativo, la persona cambiará su modo de actuar para evitar los costos que le representa la nueva legislación, y en consecuencia obtener alguna utilidad de ella. Esto demuestra que el análisis del costo-beneficio es fundamental para esta escuela, factor que ha sido adoptado por las demás vertientes del análisis económico del derecho como objeto de estudio de las repercusiones económicas de ciertas figuras jurídicas.

Adicionalmente, y en consonancia con la mencionada noción del hombre como egoísta racional, esta escuela también sostiene que en el proceso de elaboración de las leyes el legislador debe analizar todos los factores que puedan verse afectados por una ley nueva, de manera que pueda obtenerse su mayor *eficiencia*.¹⁶

¹⁵ Posner, Richard. "Some Uses and Abuses of Law in Economics". En: *The University of Chicago Law Review*, vol. 46, N°. 2, invierno de 1979.

¹⁶ Para Cooter, hay que encontrar algún concepto, principio o criterio regulativo entre las diversas decisiones políticas sobre lo correcto y lo incorrecto en cuanto a la asignación de derechos, obligaciones, deberes, responsabilidades, etc., y es claro que al análisis económico del derecho no le corresponde ofrecer algún criterio de solución. Por ende, de lo que se trata es de encontrar ese concepto o principio que sea lo suficientemente neutral a cualquier consideración axiológica, y él lo halla en la noción de eficiencia y en concreto en el principio de *eficiencia Pareto*. Cfr. Cooter, Robert. "The Best Right Laws: Value Foundations of the Economic Analysis of Law". En: *Notre Dame Law Review*, vol. 64, 1989, pp. 817-837.

Ahora bien, para determinar la eficiencia de una norma, la escuela tradicional del análisis económico del derecho hace uso de dos nociones económicas: la *superioridad de Pareto* y la *eficiencia de Kaldor-Hicks*. La superioridad de Pareto se refiere al máximo aprovechamiento de los bienes y los servicios, de forma tal que cuando estos hayan sido asignados a la totalidad de la población, ninguna persona podrá considerarse en desventaja o preferir el estado de cosas anterior, pues en esos casos la asignación se consideraría ineficiente. Por su parte, la eficiencia de Kaldor-Hicks, menos rigurosa que la teoría paretiana, establece que la asignación de los recursos será eficiente si con ella el número de ganadores compensa al de perdedores.

Por supuesto que es posible ajustar estas eficiencias al análisis del derecho, valiéndonos para el efecto de la siguiente presentación: la superioridad de Pareto establece que un estado de cosas A es superior a un estado de cosas B, si nadie prefiere B sobre A y, por lo menos, una persona prefiere A sobre B. En términos legislativos, una regulación X es preferible al cambio de regulación Y, si al hacer el cambio algún individuo empeora su situación, y el grupo prefiere la regulación X sobre la regulación Y. El estándar de Pareto implica, entonces, que la eficiencia debe medirse por (1) el grado de felicidad que genere, y (2) porque no deje ningún perdedor. En tal virtud, una legislación que aumente el valor del tributo sobre la renta claramente es menos eficiente que la legislación que establecía un valor menor, pues habrá personas que se verán afectadas negativamente por la imposición mayor. Una forma de evitar los efectos nocivos de una legislación es ofrecer un sistema de compensación a las personas cuya situación resulta desmejorada por los efectos negativos de una ley.

Sobre este particular, y en relación con la mencionada eficiencia, otra forma de presentar el principio de eficiencia de Pareto, según Vázquez –quien, a su vez, sigue a Cooter–, consiste en afirmar que

[...] una situación S (una cierta asignación de recursos), es *superior* a otra situación S' si al menos una persona está mejor y ninguna está peor en S que en S'. Una situación es a su vez *óptima* si, y solo si, no hay ninguna otra situación posible en la que al menos una persona esté mejor

También se puede consultar su texto "Liberty, Efficiency and Law". En: *Law and Comparative Problems*, vol. 50, Autumn, N°. 4, Durham, North Carolina, 1987, pp. 141-163.

y ninguna esté peor que en ella. Traducido y simplificado al terreno de las leyes, ello significaría que cualquier ley debe ser descartada si existe otra que alguna persona prefiera y nadie rechace: “*any law should be discarded if there is another that some people prefer and no one disprefers*”.¹⁷⁻¹⁸

Desde luego, Cooter es consciente de que este enfoque de la eficiencia –postulado desde la perspectiva del principio Pareto– no es totalmente neutral, ya que en él subyace un fuerte individualismo en la medida en que con las leyes, al igual que ocurre con las mercancías, las personas obtendrán lo que ellas prefieran.¹⁹ No obstante, para Cooter, también es claro que se debe procurar no desperdiciar recursos, con independencia de cuál sea el principio que se adopte para lograr el arreglo social más justo, y por eso propone su teoría acerca de las *mejores leyes correctas* (*the best righth laws*), donde el principio de eficiencia Pareto y su vocación de neutralidad constituyen la plataforma común de cualquier concepción de lo correcto.²⁰

El problema que presenta el teorema paretiano es que en todo cambio legislativo podrán existir personas que consideren que su situación se desmejora y, por ende, se vean insatisfechas; por el contrario, y según lo indicado, la eficiencia de Kaldor-Hicks es menos rigurosa y reconoce este defecto de la teoría paretiana, así que sugiere que un estado de cosas A es más eficiente que un estado de cosas B, si al pasar de B a A el número de ganadores con el cambio compensa el número de perdedores. Como ilustración, podríamos decir que una política que sea más rigurosa con las empresas que producen contaminación, y esté destinada a proteger el medio ambiente, será más eficiente que una política más laxa, en la medida en que el número de personas beneficiadas, sin duda, compensa el número de personas afectadas, incluso si se tiene en cuenta que al restringir una externalidad como la contaminación, el costo de producción del bien deberá ser más barato.²¹

¹⁷ Vázquez, Rodolfo. “Comentarios a los fundamentos filosóficos del análisis económico del derecho de Robert Cooter”. En: *Gaceta de Economía*, año 5, Nº. 9, p. 162.

¹⁸ Cooter, Robert. “The Best Right Laws: Value Foundations of the Economic Analysis of Law”. En: *Notre Dame Law Review*, vol. 64, pp. 817-837.

¹⁹ Vázquez, *op. cit.*, p. 162.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Roemer, *op. cit.*, p. 22. También se puede cfr. Posner, Richard. *Maximización de la riqueza y Tort Law*. Disponible en Internet: <http://www.eumed.net/cursecon/textos/posner-tort.pdf>. Fue publicado

Posner, por su parte, propone un criterio de eficiencia conocido como la *maximización de la riqueza*, que se refiere a la maximización del valor de los bienes y los servicios, ya sean típicamente económicos (los que se comercializan en los mercados explícitos) o no económicos (la familia, la vida, la salud, etc.). En ese orden de ideas posneriano, la riqueza o el bienestar social (definición más ajustada, dado que se refiere también a bienes de “no mercado”) se mide por el valor total de los dos conjuntos de bienes, y la distribución de la riqueza es eficiente si todos los bienes están asignados a su uso más rentable. Una asignación será rentable si el que ostenta el derecho de propiedad es la persona que más lo desea en términos económicos, esto es, el que está dispuesto a pagar una mayor cantidad por tal bien.²²

No obstante lo planteado, es obvio que el análisis económico del derecho también tiene múltiples detractores, empezando por los marxistas e, incluyendo a un pensador como Ronald Dworkin, quien, pese a no ser marxista, sí critica el *pragmatismo jurídico*, en especial el de Richard Posner. Para Dworkin, esa forma de pragmatismo, de la cual discrepa:

[...] no se pronuncia sobre la naturaleza del concepto doctrinal del derecho ni sobre cuál es la mejor forma de justificar las prácticas jurídicas contemporáneas, ni acerca de las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas. Toda la parafernalia de la teoría jurídica tradicional es barrida por el aire fresco del cálculo prospectivo e instrumental de la relación medios-fines.²³

2.3.2. La escuela neoinstitucional

En rigor, el neoinstitucionalismo no se aleja conceptualmente de la Escuela de Chicago, sino que le aporta un nuevo punto de vista. Mientras la Escuela de Chicago se concentra en los efectos que tienen las regulaciones sobre el mercado y analiza la efectividad de las leyes desde la perspectiva económica, el neoinstitucionalismo analiza los procesos y las razones que fundamentan

en Owen, G. D. (Ed.). *Wealth Maximization And Tort Law: A Philosophical Inquiry*. En *Philosophical Foundations of Tort Law*. Clarendon Press, 1996.

²² Posner, *op. cit.*

²³ Dworkin, Ronald. *La justicia en toga*. Colección Filosofía y Derecho. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 34.

tales efectos económicos, y estudia cómo las instituciones pueden modificar el comportamiento de los individuos.

Para arribar a esos postulados, se parte de la base de que el objetivo de las instituciones económicas es disminuir los costos de transacción,²⁴ donde se encuentran involucradas diversas figuras jurídicas, como el contrato. Por ese motivo y con el propósito de poder analizar y entender dichas instituciones, es necesario tener en cuenta cuatro variables: (1) el oportunismo, (2) la racionalidad, (3) la utilidad y (4) la especificidad de los activos.

El *oportunismo* se refiere a que el comportamiento de un agente está determinado por la búsqueda de una ganancia, y para minimizar los efectos nocivos que ello puede tener, resultan fundamentales la ley contractual y la institución jurídica del contrato. Por su lado, la *racionalidad* postula que la capacidad del individuo es limitada en razón a que el entendimiento es un recurso escaso; en consecuencia, si un contrato resulta muy complejo, el proceso se vuelve más costoso, pues el individuo tiene que invertir parte de su intelecto en su comprensión. En lo que atañe a la *utilidad*, esta establece que el individuo, sin importar su posición dentro de la colectividad, procurará obtener un beneficio de sus acciones, siempre que el sistema así se lo permita. Por último, la *especificidad de los activos* está directamente relacionada con la especificidad de la regulación a su alrededor, y de ahí que un activo especial requerirá de una legislación mucho más pormenorizada (e incluso de un juez especial), como ocurriría con los recursos naturales o la regulación sobre servicios públicos domiciliarios. En conclusión, la especificidad del activo debe contar con un contrato adecuado a sus necesidades. En relación con este tema, es pertinente transcribir lo expuesto por el profesor Núñez Trujillo, según el cual:

Williamson²⁵ postula (y demuestra) que las transacciones muy uniformes (estandarizadas) no tienden a requerir de estructura de gobernanación especializada, que solo las transacciones recurrentes soportarán

²⁴ Los costos de transacción son aquellos que se generan en la realización de una transacción de mercado y que representan no solo una carga monetaria, sino administrativa. Sobre el tema, se puede cfr. Salgado, Elvira. "Teoría de Costos de Transacción: una breve reseña". En: *Cuadernos de Administración*, julio-diciembre, vol. 16, N°. 026, año 2003. Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas. Pontificia Universidad Javeriana.

²⁵ Oliver E. Williamson es un economista estadounidense ganador del premio Nobel en Economía en el 2009, junto a Elinor Ostrom, por su estudio sobre la organización económica y los límites que

una estructura de gobernación muy especializada, y que, aunque las transacciones ocasionales de una clase no uniforme no soportarán una estructura de gobernación específica sí merecen atención, de manera tal que la contratación clásica se aplicaría a las transacciones uniformes (frecuentes o no), la contratación relacional se aplicaría a las transacciones de tipo recurrente no uniforme y la contratación neoclásica a las transacciones ocasionales no uniformes.²⁶⁻²⁷

Hay que decir, de igual manera, que los derechos de propiedad²⁸ son fundamentales en el desarrollo del neoinstitucionalismo porque presentan un problema cuya asignación es, en múltiples ocasiones, ambigua. Bajo esta escuela, para la sociedad es imprescindible conocer a quién le corresponde un derecho de propiedad y las restricciones que tal titularidad conlleva, ya que la eficiencia de la asignación de un derecho de esta naturaleza solo puede medirse en la medida en que esté radicado en la cabeza de aquel que más lo desea.

2.3.3. Las acciones de no mercado (y el *public choice*)

Uno de los máximos exponentes de esta perspectiva es Gary Becker, altamente influenciado por los escritos de Jeremy Bentham. Becker contribuyó a su

impone a las empresas. Es profesor emérito de la Universidad de Berkeley, donde es titular de la cátedra de Edgar F. Kaiser de Economía y Derecho.

²⁶ Por contratación clásica, Williamson se refiere al contrato en el que las personas que lo celebran no interesan, pero hay un detalle pormenorizado en el consentimiento, en la previsión de situaciones futuras y el establecimiento de cláusulas de solución de conflictos sin necesidad de acudir a la jurisdicción. La contratación relacional es aquella que se compadece de la imposibilidad de prever en un primer momento todas las variables que puedan afectar la ejecución de un contrato, por lo que al momento de suscribirlo, no especifica la totalidad de las cláusulas, pero sí establece el mecanismo para determinarlas en un futuro. Finalmente, la contratación neoclásica también reconoce la imposibilidad de determinar todos los eventos futuros, y ofrece a los contratantes una amplia gama de soluciones.

²⁷ Cita encontrada en Nuñez Trujillo, Antonio José. *Introducción y principios fundamentales del análisis económico del derecho*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 5.

²⁸ "A property right is the exclusive authority to determine how a resource is used, whether that resource is owned by government or by individuals. Society approves the uses selected by the holder of the property right with governmental administered force and with social ostracism. If the resource is owned by the government, the agent who determines its use has to operate under a set of rules determined, in the United States, by Congress or by executive agencies it has charged with that role". Definición tomada de *The Concise Encyclopedia of Economics*. Disponible en Internet: <http://www.econlib.org/>

desarrollo con publicaciones como *Crimen y castigo: un acercamiento económico*, y *Teoría de la competencia entre grupos de presión por la influencia política*.²⁹

Esta escuela busca acudir a las instituciones económicas para evaluar la totalidad de las acciones, pese a que en ellas no pueda verse, a primera vista, una implicación económica. Así, todos los individuos son susceptibles de ser analizados como si fueran agentes directos del mercado, y en todas las acciones es posible encontrar nociones típicas del mercado como los recursos, las utilidades, los costos, etc. Por ende, para esta línea de pensamiento es posible aplicar nociones, instituciones y metodologías de análisis económico a todas las actividades sociales.

