



# Revista de CIENCIAS JURIDICAS

Departamento de Ciencias Jurídicas  
Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra  
Santiago, República Dominicana

ISSN 0379-8526

Comité de Redacción: Prof. Luis Arias  
Prof. Víctor José Castellanos  
Br. Itona De la Rocha C.  
Br. Ramón E. Núñez N.  
Br. María I. Ega K.  
Br. Carlos M. Martínez A.  
Br. Michelle Wachsmann F.  
Br. Isi Y. Ortiz H.

Tercera Epoca

## CONTENIDO

### Doctrina:

La Ejecución Provisional de las Sentencias: Comentarios a las sentencias del 31 de octubre de 1990 y del 22 de julio de 1991  
Reynaldo Ramos Morel

### Jurisprudencia:

Sentencia de la Cámara Civil de la Suprema Corte de Justicia del 24 de marzo de 1993

Sentencia Interlocutoria. Depósito de documentos en manos de terceros

## DOCTRINA

### La Ejecución Provisional de las Sentencias:

Comentarios a las sentencias del 31 de octubre de 1990 y del 22 de julio de 1991

Reynaldo Ramos Morel\*

La ejecución provisional es un beneficio dado por la propia ley o por el juez, en virtud de la cual se puede ejecutar una sentencia inmediatamente después de su notificación, no obstante el efecto suspensivo de los plazos y del ejercicio de los recursos ordinarios.

Nos relata el profesor Tavares, que esa ejecución anticipada encontraba antiguamente su justificación en razón de las muchas posibilidades de éxito definitivo que existen en favor de la parte que ha obtenido ganancia de causa, o ya sea en razón de la urgencia que esa parte tiene en ejecutar el fallo obtenido<sup>1</sup>; pero hoy día permite además luchar efi-

\*Licenciado en Derecho, Cum Laude, UNPHU, 1987. Profesor del Departamento de Ciencias Jurídicas, Recinto Santo Tomás de Aquino PUCMM y de la UNPHU.

cazmente contra las maniobras dilatorias de ciertos litigantes que utilizan las vías de recursos ordinarios a fin de retardar la ejecución de la sentencia que les condena aprovechándose del efecto suspensivo de esos recursos<sup>2</sup>. Resulta pues, un medio eficaz contra el deudor recalcitrante.

Sin embargo, es justo reconocer que una ejecución anticipada pudiera ocasionar peligros y perjuicios irreparables a la parte perdidosa.

### ANTECEDENTES

Con anterioridad a la reforma de 1978, la ejecución provisional era regida por los artículos 135, 136 y 137 del Código de Procedimiento Civil. El artículo 135 establecía:

"La ejecución provisional sin fianza se ordenará cuando haya título auténtico, promesa reconocida o condenación precedente por sentencia de la que no haya habido apelación. La ejecución provisional se podrá ordenar con o sin fianza cuando se trate: 1.- de poner y quitar sellos, o formación de inventarios; 2.- de reparaciones urgentes; 3.- del lanzamiento de los lugares, cuando no haya contrato de arrendamiento o cuando esté vencido el término estipulado en el contrato; 4.- de secuestros, comisarios y guardianes; 5.- de admisión de fiadores y certificados; 6.- del nombramiento de tutores, curadores y demás administradores; y de rendición de cuentas; 7.- de pensiones o provisiones de alimentos".

En los tres primeros casos, el tribunal estaba obligado cuando se le pedía, a ordenar la ejecución provisional y sin fianza de su sentencia: era la llamada ejecución provisional imperativa.

En los otros siete casos, el tribunal no estaba obligado, sino que en caso de que se le pi-

diera la ejecución provisional, la podía ordenar o no y al hacerlo conceder ese beneficio a su elección, con o sin fianza: era la ejecución provisional facultativa.

La enumeración dada por este artículo era limitativa. Era controvertida en doctrina y jurisprudencia la cuestión de saber si el juez estaba facultado de oficio para ordenar la ejecución provisional cuando se encontrare en uno de los casos del artículo 135 si la parte no se lo solicitaba.

Al lado de estos casos existían otros donde la ley ordenaba que la decisión fuera ejecutoria provisionalmente no obstante oposición o apelación: era la ejecución provisional de pleno derecho. La parte interesada no tenía que pedirla y el tribunal tampoco prescribirla. Ejs. Las sentencias dictadas en materia de desahucio, contra las personas que alteren el orden en la audiencia.