La escuela del *public choice* se refiere a la actividad política y legislativa y a sus implicaciones económicas. Según esta teoría, todas las legislaciones responden a una serie de juegos de intereses, como quiera que, por un lado, los grupos de interés siempre apoyarán aquella regulación que los beneficie más, mientras que, por el otro, los políticos siempre promoverán aquellas acciones que hagan posible su reelección, al conocer que la población elegirá a la persona que represente una mayor protección de sus intereses económicos. Para Becker, la participación de los grupos de interés tiene especial relevancia en el mercado, toda vez que:

La competencia entre estos grupos de presión por influir la política determina un equilibrio en la estructura de los impuestos, subsidios y otros favores políticos [...]. El equilibrio político tiene la característica de que todos los grupos maximizan sus ingresos gastando el monto óptimo en presión política, dada la productividad de sus gastos y el comportamiento de otros grupos. Por conveniencia analítica, cada grupo debe actuar como si los gastos de otros grupos no se vieran afectados por sus propios gastos. Impuestos y subsidios se relacionan por la identidad entre los ingresos y los gastos: el monto total recogido de los impuestos, incluyendo los impuestos escondidos, como la inflación, equivale al monto total disponible para subsidios, incluyendo subsidios escondidos, como las restricciones a la entrada a una industria.³⁰

²⁹ "A Theory of Competition among Pressure Groups for Political Influence". En: *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 98, N°. 3, 1983, pp. 371-400.

³⁰ "Competition among these pressure groups for political influence determines the equilibrium

Según lo anterior, y de conformidad con Becker, los grupos de presión política tienen la facultad de ayudar a regular el mercado, aunque lo hagan primordialmente en la búsqueda de sus propios intereses.

2.4. Estudio de una institución jurídica desde el análisis económico del derecho: la responsabilidad civil extracontractual

Con el fin de acercarnos cada vez más a los aspectos que constituyen el tema central de este escrito, y después de haber hecho una somera presentación encaminada a contextualizar la tesis de fondo, en este acápite recordaré que la figura de la responsabilidad civil extracontractual ha sido objeto de estudio en múltiples ocasiones por el análisis económico del derecho, en particular en aquellos eventos en los que bajo esa perspectiva se ha tratado el costo de un accidente y la reparación a su víctima.

Ciertamente, al respecto, el juez Learned Hand, en la sentencia *Estados Unidos y demás contra Carroll Towing Co.*,³¹ propuso la conocida Regla

structure of taxes, subsidies, and other political favors [...] Political equilibrium has the property that all groups maximize their incomes by spending their optimal amount on political pressure, given the productivity of their expenditures, and the behavior of other groups. For analytical convenience, each group is assumed to act as if expenditures. Taxes and subsidies are related by the identity between revenue and expenditures: the total amount raised from taxes, including hidden taxes like inflation, equals the total amount available for subsidies, including hidden subsidies like restrictions on entry into an industry". Becker, Gary, *op. cit.*, p. 372.

³¹ Los hechos de la sentencia son los siguientes: en el puerto de Nueva York la barcaza Anna C, que transportaba una carga de harina de propiedad del Gobierno de Estados Unidos, se hundió accidentalmente el 4 de enero de 1944. La Pennsylvania Railroad Company había sido contratada por el Gobierno para transportar una carga de harina desde Buffalo hasta Nueva York, y allí llevarla en una barcaza hasta un barco transatlántico que estaba siendo cargado en el muelle 58. La compañía le alquiló la barcaza a The Connors Marine Co. Inc., que la llevó hasta el muelle 58, y luego, por falta de espacio en este, hasta el muelle 52. La noche del 3 de enero la tripulación de un remolcador amarró 5 barcazas al muelle 52, agregando más peso a Anna C. Además, la tripulación cruzó una línea que unía la última de las barcazas de ese muelle con una barcaza ubicada en el "muelle público", que estaba junto al muelle 52. The Grace Line Inc. había alquilado el remolcador a vapor de la barcaza Carroll, a su propietario Carroll Towing Co. Inc. para que trabajara como un remolcador que transportara las barcazas a otros muelles. El Carroll llegó al muelle 52 llevando a bordo al capitán, a un estibador y a un marinero. El estibador era el único de la tripulación que era empleado del Grace Line, y los demás estaban contratados por la Carroll Towing. El Carroll iba a transportar una de las barcazas ubicadas en el muelle público, para lo que tenían que quitar la línea cruzada que unía la barcaza con el nivel en el que estaba el Anna. El capitán y el marinero, antes de hacer esto, subieron a bordo del Anna para asegurarse de que esta y las demás barcazas estuvieran bien amarradas, reacomodaron un total de seis barcazas a la amarra del Anna y, luego, volvieron al Carroll. Las amarras del puerto cedieron, y los seis barcos se fueron hacia el puerto 51, donde el Anna se estrelló contra una cisterna, se le abrió un hueco y perdió parte de su carga. Un remolque de la Grace Line, y otro

Hand, en la que se establece que la responsabilidad del causante de un daño se determinará por tres variables: la probabilidad de que el daño ocurra, la gravedad de este y la carga de la prevención que la persona pudo haber tenido para evitarlo. Así, si se multiplica la probabilidad de ocurrencia del daño por los costos del daño causado, y se obtiene como resultado un valor mayor que el de los costos³² en que hubiera incurrido el responsable de haberlo prevenido de forma adecuada, surgirá la responsabilidad del agente del daño y la consiguiente obligación de indemnizar a su víctima. En otras palabras, si lo que hubiera gastado evitando el daño, y no lo hizo, representa un costo menor que el perjuicio ocasionado, la persona será responsable.³³ Por el contrario, y siguiendo este parámetro, si los costos de prevención son demasiados altos y resultan mayores que el valor resultante de la multiplicación entre la probabilidad de ocurrencia del daño y sus costos, la persona no se verá obligada a responder por los perjuicios provocados.

En similar sentido a lo expuesto, Calabresi estima que los costos de los accidentes están divididos en tres categorías: los primarios, los secundarios y los terciarios. Los primarios responden a la cantidad y la gravedad de los accidentes; los secundarios se refieren a la falta de una óptima asignación de los riesgos, y los terciarios son los costos en que incurre el sistema en el momento de establecer la responsabilidad. La meta de Calabresi es la minimización de los costos de los accidentes, lo cual se logra a través de la asignación de los riesgos al *cheapest cost avoider*,³⁴ es decir, a la persona para quien resulta menos costoso prevenir un accidente. Bajo este escenario, si un conductor atropella a un peatón, el *cheapest cost avoider* de la relación será el conductor, pues, dada la situación, él estaba en la posibilidad de prevenir el accidente de manera

de Carroll Towing llegaron al lugar e intentaron rescatar la flotilla, sin darse cuenta del daño del Anna C. La barcaza, en un punto, se hundió. El propietario del Anna, la Conners, reclamaba a la Grace Line y a la Carroll Towing por la negligencia demostrada al manejar las amarras del puerto. A su vez, estas alegaban contra la Conners, pues desde la barcaza no les fue informado el daño que tenía. El Gobierno de Estados Unidos reclamaba contra la Conners, la Grace Line, y la Carroll Towing, por la negligencia demostrada que condujo a la pérdida de la harina.

³² Al hablar de costos, no se refiere estrictamente al gasto de dinero, sino a la inversión de esfuerzos.

³³ La fórmula matemática propuesta por Hand es la siguiente: “si la probabilidad llamada P; el daño L; y la carga B; la responsabilidad depende de si B es menor que L multiplicado por P”. Sentencia United States *et al.* Vrs. Carroll Towing Inc., *et al.*

³⁴ Calabresi, Guido. *El costo de los accidentes: un análisis económico y legal*. New Haven: Yale University Press, 1ª ed., 1970, pp. 135-136.

más económica que el peatón. La responsabilidad debe radicarse en cabeza de aquel que podía tomar medidas de prevención más económicas para evitar el accidente.

Posner acoge la Regla Hand y cree en un sistema de responsabilidad estricta (objetiva), aplicado a los regímenes de responsabilidad extracontractual propios del *common law* (*tort law*). En su artículo “Maximización de la riqueza y *tort law*”, Posner compara los postulados del sistema con la posición de utilitarismo normativo, y establece que todas las personas están dispuestas a asumir ciertos riesgos a cambio de un beneficio. Por ende, desde su perspectiva, se podría predecir el valor de un riesgo y optimizar la institución de la responsabilidad extracontractual de la siguiente manera:

Haga un cálculo aproximado de lo que una persona cobraría por asumir el riesgo en cuestión (podría ser el riesgo de ser matado por un conductor que va a exceso de velocidad), divida ese número por el riesgo, e indemnice con el cociente si el riesgo se materializa. Así, si una persona exigiera US\$ 1 para ser expuesto a una probabilidad de uno en un millón de ser matada, la indemnización apropiada si fuese matada y el acusado se considerara responsable sería de US\$ 1 millón; si exigiera US\$ 25 000 para un riesgo de uno en cien, la indemnización apropiada sería de US\$ 2,5 millones. Las indemnizaciones calculadas de esta forma deberían darle a los potenciales acusados el incentivo “correcto” para tomar medidas de precaución por la vía de enfrentarlos con los costos esperados de precauciones para las víctimas potenciales, mientras que una indemnización mayor induciría a una inversión excesiva en tales precauciones y una indemnización menor sería una incentiva insuficiente.³⁵

De esta forma, Posner plantea una vía para hacer efectivas las leyes de responsabilidad extracontractual, puesto que con las penas adecuadas, las personas se verán obligadas, si no por su moral o por lo menos por su sentido de conveniencia, a tomar las medidas necesarias para prevenir la ocurrencia de daños, ya que de otro modo estarían perdiendo más de lo que ahorrarían.

³⁵ Posner, Richard. *Maximización de la riqueza... op. cit.*, p. 7.

2.5. Análisis económico del derecho del proceso legal

Según lo descrito anteriormente, el análisis económico del derecho ha comprendido el estudio de diversas instituciones jurídicas como el derecho contractual, el derecho penal, la responsabilidad patrimonial, etc.; asimismo, una de las instituciones que no ha sido ajena al impacto de las implicaciones económicas es la del procedimiento legal. En esta materia, diversos autores se han dado a la tarea de evaluar el proceso legal desde un punto de vista económico, y de concebir parámetros bajo los cuales los individuos pueden aplicar consideraciones de índole económica para definir su comportamiento respecto de ciertas decisiones relacionadas con trámites legales.

Así, pues, el derecho procesal es uno de los ámbitos de mayor importancia para el estudio y la aplicación del análisis económico del derecho, toda vez que una aplicación económicamente eficiente de las reglas de procedimiento contribuye a lograr la efectividad de los derechos establecidos en las normas de derecho sustancial. En los términos de la doctrina, “el análisis ‘puro’ del derecho de fondo, sin tener en cuenta los costos del proceso y los riesgos conduce a una visión distorsionada de tales derechos”.³⁶

La relevancia del análisis económico del derecho del proceso legal radica, fundamentalmente, en que la inadecuada distribución de los costos del proceso puede afectar los derechos sustanciales, dando lugar, eventualmente, a que la ganancia que una parte pueda obtener como resultado de un litigio sea reducida como consecuencia de los costos en los que se ha debido incurrir para participar en tal litigio: “Los costos del proceso pueden así reducir el valor de los derechos legales prácticamente a cero. Un cambio en la cantidad o en la distribución de los costos del proceso tiene por lo tanto el mismo efecto que un cambio en el derecho de fondo”.³⁷

El análisis económico del derecho procesal permite tener una perspectiva más amplia sobre la interdependencia entre las normas del proceso y la situación jurídica material de las partes en disputa. De hecho, algunas de las conclusiones más relevantes sobre el análisis económico del derecho han surgido en los foros judiciales, como ocurrió con la tesis del juez Learned Hand respecto de la determinación de la negligencia en los juicios por responsabi-

³⁶ Vereeck, Lode. “El derecho procesal”. En: Spector, Horacio (Comp.). *Elementos de análisis económico del derecho*. Santa Fé, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 1ª ed., 2004, p. 167.

³⁷ *Ibíd.*

lidad civil extracontractual (expuesta en la anterior sección), la cual tuvo su origen en el marco de un litigio de esta índole.

Por tanto, traídas las reflexiones precedentes al asunto que concita mi atención, y dada la relevancia del estudio de los efectos económicos de las instituciones jurídico-procesales, a continuación se presentarán los aspectos más relevantes del análisis económico del derecho procesal, haciendo énfasis, principalmente, en la posibilidad de aplicar estos conceptos al proceso ejecutivo.

Como primer elemento a tener en consideración, se ha planteado que el análisis económico del derecho —en lo que al derecho procesal se refiere— es aquella vertiente del análisis económico del derecho que “analiza el efecto de los procedimientos y decisiones de los jueces sobre el comportamiento de demandar o conciliar de los litigantes”.³⁸

A pesar de que la anterior definición pueda parecer escueta, esta resume de manera comprensiva el ámbito de estudio del análisis económico del derecho en el plano del derecho procesal, en la medida en que se evalúa el impacto económico de diversos factores que pueden influir en la decisión de intervenir o no en un proceso judicial para exigir el reconocimiento o la ejecución de un determinado derecho, como sucede con los costos de agencia (valor que cobran los abogados por asumir la representación de un cliente), la mora judicial, y los errores en que pueden incurrir los jueces, entre otros. El presente acápite tendrá en cuenta, entonces, las repercusiones de tales factores en la decisión de participar o no en un proceso judicial y, en particular, en un proceso ejecutivo.

Al respecto, no se puede desconocer que una persona que se encuentra ante la disyuntiva de demandar o no demandar puede apreciar que el funcionamiento efectivo de los *métodos judiciales* de resolución de controversias puede ejercer una presión significativa sobre la aplicación de los *métodos alternos* de solución de conflictos, en la medida en que, en ocasiones, la expectativa de acudir ante el aparato jurisdiccional del Estado puede operar como un elemento disuasivo para promover una solución económicamente eficiente, como lo es la conciliación prejudicial. En efecto y como lo señala Vereck: “Las decisiones no judiciales por sistemas alternativos de solución de disputas, o simplemente los arreglos, están con frecuencia expuestos a la amenaza de utilizar el sistema judicial público y a la presión que ello ejerce”.³⁹

³⁸ *Ibid.*, p. 165.

³⁹ *Ibid.*, p. 166.

Frente a este tema, resulta pertinente recordar que en muchas de las audiencias de conciliación, incluso en aquellas que preside directamente el juez, este suele presentar a las partes como fórmula conciliatoria la “amenaza” de que de no llegar a un acuerdo por esa vía, tendrán que someterse entonces a lo dilatado del proceso judicial y a lo aleatorio que, producto de la inseguridad jurídica, tendrá el resultado final.

Así las cosas, puede apreciarse cómo los procesos judiciales también tienen una repercusión económica, incluso en aquellos eventos en que las partes no acuden directamente ante los funcionarios judiciales, toda vez que la eventualidad de verse expuestos a un trámite ordinario opera como un factor disuasivo que compele a quienes están inmersos en el conflicto a explorar una salida o búsqueda de solución de carácter extrajudicial.

Ahora bien, desde el punto de vista económico, “un litigio valdrá la pena para la sociedad en tanto y en cuanto su elemento disuasivo y su valor compensatorio excedan el total de los costos del juicio más los gastos de administración pública”.⁴⁰ Por consiguiente y con base en esa proposición, puede sugerirse la siguiente fórmula matemática para determinar si, desde la perspectiva económica, es eficiente tomar parte en un litigio:

$$D + V > C + G = \text{litigio valioso}$$

Donde,

D = elemento disuasivo.

V = valor compensatorio.

C = costos del juicio.

G = gastos de administración.

De acuerdo con lo anterior, en aquellos casos en los que los costos del juicio y los gastos que deban pagarse a la administración de justicia excedan el valor que el demandante espera obtener del proceso judicial, no será económicamente razonable interponer la demanda, por lo cual resultará más conveniente buscar una solución concertada a la controversia: “En todo caso es mejor prevenir un conflicto que resolverlo. No obstante, una vez que ha

⁴⁰ Shavell, Steven. “Suit and Settlement vs. Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs”. En: *Journal of Legal Studies*, N° 11.

surgido la disputa se prefiere la conciliación al juicio, porque los costos de la primera son típicamente menores que los del último”.⁴¹

De tal magnitud es el impacto que estos costos generan en los justiciables que, incluso, a pesar de tener un derecho cierto y consolidado en su favor, lo que les permitiría –de llegar el caso– acudir al proceso ejecutivo, prefieren valerse del *mercado extrajudicial* para recuperar su acreencia. Esta situación se torna cada vez más frecuente en presencia de laudos arbitrales y condenas judiciales proferidas contra el Estado, pues al amparo del artículo 299 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), pese a que alguna de estas decisiones se encuentre en firme, la administración no puede ser demandada sino transcurridos diez meses después de la ejecutoria de dichos fallos,⁴² lo que ha hecho que florezca un nuevo negocio que consiste en la compra de esos títulos ejecutivos.⁴³

2.5.1. Los costos del proceso judicial

Como para Posner, citado por Chubb, en términos económicos el objetivo de un sistema procesal es minimizar el costo de (1) las decisiones judiciales erróneas y (2) de operación de dicho sistema,⁴⁴ entonces: “Toda discusión

⁴¹ Vereeck, Lode, *op. cit.*, p. 165.

⁴² A partir del 12 de julio de 2012 entró a regir el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), y en el 2º inciso del artículo 299 se establece que las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en la liquidación o pago de una suma de dinero serán ejecutadas si dentro de los diez (10) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia la entidad obligada no le ha dado cumplimiento.

⁴³ Sobre el particular, puede consultarse la información que aparece en la página 15, Sección Economía y Negocios de la edición dominical del periódico *El Tiempo*, correspondiente al día 24 de abril de 2011, según la cual: “En la compra de sentencias judiciales que pierde el Estado, los demandantes pueden obtener liquidez inmediata sin esperar un tiempo indeterminado para que el Gobierno les pague. Esta es una operación que se concentra básicamente en fallos contra el Ministerio de Defensa [...]. La inversión en las sentencias opera de la siguiente manera: Luego de que alguien le gana un pleito al Estado en última instancia, este puede tardar varios meses en pagarle al demandante. No obstante, la persona beneficiaria puede necesitar el dinero de manera inmediata y es ahí cuando tiene opción de vender la sentencia con un descuento para el comprador. Por ejemplo, un fallo de 100 millones de pesos puede comprarse en 80 millones, los cuales se entregan de manera inmediata al demandante, que no deberá esperar un plazo largo para obtener su dinero. Una vez venza el plazo, la entidad que compra la sentencia la cobra al Estado en un ciento por ciento más los intereses causados. Esto constituye la ganancia para la cartera colectiva y el inversionista”.

⁴⁴ Chubb, Larry. “Economic analysis in the courts: limits and constraints”. En: *Indiana Law Journal*, vol. 64. 1988-1989.

sería sobre esquemas de distribución de costos del proceso remite al propósito mismo del Derecho Procesal de acuerdo con la teoría económica neoclásica: la minimización de costos administrativos y costos por error”.⁴⁵

Siendo así y en atención a lo anticipado en líneas precedentes, uno de los principales componentes del análisis económico del derecho del proceso judicial consiste en el estudio de los costos del proceso, toda vez que este tipo de evaluación permite determinar, con base en criterios objetivos, si es económicamente viable demandar o si, por el contrario, se debe optar por una solución concertada que permita una disminución de los gastos derivados de la efectividad de los derechos.

Naturalmente, ese tema de los costos no solo puede ser visto desde la perspectiva de lo que cuesta en dinero la tramitación del proceso, sino que aquí juega un papel preponderante el tiempo que se invierte para recuperar el crédito por la vía del proceso ejecutivo, ya que una cosa es “ganar el proceso” porque se obtuvo sentencia en firme, y otra muy distinta es lograr el efectivo recaudo de la obligación. Tanto así que un proceso de esta naturaleza tiene un fuerte componente de incertidumbre, incluso con un fallo ejecutoriado, como quiera que entre el momento en que se dicta la sentencia (o el auto del artículo 507 del CPC o 440 del CGP que ordena seguir adelante la ejecución) y el momento que se lleva a cabo el remate, la garantía y en general el bien objeto de la almoneda pueden deteriorarse materialmente o perderse jurídicamente.

En este último caso, ello ocurriría porque hubo una acumulación de demandas, a último momento aparecieron algunos créditos privilegiados o, simplemente, el deudor fue admitido a un proceso de insolvencia económica.⁴⁶

⁴⁵ Vereeck, Lode, *op. cit.*, p. 173.

⁴⁶ Una obligación de carácter alimentaria, laboral o fiscal goza de un privilegio a la hora del pago, y eso, de entrada, incrementa la incertidumbre a la hora de tramitar un proceso ejecutivo. Por lo demás y de acuerdo con la Ley 1116 de 2006, por la cual se establece el régimen de insolvencia empresarial, no solo hay un fuero de atracción de los procesos ejecutivos al juez del concurso, lo cual opera a partir de la fecha de inicio del proceso de reorganización (artículo 20), sino que, incluso, antes de esa actuación, en concreto a partir de la fecha de presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores efectuar pagos de obligaciones originadas en procesos en curso (artículo 17). De otro lado, y en lo que concierne al régimen de influencia de la persona natural no comerciante, en el artículo 545 numeral 1 del CGP se establece que a partir de la aceptación de la solicitud se producirán los siguientes efectos: “No podrán iniciarse nuevos procesos ejecutivos, de restitución de bienes por mora en el pago de los cánones, o de jurisdicción coactiva contra el deudor y se suspenderán los procesos de este tipo que estuvieren en curso al momento de la aceptación”.

Como si fuera poco, aunque el inmueble sea vendido en pública subasta y el rematante pague el respectivo precio, nada de ello garantiza que al acreedor le entreguen el correspondiente dinero, pues este aspecto está condicionado a que, a su vez, el adquirente del bien lo haya recibido de manos del deudor o del secuestre, lo que en no pocas veces insume una considerable cantidad de tiempo que dilata aún más el efectivo recaudo de la obligación.⁴⁷

En este campo, y desde el punto de vista del diseño legislativo, los economistas coinciden en que uno de los principales retos de los ordenamientos jurídicos consiste en la definición del sistema de asignación de costos en los procesos judiciales, debido a que tal definición es una de las herramientas a las que puede acudir el Estado para intervenir en la cantidad y, por ende, duración de los juicios. Es innegable que los sistemas de asignación de costos ejercen una gran influencia en el comportamiento de las partes y al respecto podemos observar que:

1. El acceso gratuito a la justicia y no cobrar expensas y otros gastos (o imponer una condena en costas, sobre todo en agencias en derecho, muy bajita) incrementará el número de juicios, por lo que se constituye en una “invitación” para demandar, inclusive en aquellos casos en los que el demandante, a sabiendas, obra temerariamente.
2. Cobrar altas tarifas para acceder a la justicia desincentivará la presentación de demandas;⁴⁸ sin embargo, el establecimiento de baremos tan

⁴⁷ De acuerdo con el penúltimo inciso del artículo 530 del CPC, reformado por la Ley 1395 de 2010, “si el bien rematado se encuentra en poder del ejecutado el producto del remate solo se entregará al ejecutante cuando aquel haya sido entregado al rematante y se le haya reembolsado lo que hubiera pagado por impuestos, servicios públicos, cuotas de administración y gastos de parqueo o de depósito”. Por su lado, el artículo 455, numeral 7°, del CGP dispone que “del producto del remate el juez deberá reservar la suma necesaria para el pago de impuestos, servicios públicos, cuotas de administración y gastos de parqueo o depósito que se causen hasta la entrega del bien rematado [...]”.

⁴⁸ Con fundamento en la Ley 1394 del 12 de julio de 2010, en Colombia se reguló el arancel judicial y este se generaba en todos los procesos ejecutivos civiles, comerciales y contenciosos administrativos cuando el monto de las pretensiones se hubiera estimado en una cifra igual o superior a 200 salarios mínimos legales mensuales. También se causaba como consecuencia de lo acordado por las partes en una transacción o conciliación que terminara de manera anticipada un proceso ejecutivo; por el cumplimiento de una condena impuesta en un laudo arbitral en caso de reconocimiento o refrendación y por el cumplimiento de obligaciones reclamadas en un proceso ejecutivo de cualquier naturaleza, esto es, no solo aquellas que tenían por objeto el pago de sumas de dinero, sino las que versaban sobre obligaciones de dar, hacer, no hacer y suscribir documentos.

altos supondrá que algunas personas con derechos legítimos a reclamar no tendrán los recursos requeridos para exigir su cumplimiento. Adicionalmente, en ordenamientos jurídicos como el colombiano, en los que el derecho de acceso a la administración de justicia es fundamental, establecer barreras para el ejercicio de ese derecho implicaría una limitación a todas luces inconstitucional.⁴⁹

Los casos anteriores demuestran cómo –desde una perspectiva económica–, la actividad o inactividad del Estado en la definición de tarifas judiciales es un factor que puede propiciar o desincentivar el uso de los mecanismos procesales. Aunque los loables motivos que suelen aducirse para obrar de ese modo son los de lograr la descongestión judicial y el uso razonable de los instrumentos procesales, en el fondo lo que subyace es una visión económica que privilegia la eficiencia, en este caso, la celeridad por encima de la veracidad de las afirmaciones o negaciones formuladas por quienes intervienen en el proceso. En efecto:

[L]os esquemas de asignación de costos judiciales influyen en el comportamiento de los litigantes y sus abogados. No solo influyen sobre la decisión de demandar o conciliar, sino también sobre la buena disposición para negociar y sobre el monto de la oferta. En otras palabras, los esquemas de asignación de costos judiciales hacen mucho más que asignar costos del juicio.⁵⁰

En Colombia, este aspecto lo podemos constatar con la existencia de una medida encaminada a disuadir a las partes y a los terceros que intervienen en un proceso; medida que no es otra que la del aún vigente artículo 392 del estatuto procesal civil (la cual reproduce el numeral 1° del artículo 365 del CGP en términos idénticos), que también sanciona con la condena en costas a quien se le resuelva desfavorablemente cualquier recurso extraordinario u ordinario (a excepción del de reposición), y a quien no saque adelante el incidente,

⁴⁹ Con posterioridad a esa norma, es decir, a la Ley 1394 que había establecido el arancel judicial, se expidió la Ley 1653 de 2013, la cual, como ya se indicó, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-169 del 19 de marzo de 2014.

⁵⁰ Vereeck, Lode, *op. cit.*, p. 172.

la formulación de excepciones previas, la solicitud de nulidad o el amparo de pobreza que hubiere alegado.

Ahora bien, no se puede desconocer que aunque el propio Estado administrador del aparato jurisdiccional adopte la política de no cobrar tasas o tarifas por presentar demandas o intervenir en determinadas controversias, aun así existen costos que deberán ser asumidos por cada parte, por alguna de ellas en particular, o por ambas, como sucede con los gastos de representación judicial, las expensas de los documentos que deban presentarse ante las cortes, entre otros. Así, pues, dado que en última medida el acceso a la administración de justicia no será completamente gratuito y siempre implicará la necesidad de asumir determinados costos, el sistema procesal deberá definir el sistema de asignación de costos judiciales aplicables en cada ordenamiento. En virtud de lo anterior, existen dos sistemas principales de asignación de costos judiciales, a saber:

1. *El perdedor paga todo*: es un sistema que generalmente se ha aplicado en países de tradición jurídica romano-continental, de acuerdo con el cual la parte vencida en el proceso deberá asumir gastos por partida doble, en la medida en que tiene que pagar tanto sus gastos propios como los de la parte vencedora. Este sistema parte de la siguiente premisa: “el ordenar a la parte condenada que pague los costos de la otra parte es considerado como un medio contra el abuso judicial”.⁵¹ En principio, se puede pensar que este es el sistema que se aplica en Colombia, ya que los citados artículos 392 del CPC y 365 del CGP establecen una regla según la cual corresponde a la parte vencida en el proceso asumir el pago de las costas procesales, las cuales están compuestas por las expensas y las agencias en derecho. En efecto, el artículo 365 del CGP dispone que: “En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto [...]”.

⁵¹ *Ibíd.*

Sin embargo, una lectura cuidadosa de la norma transcrita permite observar un elemento relevante del sistema el perdedor paga todo, y es que el artículo alude a los procesos judiciales en los que “haya controversia”; como es lógico, este sistema únicamente puede aplicarse en la medida en que existan dos partes confrontadas en una relación jurídico-procesal, con el objeto de que el funcionario judicial dirima la disputa a favor de una u otra. Corolario de lo anterior es que el sistema del perdedor paga todo no explica el sistema de asignación de costos de aquellos trámites en los que una o varias personas acuden ante los jueces para obtener una resolución sobre asuntos que no implican un aspecto litigioso,⁵² como ocurre con los procesos de jurisdicción voluntaria contemplados en la Sección Cuarta del Libro Tercero del CPC. En estos casos, se aplicará primordialmente el sistema *cada parte paga lo suyo*, en la medida en que todas las personas que tramiten procesos de esta índole deberán asumir los costos derivados de las expensas y gastos derivados de su intervención en estos.