El artículo 136 establecía que "cuando los jueces hayan omitido el pronunciamiento de la ejecución provisional, no podrán ordenarla por una segunda sentencia, salvo a las partes el pedirla en apelación".

Por otra parte, el artículo 137 prohibía ordenar la ejecución provisional sobre las costas.

El marco legal de esta materia era complementado por el artículo 459 del mismo Código, el cual establecía:

"Si la ejecución provisional se ordenare sin estar en los casos determinados por la ley, podrá el apelante obtener que se suspenda, en audiencia en justicia, por emplazamiento a breve término; pero dicha suspensión no podrá tener lugar, sino en virtud de escrito notificado al abogado de la parte contraria."

De este artículo resultaba lo siguiente: 1.- Que para solicitar la suspensión provisional de la sentencia era necesario en primer término recurrir en apelación; 2.- Adicionalmente apoderar al tribunal de segundo grado mediante instancia dirigida al presidente para que fije la fecha en que se conocerá del pedimento, emplazando al intimado a breve término; 3.- El tribunal apoderado sólo podía suspender la ejecución provisional, más que si había sido otorgada sin estar en los casos determinados por la ley; 4.- La última parte del artículo da a entender que la notificación de la instancia dirigida al presidente del tribunal de apelación y del auto que aprueba la demanda a breve término al abogado de la parte contraria, produce un efecto suspensivo provisional. Sin embargo, Chaveau y Glandaz nos dicen: "La instancia para obtener fijación de audiencia a breve término, respondida por el presidente, no puede ser suspensiva de la ejecución; es necesaria una sentencia para producir este efecto".<sup>3</sup>

Bajo el imperio de estos textos legales el papel de los tribunales se limitaba a suspender la ejecución provisional solamente si era ordenada fuera de los casos previstos por la ley. Veamos:

"El artículo 459 del Código de Procedimiento Civil sólo es aplicable cuando el juez de primera instancia ha ordenado la ejecución provisional sin encontrarse en uno de los casos en que la ley se lo permite o se lo manda. La sentencia que ordena el desahucio de un inquilino es uno de los casos en que la ley le manda al juez a ordenar la ejecución provisional no obstante cualquier recurso (Art. 1,

Párr. 2, Cód. Proc. Civil), por lo que el tribunal de alzada no está facultado para suspender la ejecución y su sentencia se casa por supresión y sin envío". (SCJ, 17 de noviembre de 1978, B.J. 816.2250)<sup>4</sup>

### La Reforma de 1978

Los artículos 135 al 137 del Código de Procedimiento Civil fueron sustituidos por los artículos 127 al 136 de la ley 834 de 1978. A su vez, los nuevos textos legales fueron tomados de los artículos 514 al 523 del Nuevo Código de Procedimiento Civil francés.

El artículo 459 del Código de Procedimiento Civil fue sustituido por los artículos 137 al 141 de la ley 834 de 1978, tomados a su vez de los artículos 524 al 526 y 956 al 957 del nuevo Código francés.

El artículo 127 de la ley 834 de 1978 se refiere a las sentencias ejecutorias de pleno derecho, en cuyo caso la ejecución provisional puede ser perseguida sin haber sido ordenada, citando a modo de ejemplo dos casos, las ordenanzas de referimiento y las decisiones que prescriben medidas provisionales para el curso de la instancia, así como las que ordenan medidas conservatorias.

El artículo 128 de la ley 834 dispone lo siguiente:

"Fuera de los casos en que es de derecho, la ejecución provisional puede ser ordenada a solicitud de las partes o de oficio, cada vez que el juez lo estime necesario y compatible con la naturaleza del asunto, a condición de que ella no esté prohibida por la ley. Puede ser ordenada para toda o parte de la condenación. En ningún caso puede serlo por los costos".

Se puede apreciar que este nuevo texto, tomado por los redactores del Nuevo Código de

Procedimiento Civil francés del Decreto del 17 de diciembre de 1973 que modificaba el artículo 135-a, el cual había sido reformado a su vez por la ley del 23 de mayo de 1942, establece que la ejecución provisional puede ser ordenada no solamente en caso de urgencia y peligro en la demora, sino de manera general "cada vez que el juez lo estima necesario y compatible con la naturaleza del asunto", a condición de que no esté prohibida por la ley.