Adicionalmente, incluso en los casos en que se presentan demandas contenciosas, existen eventos en los que los procesos terminan sin que pueda alegarse que hubo un “perdedor” y un “ganador”; piénsese, verbigracia, en los litigios que culminan por un acuerdo judicial o extrajudicial previo a la decisión de primera instancia, supuesto este en el que ninguna de las partes sería condenada al pago de costas, con lo cual en estas materias el ordenamiento jurídico colombiano parece incursionar en el campo del sistema cada parte paga lo suyo. Un ejemplo que ilustra de manera concreta lo expuesto es cuando las partes llegan a un acuerdo para transigir la controversia, caso en el cual el principio general establecido inicialmente en el artículo 340

⁵² En rigor, si un proceso ejecutivo no entra en su fase de cognición porque el demandado no se yergue contra la orden de apremio proferida en su contra, en principio no podría hablarse de que el asunto y, más concretamente el derecho, hubiese sido controvertido o litigioso. A pesar de ello, y aunque al demandado lo condenen en costas, en vigencia de la Ley 1394 del 12 de julio de 2010, el demandante también era sujeto pasivo del arancel judicial si su pretensión era igual o superior a 200 salarios mínimos legales mensuales, siempre y cuando lograra el efectivo cumplimiento o satisfacción de esta. Con la expedición de la Ley 1653 de 2013, declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-169 del 19 de marzo de 2014, la situación alcanzó a ser mucho más grave, puesto que el arancel judicial (equivalente al 1,5% del valor de las pretensiones dinerarias) se causaba y había que pagarlo antes de presentar la demanda, es decir, era un costo que condicionaba el acceso a la administración de justicia.

del CPC y reproducido luego en el artículo 312 del CGP es que no haya lugar a condena en costas.

Otro factor relevante consiste en que la práctica ha demostrado que en raras ocasiones la condena en costas a cargo de la parte perdedora cubre en su totalidad los gastos que ha debido asumir la parte vencedora para obtener una sentencia favorable, razón por la cual puede concluirse que la aplicación en Colombia del sistema el perdedor paga todo no es enteramente exacta. Lo anterior, en la medida en que la aplicación estricta del sistema mencionado implica que el vencido debe asumir la totalidad de los gastos que ha debido asumir el vencedor, mientras que, en Colombia, la figura de las agencias en derecho puede llegar a convertirse en una suma “simbólica”⁵³ que se asigna a una parte para cubrir los gastos derivados de su defensa judicial, a pesar de que el costo efectivo que ha debido asumir pueda llegar a ser mucho más alto que la suma reconocida por ese concepto.

Aunque a primera vista podría pensarse que esta situación es exclusiva de países latinoamericanos en los que la mora judicial trae consigo un incremento significativo de los costos procesales, la doctrina foránea reconoce que el efecto anotado también se presenta en países europeos de tradición romano-germánica, y así es como se sostiene que

[...] a veces la parte ganadora solo puede recuperar parcialmente sus costos del proceso de la parte perdedora (como los honorarios de abogado), o no recuperarlos del todo. El juez puede compensar ciertos costos o denegar costos infundados. Aun cuando todos los países europeos parten de la base de que “el perdedor paga todo”, la práctica diaria del traslado de costos es técnicamente compleja y difiere sustancialmente.⁵⁴

⁵³ Y es simbólica, no por falta de regulación legal, que para eso existe el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, sino porque los funcionarios judiciales suelen ser muy timoratos a la hora de imponer este tipo de condenas; lo que, a su vez, genera una doble perversidad: por un lado, incentiva a quien ha actuado con notoria temeridad a que siga formulando demandas, contestaciones, recursos o incidentes sin ningún fundamento, y, por el otro, hace que los tiempos procesales se incrementen, ya que la parte beneficiada con esa irrisoria condena se verá forzada a controvertirla por la vía de la objeción a la liquidación de costas.

⁵⁴ Vereeck, Lode, *op. cit.*, p. 172.

2. *Cada parte paga lo suyo*: como su nombre lo indica, este sistema supone que cada uno de los contendientes judiciales asume los costos necesarios para participar en el proceso sin que se tenga en cuenta, como criterio de asignación de los gastos, el resultado final. Este sistema ha sido implementado principalmente en Estados Unidos de América, país en el que la asignación de los costos del proceso no se efectúa vía los resultados de este, lo cual afecta la percepción de las partes respecto de la decisión de participar o no en un litigio.

En relación con este tema y con el fin de exponer con mayor detalle las variables a las que he hecho referencia, a continuación evaluaré las implicaciones prácticas que supone la adopción de uno u otro sistema de asignación de costos judiciales.

2.5.2. Implicaciones de la adopción del sistema el perdedor paga todo o cada parte paga lo suyo

Como se ha mencionado, los postulados del análisis económico del derecho procesal indican que un demandante racional solamente presentará una demanda en aquellos casos en que el valor que espera obtener como resultado del litigio sea mayor o igual a la suma de los costos del proceso.⁵⁵

Teniendo en cuenta que el sistema de asignación de costos que se aplica en los diversos Estados afecta la distribución de los gastos que cada una de las partes debe asumir para participar en el proceso, se trata de un factor relevante que ha de ser considerado y ponderado por ellas a la hora de tomar la decisión de demandar o no.

En efecto, bajo el sistema del perdedor paga todo, la probabilidad estimada de ganar o perder el proceso también incidirá en la evaluación de los costos en que deba incurrirse para acudir al trámite judicial, “en un sistema en el cual el perdedor paga todos los costos del proceso, tanto suyos como los de la otra parte, el demandante irá a juicio solo cuando el valor esperado de una sentencia exceda los costos del juicio esperados”.⁵⁶ Por el contrario, en un sistema de cada parte paga lo suyo, el resultado del proceso no afec-

⁵⁵ Shavell, Steven. “Suit and Settlement vs. Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs”. En: *Journal of Legal Studies*, N.º. 11.

⁵⁶ Vereeck, Lode, *op. cit.*, p. 172.

tará la estimación de los costos que han de asumirse, en la medida en que, independientemente del resultado final del proceso, cada una de ellas deberá pagar sus propios costos. El impacto que genera la aplicación del sistema el perdedor paga lo suyo en la decisión de demandar o no puede representarse con las siguientes fórmulas:

$$P\% * VES > C = \text{litigio eficiente y } P\% * VES < C = \text{litigio ineficiente}$$

Donde,

P = probabilidad estimada de ganar el juicio.

VES = valor esperado de la sentencia.

C = costos estimados del juicio.

De acuerdo con las fórmulas indicadas, se tomará la probabilidad estimada de ganar el juicio y se multiplicará por el valor esperado de la sentencia. Este resultado se comparará con los costos estimados del juicio y, si este es mayor, se concluirá que es eficiente demandar; por el contrario, si este resultado es menor, no será eficiente demandar y el reclamante deberá optar por un mecanismo alternativo de solución de controversias menos costoso que el proceso judicial.

Si se traen estas consideraciones al campo de la práctica, se pueden ilustrar a partir del siguiente ejemplo: un demandante cree tener un derecho por valor de \$ 100 000 y estima que sus probabilidades de obtener una sentencia favorable son del 80%. En cuanto a los costos, ese potencial actor considera que estos ascenderán a \$ 10 000, por lo que su situación, expresada en términos matemáticos, sería:

$$80\%*(100\,000) = 80\,000 > 10\,000 = \text{litigio eficiente.}$$

Dado que los costos del proceso son menores al monto que el demandante espera obtener, es lógico, desde el punto de vista económico, presentar una demanda. *Contrario sensu*, en aquellos casos en los que los costos del proceso sean mayores al monto que el demandante espera obtener, no sería razonable demandar.

Bajo el sistema del perdedor paga todo, la probabilidad estimada de obtener un fallo favorable tiene un efecto doble: afecta el cálculo del monto que

se espera conseguir como resultado de la demanda, y, además, opera como un factor de asignación de costos judiciales que, en la práctica, puede llegar a reducir el monto que se espera lograr en la demanda, toda vez que en la medida en que las probabilidades de obtener un fallo favorable sean menores, las probabilidades de tener que asumir el costo total del proceso judicial serán mayores.

En este orden de ideas y según sea la probabilidad de ganar un litigio, una persona racional preferirá escoger de antemano uno u otro sistema, puesto que para un demandante con altas probabilidades de ganar será más conveniente que se aplique el sistema del perdedor paga todo, ya que al ser menos factible que él (como demandante) pierda, no tendrá que asumir ninguno de los gastos judiciales y, en cambio, sí incrementará el monto de lo que espera recibir como resultado de la sentencia.

Por otro lado, en el sistema de cada parte paga lo suyo será más probable que una persona con bajas opciones de ganar presente una demanda, puesto que el área de la actuación se reduce al no incluir la probabilidad de asumir los costos del proceso y, en consecuencia, el monto que eventualmente pueda perderse será menor que aquel que se asumiría en el sistema el perdedor paga todo. Por otra parte, el sistema cada parte paga lo suyo es más flexible para un demandante con bajas probabilidades de ganar, ya que, en cualquier caso (es decir, gane o pierda), no tendrá que asumir la totalidad de los costos del proceso, lo cual, según se ha mencionado, reducirá el monto que se espera obtener con el resultado del fallo.

En síntesis, se puede afirmar que en el sistema del perdedor paga todo habrá más juicios cuando los demandantes estimen que tienen altas probabilidades de obtener un fallo favorable; mientras que en el sistema de cada parte paga lo suyo habrá más juicios cuando los demandantes estimen que tienen bajas probabilidades de obtener un fallo favorable.⁵⁷

2.1.3. Factores subjetivos que influyen en la decisión de interponer o no una demanda

Una de las inquietudes que pueden surgir del análisis anterior se refiere a la forma en que cada una de las partes evalúa sus probabilidades de ganar o perder un litigio. En este sentido, se parte de los siguientes supuestos:

⁵⁷ Shavell, Steven, *op. cit.*

(1) cada parte efectuará un análisis racional y objetivo de sus probabilidades, (2) las partes coincidirán en las probabilidades de cada una de ellas de ganar el juicio, es decir, si el potencial demandante A considera que sus probabilidades de ganar son del 70%, el potencial demandado B deberá estimar que sus probabilidades de ganar son del 30%.

Sin embargo, en la mayoría de los eventos el análisis que cada parte efectúe sobre las probabilidades de ganar tendrá en cuenta otros factores subjetivos que afectan la racionalidad del análisis y, por consiguiente, se afectará el “equilibrio” que, idealmente, debería existir entre las estimaciones del demandante y las del demandado.

Los principales factores que inciden sobre las estimaciones de las partes son el optimismo y el pesimismo, los cuales, como ya se indicó, afectan la racionalidad de los análisis de cada parte. Aunque es más probable que las partes sean proclives a sobreestimar sus probabilidades, también es posible que las subestimen, lo que genera, en cualquier caso, una afectación sobre el análisis racional que deben aplicar a su decisión de demandar o no.

Estas alteraciones a la racionalidad del análisis generan ciertos efectos sobre la conducta de las partes frente a una determinada situación jurídica. Así, la sobreestimación de las probabilidades de las partes de obtener un fallo favorable genera una reducción del margen de negociación de la controversia respectiva, lo que es lógico si se tiene en cuenta que la sobreestimación de las probabilidades de ganar hace que el demandante crea que está en condiciones de obtener un monto superior a los gastos en que deba incurrir, por lo cual tenderá o se mostrará más proclive a ventilar su causa por la vía judicial, en lugar de propender por un acuerdo en el que, seguramente, no logrará un monto igual o superior a aquel que su optimismo le hace creer que obtendrá en el litigio. Por el contrario, la subestimación de las probabilidades de ganar el proceso incrementará el margen de negociación de la controversia, por lo que será más factible que el demandante persiga una solución negociada de sus diferencias.

Los efectos que en cada parte tiene la sobreestimación o subestimación de sus probabilidades de ganar son más patentes en el sistema del perdedor paga todo, ya que los costos judiciales son un elemento que incrementan o disminuyen (según sea el caso) tanto la estimación de la probabilidad de obtener una sentencia favorable como el impacto final (monto esperado) que se considera que dicho fallo favorable generará sobre la respectiva parte.

El sistema “el perdedor paga todo” es, por lo tanto, más sensible a los problemas de sobreestimación. Si hay sobreestimación habrá menos chances de conciliación y más de pleito que en un sistema “cada uno paga lo suyo”, [lo] que conduce a la problemática conclusión de que el sistema “el perdedor paga todo” fracasa en su propósito de disuadir el abuso del sistema judicial cuando hay sobreestimación.⁵⁸

A la par con el optimismo y el pesimismo, también existe otro factor subjetivo que tiene incidencia sobre la decisión de las partes de demandar o no, y es el relativo a la actitud de cada persona respecto de la exposición al riesgo. En virtud de él, una persona adversa al riesgo estará más dispuesta a conciliar, en la medida en que preferirá un resultado cierto (aunque menos rentable) que un resultado incierto (aunque este pueda, eventualmente, representar un mayor beneficio para el demandante). Por el contrario, una persona proclive al riesgo estará con mayor disposición a iniciar un proceso judicial, siempre y cuando pueda obtener de este un mayor beneficio que el derivado de un arreglo extrajudicial. Como conclusión de lo anterior, podemos señalar, siguiendo a Vereeck, que

[...] no se puede hacer una elección a priori de alguno de los sistemas alternativos de asignación de costos. Las consecuencias de dichos sistemas dependen en gran medida del contexto concreto en el cual se implementen. Los factores relevantes son: la probabilidad de ganar del demandante, la sobreestimación o subestimación mutua de las probabilidades, la relativa magnitud de los costos del proceso y la actitud de las partes ante el riesgo. De modo que no hay base teórica para proponer que uno de los dos esquemas de asignación de costos sea superior, es decir, que conduzca a más conciliaciones.⁵⁹

No obstante, debe precisarse que un demandante racional preferirá uno u otro sistema dependiendo de las probabilidades que tenga de ganar, las cuales se afectarán, por ejemplo, por factores como su optimismo o pesimismo. Desde luego que existen otros factores que influyen en la decisión de ir a juicio, y

⁵⁸ Vereeck, Lode, *op. cit.* p. 177.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 178.

entre ellos se incluyen la disponibilidad de la información, la proporción entre los costos del proceso y el valor de las pretensiones de la demanda, así como la duración del proceso o mora judicial. En lo que concierne a estos factores, en las dos próximas secciones se destacarán, someramente, los relacionados con los costos de agencia y la mora judicial.

2.5.4. Costos de agencia

Generan un impacto económico relevante sobre la determinación de iniciar o no un proceso judicial, y se centran en la estimación de los costos de representación que han de pagarse a los abogados. Al respecto, la doctrina especializada ha señalado que, desde el punto de vista económico, la relación que existe entre el cliente y su abogado se encuadra dentro de los denominados juegos o problemas de agencia.⁶⁰ Para estos efectos, los problemas de agencia han sido descritos en los siguientes términos:

Aquello que los economistas clasifican como “problemas de agencia”, en el sentido más genérico de la expresión, son aquellos que surgen cuando el bienestar de una de las partes, denominada el mandante (“principal”), depende de las acciones adelantadas por un tercero (“agent”). El problema radica en motivar al mandatario para que actúe en beneficio del mandante, en lugar de obrar en su propio interés. [...] En especial, casi todas las relaciones contractuales en las que una de las partes (el mandatario) le promete a un tercero (el mandante) el cumplimiento de una prestación, están expuestas a un problema de mandato. El quid de este asunto reside en la circunstancia de que, por lo general, el mandatario está mejor informado que el mandante respecto de los principales hechos generales del negocio. El mandante no puede, sin incurrir en costos, garantizar que el cumplimiento del mandatario se ajuste con exactitud a lo estipulado. En consecuencia, el mandatario podría estar inclinado a actuar de manera oportunista, mediante una ejecución descuidada de la prestación o, incluso, mediante un aprovechamiento

⁶⁰ En efecto, Cooter y Ullen señalan que “en una disputa legal, el demandante pone una reclamación legal bajo el control de un abogado. El abogado puede servir al cliente o explotarlo. En consecuencia, el mercado de servicios legales es un juego de la agencia”. Cooter, Robert y Ullen, Thomas. *Derecho y Economía*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1ª ed., 1999, p. 490.

indebido de los beneficios del negocio. Tal conducta implicará, a su vez, una pérdida de valor en la prestación contratada por el mandante. El detrimento económico podría surgir de modo directo o también indirectamente, como en aquellos casos en que es preciso incurrir en altos costos de fiscalización para garantizar la ejecución cumplida de lo prometido por el mandatario. Mientras más compleja sea la labor encomendada al mandatario y mayor sea el grado de discrecionalidad que se le confiera para su actuación, mayor será también el “costo de mandato” (“agency cost”) en que deberá incurrirse.⁶¹

De acuerdo con lo anterior, es evidente que un cliente puede verse envuelto en un problema de agencia con su abogado, en la medida en que este puede optar por favorecer sus intereses propios en desmedro de la protección adecuada de los derechos de aquel, por causa de conductas negligentes o, incluso, dolosas, en el curso de su encargo. Ahora bien, desde la perspectiva del análisis económico del derecho, las relaciones de agencia son eficientes para ambas partes cuando el mandante y el mandatario pueden maximizar sus ganancias.

Así, el principal elemento que permite equilibrar los intereses de las partes en la relación de agencia es el de la fijación de los honorarios, con los cuales se equilibra la situación de los intervinientes y se da un incentivo para que el abogado mandatario cumpla a cabalidad los deberes derivados de su relación.

Los costos derivados de los honorarios que se le deben al abogado suponen un alto porcentaje de los costos en que una parte debe incurrir para defender sus intereses en un proceso judicial. No obstante, los efectos económicos reales sobre el patrimonio del demandante dependen, entre otros factores, de la forma como se hayan pactado los honorarios y por tanto, si estos están sujetos al tiempo que el abogado destine a la atención del litigio, la mora judicial tendrá mayores efectos sobre el monto que él devengue; mientras que si se pactan honorarios *cuota litis*, la duración del proceso afectará principalmente al profesional del derecho, pues tendrá que esperar más tiempo antes de percibir los honorarios acordados.

⁶¹ Kraakman, Reinier R. “The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional approach”. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 21-22. En: Reyes Villamizar, Francisco. *Derecho Societario*. Bogotá: Editorial Temis, t. I, 2ª ed., 2006, p. 7.

2.5.5. Mora judicial

Según lo expuesto anteriormente, y en una afirmación que es axiomática, la efectividad de los procesos judiciales ejerce una decidida influencia sobre la situación jurídico-sustancial de las partes. Por tal motivo, uno de los factores que afecta principalmente la medición de la eficiencia procesal es la duración de los procesos, debido a que “cuanto más dura un juicio, más intensamente se descuentan los beneficios”,⁶² y además porque “se puede administrar justicia con eficiencia solo si se hace con rapidez”.⁶³ Lo anterior en la medida en que existe una asimetría entre la distribución de los costos del proceso y los réditos que se pueden obtener de este, la cual se evidencia en el hecho de que a lo largo de todo el proceso las partes incurren en los costos, mientras que los réditos únicamente se obtienen al final.

Esto hace que la incertidumbre sobre la existencia o inexistencia de un derecho a favor de una persona sea un factor económicamente ineficiente, ya que supone un desgaste de tiempo y recursos, e implica destinar parte de la atención a una actividad que no le está reportando beneficios inmediatos. Dentro de ese contexto, es obvio, entonces, que una de las principales garantías por las que debe propugnar todo sistema judicial consiste en la pronta solución de los conflictos que se someten a su consideración.

En tal sentido, la resolución de una controversia judicial dentro de un plazo razonable implica, de suyo, un beneficio para cada parte, independientemente de que dicha decisión sea favorable a ella, puesto que la sentencia pone fin a una situación incierta y permite que las partes destinen sus recursos y su atención a otras actividades que les representen beneficios económicos.

Con base en lo anterior, en todos los casos es indeseable y económicamente desfavorable que los litigios no tengan términos claros en los que deban ser resueltos por los jueces, porque esto da lugar a que las partes no tengan claridad sobre las reglas de juego y no puedan prever claramente la cantidad de recursos que deberán destinar para atender el proceso judicial.

La mayoría de los teóricos del análisis económico del derecho coinciden en que la demora judicial en un sistema legal, justo y eficiente es intolerable, en tanto afecta las expectativas legítimas de las partes para llegar a una solución definitiva de su controversia. Sin embargo, tanto en el sistema del

⁶² Vereeck, Lode, *op. cit.*, p. 181.

⁶³ *Ibíd.*, p. 183.

perdedor paga todo como en el de cada parte paga lo suyo el demandante es quien sufre los mayores perjuicios por la demora de los jueces, aspecto de particular relevancia en nuestro país teniendo en cuenta que, de acuerdo con el *Doing Business de 2011*, efectuado por el Banco Mundial, en el subíndice de celeridad, el tiempo que se demora una persona para resolver una disputa tipo o modelo entre el momento que formula la demanda y aquel en el que obtiene el pago, Colombia ocupa, en el contexto mundial, el puesto 178 entre 183 países.⁶⁴

Esta situación puede generar un efecto macroeconómico adverso sobre la percepción de la eficiencia de los procesos judiciales, toda vez que, en la medida en que los demandantes no tengan certeza sobre tal eficiencia y, a su turno, los demandados sepan que las probabilidades de ser condenados oportunamente en un juicio son bajas⁶⁵ –reduciendo así el impacto económico efectivo de la condena para ellos–, es probable que se induzca la producción de conductas causantes de responsabilidad. En definitiva, los demandantes pierden confianza en el sistema judicial, mientras que los eventuales demandados sabrán que las probabilidades de ser condenados por sus conductas son reducidas.

Sin embargo, en ambos sistemas (en “el perdedor paga todo” y en “cada parte paga lo suyo”), el demandante pierde más cuanto más se demora el juicio. Eventualmente, puede incluso renunciar a un legítimo reclamo, lo cual, en caso de responsabilidad civil por acto ilícito, es probable que induzca a más accidentes.⁶⁶

No obstante lo indicado, se debe tener en cuenta que la celeridad procesal, en sí misma, no es un ideal ni mucho menos la panacea, por cuanto es posible que, en aras de obtener una solución en un plazo cada vez más reducido, los jueces cometan errores que pueden implicar mayores costos que los que se

⁶⁴ Disponible en Internet: <http://espanol.doingbusiness.org/data/exploreconomies/colombia#enforcing-contracts>. [Consulta realizada el 22 de septiembre de 2011].

⁶⁵ De hecho, cuando el extremo pasivo no tiene la razón o estima que su postura es frágil o de difícil demostración dentro del proceso, es frecuente que se valga de mecanismos procesales que lo único que buscan es dilatar la decisión, ya que, desde su perspectiva, con ese obrar es posible que quiebre la voluntad de la contraparte hasta llegar al punto de que esta abandone el proceso o, por lo menos, se muestre más receptiva a algún tipo de negociación extrajudicial.

⁶⁶ Vereeck, Lode, *op. cit.*, p. 183.

reducen con una sentencia pronta. Este aspecto está muy presente en el sistema de la oralidad y en algunas medidas de choque que ha implementado el Consejo Superior de la Judicatura para descongestionar despachos judiciales.

En cuanto a lo primero, y de acuerdo con la estructura procedimental en boga, luego de haber escuchado los alegatos de cierre, el juez debe proferir de inmediato la respectiva sentencia, para lo cual el plazo máximo con que cuenta es hasta de dos horas conforme a la modificación que al artículo 432 del CPC introdujo el artículo 25 de la Ley 1395 de 2010. Sin embargo, cuando entre a regir la Ley 1564 del 12 de julio de 2012 o CGP, en su artículo 373, se ha previsto que si no fuere posible dictar la sentencia dentro de ese receso de dos horas, el juez deberá dejar constancia expresa de las razones concretas por las que no le fue factible hacerlo en ese término, y luego de haber anunciado el sentido de su fallo –con una breve exposición de sus fundamentos–, emitirá la sentencia dentro de los diez (10) días siguientes. Frente a lo segundo, son múltiples los eventos en los que el caso no es resuelto por el juez que conocía el asunto, sino por uno “de descongestión”, el cual tiene que cumplir con una cuota de 25 sentencias mensuales, lo que implica tener que emitir seis fallos por semana.

Según estas condiciones, es fácil colegir que, aunque por un lado se privilegia la celeridad, por el otro se atenta contra la calidad, y además de que el sistema se deslegitima en la medida en que se pierde la confianza en las decisiones judiciales, también perpetúa la congestión al incrementarse el número de recursos de apelación que deben ser resueltos por los jueces de segundo grado. Por lo anterior, algunos doctrinantes consideran que la dilación judicial no siempre es ineficiente porque puede suponer que los jueces se toman más tiempo en revisar y adoptar una decisión, evitando, de esta manera, los costos derivados de los errores judiciales.⁶⁷ Sin embargo, se considera que esta posición no justifica incurrir en dilaciones para resolver los litigios y que los jueces deben, en todo caso, tratar de establecer un equilibrio entre la celeridad de los procesos y la precisión de los fallos que adopten.

En nuestro sistema legal, esta es una de las situaciones que causa mayor perplejidad entre la comunidad jurídica, puesto que se trata de uno de los

⁶⁷ Gravelle, H. “Rationing Trials by Waiting: Welfare Implications”. En: *International Review of Law and Economics*, N°. 10, 1990.

defectos más graves que afecta la eficiencia y la efectividad de los mecanismos judiciales de resolución de controversias. Al respecto, Reyes Villamizar señala:

El sistema judicial (colombiano) se caracteriza por conflictos entre las cortes, prolongadas huelgas y, sobre todo, gran lentitud de los procesos. Estos se dilatan con frecuencia, para perplejidad y asombro de quienes esperan una decisión justa y proferida en plazos razonables. Estas tardanzas injustificadas resultan muy nocivas en todos los ámbitos del Derecho Privado.⁶⁸

2.6. Análisis económico del derecho del proceso ejecutivo

Como primera medida, se debe tener en cuenta que gran parte de la doctrina del análisis económico del derecho del proceso legal se circunscribe al estudio de la eficiencia respecto de la disyuntiva entre presentar una demanda judicial o llegar a un arreglo que resulte menos oneroso para las partes del litigio.

Por ese motivo, en principio podría pensarse que algunas de las conclusiones derivadas de estos estudios no serían aplicables al análisis económico del derecho del proceso ejecutivo, ya que cuando una parte es titular de un derecho cierto pero insatisfecho, lo más lógico, desde el punto de vista racional, es que no esté dispuesta a conciliar. Con todo, aunque a primera vista esta postura luce sensata si se piensa que la conciliación puede implicar una renuncia parcial a un derecho sobre el cual dicha parte ya tiene certeza, tampoco podemos ignorar que en ocasiones resultará más eficiente renunciar a una porción de tal derecho —en aras de obtener la satisfacción parcial de este—, que asumir una posición inflexible en cuanto a su titularidad y, como consecuencia de ello, no poder materializarlo debido a que las herramientas procesales con que cuenta su titular, sumadas a las vicisitudes a que está expuesta una actuación de esta naturaleza, eventualmente no permitan o dilaten en grado sumo la efectiva recuperación del crédito.

Este tipo de planteamientos resulta válido y es cada vez más frecuente en virtud de lo enrevesado que puede resultar el trámite de un proceso ejecutivo, porque su diseño legal tiene prevista una amplia fase cognoscitiva, acompañada de un surtido elenco de medios probatorios de la más variada índole,

⁶⁸ Reyes Villamizar. Francisco. *SAS la sociedad por acciones simplificada*. Bogotá: Legis, 1ª ed., 2009, p. 77.

aunada a un manifiesto activismo judicial⁶⁹ en el que en no pocas veces el juez ejecuta actos reservados a la parte demandada, y en el que, como ya se evidenció, ni siquiera con una sentencia en firme y luego de superar todos estos escollos el acreedor puede considerar que ya tiene asegurada la solución de su deuda. Sin embargo y en contra de lo que pudiera pensar el colectivo patrio, este fenómeno tan poco halagüeño se extiende a otras latitudes; así es como Vereeck nos informa que: “En los Países Bajos, el 73 % de los demandantes ganan sus juicios [...]. Pero, tres años después del fallo, solamente el 32 % de los ganadores ha cobrado el total del reclamo adjudicado por la corte, el 16 % ha recibido una parte de él y el 52 % no ha visto absolutamente nada”.⁷⁰

Dicha situación, que bien puede compararse con el caso colombiano (sin que existan datos exactos sobre el porcentaje de efectividad de la ejecución de las sentencias en nuestro país), demuestra que en la estimación de las probabilidades de éxito de un proceso también se debe tener en cuenta lo que pueda ocurrir en la etapa de ejecución de las sentencias porque, evidentemente, al demandante no le será útil tener un fallo favorable sin que haya podido obtener la satisfacción efectiva de sus derechos. Teniendo en cuenta que “[p]ara decidir si presentará una reclamación, el demandante racional deberá asignar probabilidad y ganancias a estos sucesos”,⁷¹ la viabilidad fáctica de obtener una solución pronta y efectiva de los derechos mediante el proceso judicial también

⁶⁹ Dicho activismo está avalado tanto por el moribundo CPC como por el nuevo CGP, que en diversos artículos disponen como deber del juez tener que decretar pruebas de oficio, así como declarar, *motu proprio*, excepciones de mérito que, aunque no hayan sido postuladas por el demandado, sí aparecen acreditadas en el plenario. A nivel jurisprudencial, lo que era una facultad en materia de pruebas de oficio, la Corte Suprema de Justicia lo convirtió en un poder-deber, y para que no quedaran dudas de su fuerza vinculante, el CGP, sin ambages, lo estableció como un deber en el artículo 170; por su parte, la Corte Constitucional ha declarado que “el juez debe parcializarse en favor de la verdad, manteniendo enhiesta e incólume su imparcialidad en la aplicación de la ley sustancial al caso concreto [...]. En síntesis, el decreto oficioso de pruebas, en materia civil, no es una atribución o facultad potestativa del juez: es un verdadero deber legal. En efecto, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente siempre que, a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; cuando la ley le marque un derrotero a seguir; o cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material”. Sentencia T-264 de abril 2 de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷⁰ Vereeck, Lode, *op. cit.*, p. 184.

⁷¹ Cooter, Robert y Ullen, Thomas. *Derecho y Economía*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica de México, 1.ª ed., 1999, p. 479.

influirá en el cálculo que un demandante racional efectuará para determinar si es lógico, desde el punto de vista económico, presentar una demanda ejecutiva.

Así, si las personas reconocen que los procesos judiciales no proveen garantías o mecanismos realmente efectivos para lograr el reconocimiento y la satisfacción de sus derechos, optarán por explorar nuevas alternativas que les permitan resolver sus controversias de modo extrajudicial, ahorrando, de ese modo, gran parte de los costos que se generan al acudir ante los jueces estatales.

Desde el punto de vista económico, esta circunstancia se conoce como la *sustituibilidad* de los bienes o servicios, que consiste en que cuando el mercado percibe que, por ejemplo, se incrementan los costos derivados de la adquisición de un producto, aquel tenderá a seleccionar otros productos que cumplan los mismos propósitos del inicial, pero que tengan un costo menor.

En este sentido, se ha declarado que, visto bajo el prisma de la economía, el sistema legal tiene las mismas características que un mercado, en el cual las leyes de la oferta y la demanda regulan las diferentes circunstancias que afectan los derechos de quienes participan en él. “La economía involucra el estudio de los mercados. En muchos aspectos, el sistema legal no es nada diferente a un mercado en el cual el Estado crea derechos que pueden ser usados por las partes para negociar”.⁷²

Precisamente y con fundamento en los comentados móviles, en los últimos tiempos han surgido unos mecanismos de cobro extrajudicial que fueron advertidos por Ogus y Veljanovski en los siguientes términos:

Es importante reconocer que los tribunales representan solo un método de resolver disputas. Si se vuelven demasiado caros, los litigantes se volverán hacia otras formas tales como tribunales de menor cuantía, arbitraje privado, arreglos extrajudiciales, cláusulas penales y garantías de cumplimiento de obligaciones. La corte compite con estas otras técnicas de resolución de disputas y el negocio fluirá hacia el que ofrezca el mejor servicio al precio más bajo.⁷³

⁷² “Economics involves the study of markets. In many respects, the legal system is nothing other than a market in which the state creates rights and entitlements that parties can use to facilitate bargaining”. Traducción libre. Macey, Jonathan. “The Pervasive Influence of Economic Analysis on Legal Decision Making”. En: *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 17, 1994.

⁷³ Ogus, Anthony y Veljanovski, Cento. *Readings in the Economics of Law and Regulation*. Oxford: Clarendon Press. En: Vereck, Lode, *op. cit.*, p. 184.

A nivel nacional, las autoridades colombianas también han reconocido la importancia de los mecanismos de ejecución extrajudicial, así como su utilidad para efectos de evitar, en la medida que ello sea razonable, acudir ante la administración de justicia, contribuyendo a la descongestión de los despachos judiciales y siempre y cuando se respeten ciertas garantías y derechos fundamentales de las partes. Sobre este aspecto, en sentencia T-798 de 2007, la Corte Constitucional afirmó que:

De ahí que el empleo de estas formas de cobro (extraprocesales) solo es válida en tanto se oriente a procurar formas privadas y pacíficas de solución de litigios que resulten menos gravosas para ambas partes, y en cambio, deje de serlo cuando su ejercicio constituya una fuente adicional de conflictos o claramente se proponga como una estrategia para eludir el cumplimiento de los requisitos, cargas, términos de prescripción y demás garantías de imparcialidad que asegura el proceso.⁷⁴

Por su lado y al pronunciarse sobre esta práctica en la que las personas migran del aparato judicial tradicional hacia otro tipo de figuras, la Superintendencia Financiera de Colombia indicó que el valerse de los mecanismos de ejecución extrajudicial cumple una finalidad legítima, en cuanto permite exigir el pago de las obligaciones sin acudir necesariamente a las vías judiciales ordinarias, evitando así los costos de diversa índole que para ambas partes (acreedor y deudor) se derivan del trámite de los procesos mediante las vías ordinarias.⁷⁵

Pues bien, con base en ese escenario y teniendo en cuenta el alto grado de participación que como demandantes en procesos ejecutivos tienen las instituciones financieras, en los siguientes acápite expondré el impacto que el análisis económico del derecho genera en torno a situaciones como las descritas, lo que ha llevado a este tipo de acreedores a acudir con mayor asiduidad a mecanismos en los que no tengan que someterse a los riesgos e incertidumbres propios del proceso ejecutivo.⁷⁶

⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-798 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

⁷⁵ Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto N°. 064056-001 del 30 de septiembre de 2009.

⁷⁶ Una manera de mitigar los riesgos derivados del no ejercicio oportuno de la acción cambiaria es

2.6.1. Manejo de los procesos ejecutivos por parte de las instituciones financieras

Como suele suceder en los países en vías de desarrollo, el principal intermediario de recursos financieros es la banca, que a través de su sistema traslada recursos de las unidades superavitarias a las deficitarias. En otros países, como ocurre en Estados Unidos, el mecanismo mediante el cual se genera el movimiento de los mencionados recursos no es el sistema bancario propiamente dicho, sino el mercado de valores.⁷⁷

Sin embargo, en Colombia ese flujo de recursos concentrado en la banca no ha hecho que al sector privado le resulte fácil la adquisición de créditos; por el contrario, estos, además de escasos, son altamente costosos, y ello ha conducido a que el sector financiero no desempeñe un papel más decisivo en la promoción de la inversión, el crecimiento y la generación de empleo.⁷⁸

Sobre este punto, Barragán advierte la simbiosis que se suscita entre crédito, inversión y crecimiento, pues estas tres variables se establecen merced a la relación que existe entre el sector real de la economía y los intermediarios financieros, debido a que como las empresas requieren capital para su inversión y crecimiento, si la liquidez es escasa, de inmediato sus posibilidades de expansión se limitan.⁷⁹

Esta situación se ilustra con lo que sucede alrededor del crédito hipotecario, ya que, además de erigirse en el instrumento que le permite a la población satisfacer sus necesidades de vivienda propia y adquirir bienes que son altamente evaluados, también es crucial para el desarrollo de la actividad constructora y, naturalmente, de la generación de empleo. No obstante y a pesar de estas bondades, en nuestro país el crédito hipotecario no ha tenido los

hacer uso del requerimiento privado al que se refiere el inciso final del artículo 94 del CGP, en virtud del cual “el término de prescripción también se interrumpe por el requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor. Este requerimiento solo podrá hacerse por una vez”. De ese modo, se evita que los acreedores tengan que salir a instaurar demandas con el solo propósito de interrumpir civilmente el término de prescripción, lo que implica una modificación al artículo 2539 del Código Civil.

⁷⁷ Barragán Arango, Luis Alfredo. “El régimen de garantías en el ordenamiento jurídico colombiano y el análisis económico del derecho”. En: Venegas Franco, Alejandro *et al.* (Eds.). *Estudios de Derecho Privado*. Bogotá: Liber amicorum en homenaje a César Gómez Estrada, Editorial Universidad del Rosario, t. I, 2009, p. 64.

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ *Ibíd.*

alcances esperados porque, de un lado, desde el punto de vista de los usuarios de esta clase de créditos y luego de haber tenido que soportar amargas experiencias con la unidad de cuenta denominada UPAC, aún persiste una marcada desconfianza en el sistema de financiación, la volatilidad de las tasas de interés y, por supuesto, su alto incremento.

Del otro lado, es decir, del de los dispensadores del crédito, los elementos que influyen para que no se coloque un mayor porcentaje de recursos entre el público (y, sobre todo, para que esos fondos no resulten tan onerosos) son la inseguridad jurídica y los elevados costos que traen consigo la ejecución de las garantías, costos que en el caso de los acreedores financieros tienen que ver fundamentalmente con el hecho de que para recuperar el crédito, es menester acudir a unos procedimientos judiciales que no son para nada expeditos, sin perjuicio, desde luego, de los avances que sobre el particular se han tratado de introducir mediante las figuras que se comentaron en el capítulo 1, que consisten en la adjudicación especial de la garantía real y la nueva ley de garantías mobiliarias.

Al respecto, ya existen múltiples estudios que evidencian cómo las circunstancias anteriormente anotadas, esto es, el poco nivel de permeabilidad de la banca en todas las capas sociales, junto con unos muy altos márgenes de intermediación financiera que incrementan los costos de adquisición de los créditos son el resultado, en gran medida, de la falta de un régimen legal que proteja en forma adecuada a los acreedores. En este campo y siguiendo al mismo autor: “Una economía que no se encuentre respaldada por un marco normativo que ofrezca protección y seguridad a los inversionistas y ahorradores, tiene pocas o escasas posibilidades de crecer a tasas que reflejen un verdadero desarrollo y que redunden en un mejor nivel de vida para la población”.⁸⁰

Frente a este tema y de acuerdo con el Banco Mundial, en una escala de 0 a 10,⁸¹ Colombia tiene un índice de protección de los derechos de los acreedores de 5, y en lo que atañe a la ejecución de contratos, está en el puesto 149 entre 181 países. Para arribar a esa conclusión, quienes elaboraron el

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 61.

⁸¹ World Bank. *Doing business 2011*. Disponible en Internet: <http://espanol.doingbusiness.org/data/exploreconomies/colombia#enforcing-contracts>. [Consulta realizada el 22 de septiembre de 2011]. Según el Banco Mundial, Hong Kong ocupa el puesto número uno en cuanto al cumplimiento de contratos.

estudio ponderaron estas dos variables: una, relacionada con los tiempos que se invierten para tramitar un proceso judicial (mientras que en Colombia es de 1346 días en promedio, en Hong Kong es de 211 días), y otra, vinculada a los costos que representa para una persona el tener que ventilar su causa ante la jurisdicción ordinaria (en Colombia, el promedio fue de 52,6% del valor de las pretensiones y, en cambio, en Hong Kong es de solo el 14,5% de ese monto).

2.6.1.1. Tasa de interés de colocación

Con el propósito de demostrar de qué manera los tiempos procesales inciden en forma negativa en la relación “riesgo-tasa de interés”, puesto que en la medida en que haya un mayor riesgo para que el acreedor recupere su crédito, se incrementará el margen de intermediación y con ello los costos del dinero mutuado, a continuación se da a conocer cómo la tasa de interés de colocación se descompone en cuatro partes.

La primera es el costo que tiene para los bancos el captar los recursos, es decir, lo que les paga a los titulares de cuentas de ahorros y certificados de depósito a término. En esta materia, tendrán mayor ventaja las entidades bancarias cuya fortaleza sea el manejo de cuentas corrientes, ya que en ese evento captarán recursos a cero costos y por tanto podrán colocar los préstamos a una tasa más barata.⁸²

El segundo rubro que integra la tasa de interés de colocación es el referido a los gastos operacionales que tiene el banco, o sea, todo lo que le cuesta funcionar: la planta física, los costos laborales, las contingencias, etc. A propósito de estas últimas, ellas son unas reservas o provisiones que hay que hacer como consecuencia de los deudores incumplidos, e implican que el establecimiento crediticio deba hacer un cálculo acerca de la probabilidad de mora.⁸³ Tales provisiones de cartera están relacionadas con la calificación del riesgo, lo que, a su vez, afecta el balance de la respectiva entidad.

La tercera parte que conforma la mencionada tasa es la utilidad esperada de los bancos, y la cuarta es la cobrabilidad de los recursos prestados o, en

⁸² En el medio bancario se dice que si una entidad paga una alta tasa de interés por los dineros captados es porque ella está ilíquida.

⁸³ Un deudor incumplido termina afectando a los demás deudores cumplidos, en la medida en que el banco tendrá que hacer un cálculo sobre la probabilidad de mora. Así, como ejemplo, si de \$ 100, \$ 4 van a quedar en mora, esa contingencia se la traslada el acreedor a los clientes que sí pagan, por lo que se aumenta el costo del dinero.

otras palabras, cuánto le cuesta al banco en tiempo, y por ende en recursos económicos, recuperar el dinero o la cartera vencida.⁸⁴

Teniendo en cuenta que lo concerniente a los tiempos procesales ya se explicó en diversos apartados del capítulo 1, en esta oportunidad se hará referencia al impacto que estos tienen en las prácticas bancarias y en la manera como afectan su decisión de iniciar o no el correspondiente proceso ejecutivo.

En concreto y debido a lo aleatorio, demorado e ineficiente que resulta tratar de recuperar el crédito por la vía judicial, cada vez más los bancos acuden a hacer “paquetes de cartera vencida” (que incluyen solo capital), y después los venden a empresas llamadas *colectoras de cartera* como Crear País o Covinoc, quienes los compran al 15 %, 16 % o 17 % de su valor. De ese modo, un “paquete de cartera” de, por ejemplo, diez mil millones de pesos (\$ 10 000 000 000) es vendido luego en mil setecientos millones (\$ 1 700 000 000) y, aunque un castigo del 83 % es ciertamente significativo, aun así los bancos prefieren acudir a este mecanismo porque de esa manera prescinden de mantener unos costos relacionados con provisiones y honorarios de abogados, lo que se suma al hecho de que lo que obtienen como producto de la venta ingresa directamente a su P y G, y ello, desde luego, les mejora el balance.

Ahora bien, desde la perspectiva de los usuarios de créditos, esa situación también tiene diversas connotaciones puesto que, a pesar de que en un primer momento les pueda resultar atractiva, a la postre terminan perjudicados en sus intereses. En efecto y aunque a primera vista para un deudor su percepción pueda ser la de que entrar en mora es un buen negocio para él, debido a que los tiempos que insume el proceso judicial son significativamente altos y a que los bancos tienen por política que la cartera de menos de cinco millones de pesos (\$ 5 000 000) no la cobran por esa vía, al final esa actitud termina perjudicando sus intereses debido a que: 1) la deuda se incrementa por concepto de intereses de mora, 2) quedan estigmatizados como deudores morosos y 3) se rompe el vínculo contractual en la medida en que el acreedor original es desplazado por el adquirente del “paquete de cartera”.

Limitados a los sucesos 2) y 3), la principal herramienta con que cuentan las citadas empresas colectoras de cartera, es decir, las que adquieren los

⁸⁴ La mala colocación de los recursos también repercute en la irrecuperabilidad; sin embargo, ese ya no es un problema del proceso como tal, sino de un inadecuado análisis de riesgo o del sistema de administración del riesgo crediticio conocido como SARC.

“paquetes de cartera” que les venden los bancos, no es el proceso ejecutivo, sino el reporte que de los deudores morosos se hace ante las centrales de riesgo. Por esa razón, a las colectoras no les preocupa tanto si los créditos están instrumentados o no en un pagaré que soporte la ejecución, o si las garantías ofrecen alguna razonable expectativa de lograr el pago, sino que su interés se centra en que los vendedores les trasladen la autorización para que ellas puedan hacer el reporte contemplado en la anterior Ley 1266 del 31 de diciembre de 2008, hoy en día Ley 1581 de 2012, que establece las disposiciones generales del *hábeas data* y regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países.

Naturalmente y dada la clase de negocios que ellas celebran, este tipo de empresas colectoras no suelen acudir a la administración de justicia para iniciar procesos ejecutivos, y los que ya están en curso no se constituyen en el medio al que le apuestan todo para lograr la recuperación de la deuda. Su eficaz accionar gira alrededor de una fuerza de cobro distinta de la de los canales institucionales, que está apoyada en un ejército de personas dedicadas a llamar incesantemente a los deudores⁸⁵ y a negociar con ellos unos acuerdos de pago en los que si recuperan, verbigracia, el 30% del crédito, ya con eso habrán obtenido unas abundantes ganancias, pues, como lo dije, si pagaron por una cartera el 15% y en muy poco tiempo recuperan el 30% de esta, es obvio que sus beneficios son significativos y que esa actividad les resulta sumamente rentable.

Sin embargo, aunque en el campo de los negocios este proceder es lícito, en el universo del derecho procesal es una muestra significativa de la manera como se deslegitima un sistema de recaudo que en condiciones normales debería ser evacuado mediante el cobro compulsivo de la obligación y a través de los funcionarios y procedimientos judiciales diseñados para el efecto, o en virtud de los mecanismos legales expuestos en el capítulo I de este escrito, que les permiten –a quienes son parte en la relación jurídica sustancial que

⁸⁵ En el pasado, este comportamiento se extendió, incluso, a lo que en el medio colombiano se conoce como *chepitos*, personas que vocean ante el público en general y en frente de la residencia o lugar de trabajo del deudor que este no ha pagado las obligaciones a su cargo. La Corte Constitucional le puso coto a esas malas prácticas y la Superintendencia Financiera tuvo que expedir unas circulares externas en las que fijó las pautas a las que, en esta materia, deben acogerse las entidades vigiladas por ella.

se discute— solucionar la obligación sin tener que acudir a la intervención de terceros que, en ciertos casos, se valen de medios que riñen con los protocolos establecidos para llevar a cabo labores de cobranza extrajudicial, y cuyas agresivas estrategias de cobro terminan conculcando legítimos derechos de los deudores.

En este sentido, y no obstante que la Ley 1328 de 2009 supuso un avance en materia de protección jurídica para los usuarios del sistema financiero, la Superintendencia del ramo tuvo que expedir las circulares externas 38 y 39 de septiembre 6 de 2011, que disciplinan las prácticas abusivas en que no podrán volver a incurrir los acreedores del sector y que, además, intentan equilibrar los asimétricos contratos que los vinculan con sus clientes. Empero, tales disposiciones recaen sobre las entidades financieras sujetas al control y vigilancia de dicho ente, y como en estricto rigor jurídico las empresas colectoras no son establecimientos sometidos a la égida de la Superintendencia Financiera, por ese resquicio legal podrán hacerle el quite a sus mandatos y continuar con los censurables comportamientos que habitualmente originan quejas y reclamos de parte de los ciudadanos.

De otro lado y debido a las nefastas repercusiones que sobre el juicio ejecutivo tienen factores como la mora judicial, los costos del proceso y los costos de agencia, junto con mecanismos como el explicado en antelación, las entidades financieras también han tenido que explorar alternativas que les permitan incrementar la eficiencia en su actividad, y generar “economías de escala” que favorecen su posición, con base en las cuales reducen los riesgos derivados del incumplimiento de sus deudores.

Por esos motivos, dentro de la estructura de las operaciones de crédito que ellas llevan a cabo y con el fin de no tener que acudir al trámite del proceso ejecutivo ni a la realización de la hipoteca y de la prenda, derechos reales estos que por su entramado procesal y ante la multiplicidad de barreras legales para hacerlos efectivos ya no son atractivos, las unidades de riesgo de los bancos han empezado a exigir otro tipo de garantías que les permiten obviar la vía judicial.

Entre esas garantías encontramos, además de la mencionada Ley 1676 de 2013, las cartas de crédito *stand by*, que implican compromisos irrevocables de pago por parte de otro banco, y cuyos clientes más frecuentes son empresas sucursales de sociedades multinacionales. Con este producto, el cuarto componente de la tasa de interés de colocación, es decir el de la cobrabilidad

de los recursos prestados, no existe, y no existe porque la fuente de pago es completamente segura.

Otras garantías que ofrecen seguridades mayores que las tradicionales son las cesiones de rentas futuras o de los derechos económicos de un contrato, ya que los dineros por estos conceptos ingresan directamente a las arcas del acreedor sin tener que pasar por las manos del deudor. Similar beneficio ofrece, aunque en menor grado, la fiducia en garantía, aunque en honor a la verdad, hay que decir que todas estas operaciones son más sofisticadas en la medida en que suponen un deudor cualificado que dista mucho del tradicional demandante de créditos masivos o de consumo.

Para estos últimos, que sí suelen verse envueltos en procesos judiciales, la tasa de interés siempre será más alta porque hay mayor probabilidad de mora, se provisionan más rápido y se incrementa la dificultad en el recaudo. En consecuencia, si el tiempo que se invierte para recuperar una obligación de esta naturaleza fuera menor, el mencionado componente cuatro de la tasa de interés de colocación (la cobrabilidad de los recursos) disminuiría, y es ahí en donde el análisis económico del derecho tiene que impactar la normatividad jurídica vigente, con sus principios económicos neoclásicos que tengan en cuenta los incentivos, la maximización de la utilidad y la teoría de juegos.

Por supuesto, todo ello, y como se demostró a lo largo de este trabajo, debe hacerse con la mira puesta en reformar la actual estructura del proceso ejecutivo, para buscar así la implementación de unos criterios de eficiencia que permitan, antes que la imposición de trabas y restricciones para que los acreedores puedan recuperar en breve tiempo sus créditos, la agilización del mercado de recursos, el estímulo para una mayor penetración de los intermediarios financieros en el sector real de la economía y el incremento de la confianza de los inversionistas en nuestro sistema de administración de justicia.

Conclusiones

1. El grueso del pensamiento jurídico colombiano, del cual respetuosamente discrepo, está alineado en lo que en el derecho procesal se conoce como *visión publicista* del proceso, y en virtud de esa postura, no se concibe como método de debate pacífico encaminado a heterocomponer un litigio, sino como un medio de investigación en el que se emprende una búsqueda denodada de la verdad, pues, en su concepto, el juez tiene que ser un asistente social que debe parcializarse en favor de la verdad o, de lo contrario, la sentencia que se dicte no será defensible.

Bajo esa óptica, quienes así razonan defienden a ultranza el decreto oficioso de pruebas y conminan al juez para que haga uso siempre de esos mecanismos; elevan al rango de deber del funcionario judicial el que él tenga que procurar no solo la igualdad jurídica de las partes, sino sobre todo la real o material, y, naturalmente, dotan al administrador de justicia de múltiples poderes que son propios de un sistema de juzgamiento de corte inquisitivo y no adversarial.

Como para los publicistas el proceso no es una garantía de los ciudadanos, él se erige en una herramienta al servicio de los más altos fines sociales del Estado, en el que priman normas y principios de abolengo superior a los del mero interés privado de los contendientes.

Debido a esas razones, la tensión entre el Estado y el individuo se resuelve en favor de aquel, y ese es uno de los motivos por los que en todas las reformas que se hacen a los diversos procedimientos, el común denominador sea el de conferirle cada vez mayores poderes al juez.

2. En oposición a esos postulados y desde una perspectiva *garantista procesal*, la tensión Estado-individuo se debe dilucidar en favor de este, como quiera que dentro de un sistema republicano no se pugna por jueces justicieros comprometidos con su particular noción de lo que entienden como la verdad y la justicia, sino por funcionarios que se limitan a declarar la certeza de las relaciones conflictivas, otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados y protegiendo la igualdad procesal (sin pesquisas desenfrenadas alrededor de la igualdad material), con una permanente imparcialidad funcional y acatando las reglas del proceso.¹
3. Entonces, dentro de este contexto y con fundamento en dicha visión ideológica, se ha defendido (y se cree haber demostrado) la tesis de que a mi juicio y de acuerdo con el análisis económico del derecho, las futuras reformas al proceso ejecutivo tienen que tener en cuenta el impacto que este produce, y no seguir girando alrededor de consideraciones puramente jurídicas que satisfacen nuestra vanidad profesional y nos ilusionan vanamente con la idea de que la ciencia del derecho es siempre autónoma y autorreferencial.
4. En apoyo de la anterior afirmación, en el primer capítulo quedó claro que trabajamos con una idea equivocada de lo que en Colombia es el proceso ejecutivo porque en rigor de verdad no ejecutamos derechos ciertos, sino decisiones judiciales que son las que finalmente abren la puerta al cobro coactivo propiamente dicho; que la pluralidad de documentos a los que se les da ejecutividad (por encima de su fehicencia) atentan contra la seguridad jurídica, y que por ese motivo no debería existir un proceso único de esta naturaleza con unas fases idénticas (de ejecución y de conocimiento), sino que estas tendrían que variar dependiendo de la mayor o menor fehicencia de los títulos.
5. En lo que respecta a la incidencia del análisis económico del derecho en el proceso ejecutivo, resulta evidente que su diseño procesal torna

¹ Postura que consigné en la presentación para Colombia del libro *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas, quince ensayos*, coordinado por el profesor Juan Montero Aroca y cuyos coautores son, además de él, Adolfo Alvarado Velloso, Franco Cipriani, *et al.* Este texto, publicado en Colombia por Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2012, tuvo una primera edición (en la que no intervine para nada), de la Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

precario el modelo de protección jurídica de los acreedores, lo cual hace que desde este punto de vista y circunscritos al otorgamiento de créditos para la población en general, los recursos que se colocan sean escasos y las tasas de interés que se pagan por ellos sean significativamente altas.

6. Si nos detenemos en la eficiencia económica como elemento que afecta a las partes involucradas en un litigio, la incertidumbre sobre la asignación de derechos en cabeza de cualquiera de ellas es un factor indeseable, en la medida en que durante el amplio lapso en que el proceso judicial se resuelve, los contendientes se ven compelidos a dedicar tiempo y recursos que podrían ser empleados de forma más eficiente si pudieran contar con un mayor grado de predictibilidad del fallo y de su ejecución, con independencia de cuál de los dos resultará favorecido con la decisión.
7. En un entorno en el que los actores del tráfico mercantil adoptan sus determinaciones con base en criterios de racionalidad económica, es innegable la necesidad de efectuar un estudio de los factores que en este sentido afectan su decisión a la hora de participar o no en un proceso judicial. Así, cuanto más eficiente sea la administración de justicia, mayor credibilidad y legitimidad generará en los asociados, evitando, de esa manera, que tengan que acudir a mecanismos distintos de los institucionales como ocurre, por ejemplo, con una de las alternativas que frente a la mora judicial ha adoptado el sistema bancario, que consiste en valerse de empresas colectoras de cartera que operan por fuera del marco del proceso ejecutivo.
8. Junto con las modificaciones de estirpe puramente procesal, también era indispensable que se introdujeran cambios a figuras del derecho sustancial como son las garantías prendarias e hipotecarias, permitiéndole a las partes que en virtud de un replanteamiento del pacto comisorio, en el evento de que el deudor incumpla su obligación, el acreedor pueda disponer directamente del bien gravado, prescindiendo así de tener que tramitar el actual y dispendioso proceso ejecutivo.
9. Si la regla de apariencia del título ejecutivo invierte la carga de la prueba, entonces la fase de conocimiento debe ser sustancialmente más reducida y los medios con que cuente el demandado para oponerse a la pretensión del actor deben restringirse a unas pocas excepciones de

mérito, cuya demostración sea siempre –y en la medida de lo posible, dado el monto de la deuda– de carácter documental, sin perjuicio de que en un ulterior proceso declarativo, y si a ello hubiere lugar, acredite otro tipo de circunstancias que no pudo hacer valer dentro de la ejecución.

10. Finalmente, pese a que Dworkin critica el análisis económico del derecho porque este privilegia la eficacia como valor jurídico, mientras que él estima que el valor jurídico supremo debe ser la justicia y no la eficiencia, lo que se ha expuesto en este escrito no es que la eficiencia desplace a la justicia, sino que aquella sea incorporada dentro de la discusión que se suscite a la hora de implementar procedimientos judiciales, en particular los relacionados con los ejecutivos.

Adicionalmente, en oposición a las ideas de Ronald Dworkin, que es un *principalista*, Richard Posner y el análisis económico del derecho son *consecuencialistas*, en el sentido de que los conflictos se deben resolver a la luz de los efectos que produzca la decisión. De hecho, en el preciso marco de la creación de riqueza (y con ella en la relación que existe entre inversión, crecimiento y generación de empleo), el concepto de eficiencia es mucho más relevante que el de justicia, aunque, desde luego, esa realidad no implica que se desdeñe la búsqueda de esta última.

Bibliografía

Citas doctrinales

- Alvarado Velloso, Adolfo. “Lecciones de derecho procesal civil”. En: *Sistema procesal: garantía de la libertad, adaptado a la legislación procesal de la capital federal y de la provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: La Ley, 1ª ed., 2010.
- Alvarado Velloso, Adolfo y Meroi, Andrea. “Mejoramiento del Procedimiento Ejecutivo-introducción del monitorio”. En: *Jornadas sobre Propuesta de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santafé*, Rosario, Argentina, 2002.
- Barragán Arango, Luis Alfredo. “El régimen de garantías en el ordenamiento jurídico colombiano y el análisis económico del derecho”. En: Venegas Franco, Alejandro *et al.* *Estudios de derecho privado*. Bogotá: Liber amicorum en homenaje a César Gómez Estrada, Editorial Universidad del Rosario, t. I, 2009.
- Becker, Gary. “A theory of Competition among Pressure Groups for Political Influence”. En: *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 98, N° 3, 1983. The MIT Press.
- Bejarano Guzmán, Ramiro. *Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales*. Bogotá: Temis, 2011.
- Bentham, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Capítulo XIV: of the proportion between punishments and offences. Kitchener: Batoche Books, 2002.
- Calabresi, Guido. *El costo de los accidentes: un análisis económico y legal*. New Haven: Yale University Press, 1ª ed., 1970.

- Calvinho, Gustavo. *Sistema procesal: garantía de la Libertad, adaptado a la legislación procesal de la capital federal y de la provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: La Ley, 1ª ed., 2010.
- Calvinho, Gustavo. “Debido proceso y procedimiento monitorio”. En: *Derecho procesal contemporáneo*. Buenos Aires: Ediar, 1ª ed., 2006.
- Camerer, C., Loewenstern, G. y Rabin, M. *Advances in Behaviorale Economics*. New Jersey: Princeton University Press y Rusell Sage Foundation, 2004.
- Carnelutti, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires: EJEA, t. I, 1959.
- Ciuro Caldani, Miguel Ángel. *Aportes de análisis económico del derecho para la teoría trialista del mundo jurídico*. Rosario, Argentina: Facultad de Derecho Unicen, 2004.
- Coloma, Germán. *Apuntes para el análisis económico del derecho privado argentino*. Buenos Aires: Universidad del Centro de Estudios Macroeconómicos de Argentina (CEMA), 1999.
- Cooter, Robert. “Liberty, Efficiency and Law”. En: *Law and Comparative Problems*, vol. 50, Autumn, N°. 4, Durham, North Carolina, 1987.
- Cooter, Robert. “The Best Right Laws: Value Foundations of the Economic Analysis of Law”. En: *Notre Dame Law Review*, vol. 64, 1989.
- Cooter, Robert y Ullen, Thomas. *Derecho y economía*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica de México, 1ª ed, 1999.
- De la Plaza, Manuel. “Derecho procesal civil español”. En: *Revista de Derecho Privado*, vol. II, 2ª parte, Madrid, 1955.
- Devis Echandía, Hernando. *Compendio de derecho procesal*. Pruebas Judiciales. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, t. II, 1994.
- Díez Picazo, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1ª ed., 1999.
- Dworkin, Ronald. *La justicia en toga*. Colección Filosofía y Derecho. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- García Villegas, Mauricio y Sousa Santos, Boaventura de. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Colciencias, 2001.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo. *Respuestas procesales*. Buenos Aires: Ediar, 1991.
- Gravelle, H. “Rationing Trials by Waiting: Welfare Implications”. En: *International Review of Law and Economics*, N°. 10, 1990.
- Guasp, Jaime. *Derecho procesal civil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, t. II, parte especial, Madrid, 1968.

- Hernández Villarreal, Gabriel. “La sentencia en el proceso ejecutivo”. En: *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Librería Ediciones del Profesional Limitada, N.º 31, Bogotá, 2005.
- Hernández Villarreal, Gabriel. “Las medidas cautelares en los procesos arbitrales”. En: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 9, N.º 1, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.
- Hernández Villarreal, Gabriel. “Tratamiento procesal del pacto comisorio expreso previsto en el artículo 1937 del Código Civil Colombiano: ¿Una garantía inane?”. En: *Estudios sobre garantías reales y personales. Homenaje a Manuel Somarriva Undurraga*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario y Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Bogotá, 2009.
- Kraakman, Reinier R. *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*. New York: Oxford University Press, 2004.
- Lascano, David. “Hacia un nuevo tipo de proceso”. En: *Revista de Derecho Procesal*, vol. 1, 1943.
- Liebman, Enrique Tulio. *Manual de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1980.
- López Blanco, Hernán Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Civil, Parte Especial*. Bogotá: Dupré Editores, t. II, 2009.
- Macey, Jonathan. “The Pervasive Influence of Economic Analysis on Legal Decision Making”. En: *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 17, 1994.
- Mercado Pacheco, Pedro. *El análisis económico del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- Nieva-Fenoll, Jordi. *El procedimiento monitorio en América Latina. Pasado, presente y futuro*. Bogotá: Temis, 2013.
- Núñez Trujillo, Antonio José. *Introducción y principios fundamentales del análisis económico de la ley*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2000.
- Ogus, Anthony y Veljanovski, Cento. *Readings in the Economics of Law and Regulation*. Oxford: Clarendon Press, 1984.
- Posner, Richard. “Some Uses and Abuses of Law in Economics”. En: *The University of Chicago Law Review*, vol. 46, N.º 2, 1979.
- Posner, Richard. “Wealth Maximization And Tort Law: A Philosophical Inquiry”. En: Owen, David G. *Philosophical Foundations of Tort Law*. Clarendon: Clarendon Press, 1996.

- Reyes Villamizar, Francisco. *Derecho Societario*. Bogotá: Temis, t. I, 2ª ed., 2006.
- Reyes Villamizar, Francisco. *SAS la sociedad por acciones simplificada*. Bogotá: Legis, 1ª ed., 2009.
- Reyes Villamizar, Francisco. “Responsabilidad de los administradores en la Sociedad por Acciones Simplificada”. En: *Superintendencia de Sociedades. Empresas colombianas: actualidad y perspectivas II*. Bogotá, 2010.
- Robbins, Lionel. *Essay on the Nature and Significance of Economic Science*. London: Macmillan & co, 2nd ed., 1945.
- Rodríguez Garavito, César. “La justicia civil y de familia”. En: *Colciencias. El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Colciencias, 2001.
- Roemer, Andrés. *Introducción al análisis económico del derecho*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica de México, 1994.
- Rojas Gómez, Miguel Enrique. *Desafíos del nuevo régimen del proceso ejecutivo*. Ponencia presentada en el xxxiii Congreso Colombiano de Derecho Procesal y publicada en el libro de memorias de ese certamen por la Universidad Libre, Bogotá, septiembre de 2012.
- Salgado, Elvira. “Teoría de costos de transacción: una breve reseña”. En: *Cuadernos de Administración*, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Pontificia Universidad Javeriana, vol. 6, N°. 026, julio-diciembre, 2003.
- Shavell, Steven. “Suit and Settlement vs. Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs”. En: *Journal of Legal Studies*, N°.11.
- Silva García, Germán. *El mundo real de los abogados y de la justicia*. La Profesión Jurídica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, t. I, 2001.
- Smith, Adam. “An Inquiry into the Causes and Nature of the Wealth of Nations”. En: *Libro IV: Of the Systems of Political Economics*. Hamburgo: Management Laboratory Press, 2008.
- Talero Castro, Diana Lucía. “Solución negociada a la crisis del deudor persona natural no comerciante”. En: Superintendencia de Sociedades. *Empresas Colombianas: Actualidad y Perspectivas II*. Bogotá, 2010.
- Velásquez Gómez, Juan Guillermo. *Los procesos ejecutivos y medidas cautelares*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2004.
- Vereeck, Lode. “El derecho procesal”. En: Spector, Horacio (Comp.). *Elementos de análisis económico del derecho*. Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 1ª ed., 2004.

Jurisprudencia

Corte Constitucional

Sentencia C-294 de 1995. M. P. Jorge Arango Mejía.

Sentencia T-431 de 1995. M. P. Hernando Herrera Vergara.

Sentencia T-798 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia T-264 de abril 2 de 2009. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia C-169 de marzo 19 de 2014. M. P. María Victoria Calle Correa.

Corte Suprema de Justicia

Sala de casación civil, sentencia del 29 de julio de 2005. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo, exp. 20302-02.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá

Sala Civil, auto del 17 de febrero de 2010. M. P. Marco Antonio Álvarez Gómez.

Jurisprudencia extranjera

Sentencia United States *et al.* Vrs. Carroll Towing Inc.

Legislación

Código Civil Colombiano, sancionado el 26 de mayo de 1873 y entrado en vigencia con la Ley 57 de 1887.

Código Contencioso Administrativo Colombiano-Decreto-Ley 01 de 1984.

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-Ley 1437 de 2011.

Código de Procedimiento Civil Colombiano-Decreto-Ley 1400 de 1970.

Código de la Infancia y Adolescencia Colombiano-Ley 1098 de 2006.

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina). Ley 17.454 de 1981.

Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires (Argentina). Decreto-Ley 7425 de 1968.

Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba (Argentina). Ley 8465 de 1995.

Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de la Pampa (Argentina).
Ley 1828 de 1999.

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Decreto 663 de 1993.

Ley Española de Enjuiciamiento Civil-Ley N°. 01 de 2000.

Modificación del Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por
la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. (Colombia). Ley
1111 de 2006.

Norma Transitoria para Descongestionar Despachos Judiciales. (Colombia).
Decreto-Ley 2651 de 1991.

Nuevo Código de Comercio Colombiano-Decreto-Ley 410 de 1971.

Régimen de Insolvencia Empresarial (Colombia). Ley 1116 de 2006.

Régimen de Propiedad horizontal (Colombia). Ley 675 de 2001.

Ley por la cual se dictan disposiciones generales del hábeas data (Colombia).
Ley 1266 de 2008.

Ley por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mer-
cado de valores y otras disposiciones (Colombia). Ley 1328 de 2009.

Ley por la cual se Regula el Arancel Judicial (Colombia). Ley 1394 de 2010.

Ley por la cual se Adoptan Medidas en materia de Descongestión Judicial
(Colombia). Ley 1395 de 2010.

Ley por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras
disposiciones (Colombia). Ley 1564 de 2012.

Ley por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos
personales (Colombia). Ley 1581 de 2012, reglamentada por el Decreto
Nacional 1377 de 2013.

Ley por la cual se regula una arancel judicial y se dictan otras disposiciones
(Colombia). Ley 1653 de 2013.

Ley por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre ga-
rantías mobiliarias (Colombia). Ley 1676 de 2013.

Otros

Circular Básica Jurídica (Circular Externa 6 de 1996).

Claeys, Eric R. *Virtue Rights in American Property Law*. Disponible en Inter-
net: <http://www.eumed.net/cursecon/textos/posner-tort.pdf>

Colección Reformas en la Rama Judicial. *Descongestión de la jurisdicción civil*.
Bogotá: Deutsche Gesellschaft Für Technische Zusammenarbeit, t.
II, 2005.

- Concepto N°. 064056-001 del 30 de septiembre de 2009.
- Consejo Superior de la Judicatura. *Informe al Congreso año 2011 sobre el estado actual de la administración de justicia*. Disponible en Internet: <<http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/ALTAS%20CORTES/CONSEJO%20SUPERIOR/UDAE/publicaciones/2011%20CAP%C3%8DTULO%207-ESTADO%20ACTUAL%20DE%20LA%20ADMINISTRACION%20DE%20JUSTICIA.pdf>> [citado el 31 de marzo de 2014].
- Consejo Superior de la Judicatura. *Informe al Congreso de la República sobre el estado actual de la administración de justicia*, 2012.
- Consejo Superior de la Judicatura. Disponible en Internet: http://www.ramajudicial.gov.co/csj/index.jsp?cargaHome=3&id_subcategoria=945&id_categoria=374. Consulta realizada el 23 de septiembre de 2011.
- Doing Business. Disponible en Internet: <http://espanol.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/colombia#enforcing-contracts>. Consulta realizada el 22 de septiembre de 2011.
- “Economic Analysis in the Courts: Limits and Constraints”. En: *Indiana Law Journal*, vol. 64, pp. 1988-1989. Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- Memorias del XXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Cartagena de Indias, 2000.
- Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Librería Ediciones del Profesional Limitada, N°. 31, Bogotá, 2005, pp.35-69.
- Superintendencia Financiera de Colombia.
- The Quarterly Journal of Economics*, vol. 98, N°. 3, 1983, pp. 371-400. The MIT Press.
- Titularizadora Colombiana. *Boletín Legal*, N°. 11, junio de 2004. Disponible en Internet: <http://www.titularizadora.com/archivos/documentos/boletines/BoletinJun2004/pg3.htm>
- Vásquez, Rodolfo. “Comentarios a los fundamentos filosóficos del análisis económico del derecho de Robert Cooter”. Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). En: *Gaceta de Economía*, año 5, N°. 9.
- “Why Social Preferences Matter –the Impact of non-Selfish motives on competition, cooperation and incentives”. En: *Economic Journal de la Royal Economic Society*, vol. 112, 2002.

Este libro fue compuesto en caracteres Adobe Caslon
Pro 11,5 puntos, impreso sobre papel propal de 70
gramos y encuadernado con método *hot melt* en
septiembre de 2014, en Bogotá, D. C., Colombia