Este artículo faculta a los jueces para que, aun de oficio, ordenen la ejecución provisional de sentencias basado en el criterio anterior. Es una amplia facultad que le ha concedido la ley a los jueces, pero de la cual no se debe abusar pues como comenta Jacques Normand "si bien es cierto que la ejecución provisional es una institución buena en si misma, constituye siempre una amenaza de perversión si se le da un uso abusivo."<sup>5</sup>

Vale recordar que nuestro antiguo artículo 135 del Código de Procedimiento Civil sólo facultaba a los jueces a ordenar la ejecución provisional en los casos que él mismo establecía.

Por otra parte, el artículo 128 analizado, en su parte final, reproduce el antiguo artículo 137 que prohibía la ejecución provisional sobre las costas.

El artículo 130 de la ley 834 de 1978 establece lo siguiente:

"La ejecución provisional estará subordinada a la constitución de una garantía real o personal y podrá consistir además en una suma de dinero suficiente para responder de todas las restituciones y reparaciones,<sup>6</sup> excepto en los siguientes casos: 1° Cuando haya título auténtico, promesa reco-

nocida, o condenación precedente por sentencia de la que no haya habido apelación; 2° Cuando se trate de poner y quitar sellos, o formación de inventario; 3° De reparaciones urgentes; 4° De lanzamiento de los lugares, cuando no haya contrato de arrendamiento, o cuando esté vencido el término estipulado en el contrato; 5° De secuestrarios, comisarios y guardianes; 6° De admisión de fiadores y certificadores; 7° Del nombramiento de tutores, curadores y demás administradores; 8° De rendición de cuenta; 9° De pensiones o provisiones de alimentos; 10° De ejecución de una decisión que ordene una medida de instrucción; y 11° Cuando la decisión sea ejecutoria provisionalmente de pleno derecho."

Resulta entonces que cada vez que un juez ordene la ejecución provisional de su sentencia amparado en el artículo 128 deberá prescribir una garantía en la forma que establece el artículo 130, pues como bien señala el profesor Artagnan Pérez Méndez, "la ejecución provisional puede ocasionar al perdedor perjuicios morales y materiales. Hay que tener en cuenta que el perdedor en primer grado puede resultar ganancioso en el segundo, pero si la sentencia se ha ejecutado, los perjuicios son evidentes. Es cierto que en este caso la parte a quien se le ha ejecutado la sentencia tendrá derecho a reparaciones así como a reclamar daños y perjuicios, pero aun así conviene poner al perdedor al abrigo de la insolvencia del ganancioso."<sup>7</sup>

Es importante notar que el artículo 130 en su segunda parte, contiene en el numeral 1, los tres primeros casos que contenía el antiguo artículo 135 del Código de Procedimiento Civil, es decir, aquellos casos donde el juez podía ordenar la ejecución provisional sin fianza (ejecución provisional imperativa), y en los

números siguientes los demás casos que contenía el texto derogado, es decir aquellos en que el juez podía ordenar o no la ejecución provisional y si lo hacía ordenarla con o sin fianza (ejecución provisional facultativa).

Hoy día sólo puede hablarse de la ejecución provisional facultativa para los casos en que sea ordenada en virtud del artículo 128 de la ley 834.

El artículo 130 añadió en el número 11, los casos de ejecución provisional de pleno derecho. Para estos casos nunca se había requerido la prestación de fianza. Entendemos que esta inclusión fue hecha con el fin de asimilar estos casos a los otros que contempla el artículo, pues resulta que cuando la sentencia es ordenada ejecutoria porque se trata de una de las especies indicadas, no es necesaria la prestación de garantía alguna.

Nuestros tribunales, generalmente en los casos que ordenan la ejecución provisional facultativa del artículo 128, no cumplen con los requisitos del artículo 130, y la prescriben "sin fianza".

El artículo 131 de la ley 834 establece que "la extensión y las modalidades de la garantía deben ser precisada por la decisión que prescribe su constitución". El artículo 132 establece la forma de proceder cuando la garantía consista en una suma de dinero y el artículo 133 hace lo mismo para el caso en que el valor de la garantía no pueda ser apreciado inmediatamente.

La garantía a que hemos hecho referencia no constituye la única protección que les da la ley a la parte perdiente. Existe otra: la posibilidad de hacer la consignación.

En efecto, el artículo 134 de la ley 834 establece que "se puede evitar que la ejecución provisional sea perseguida consignando con autorización del juez, las especies o los valores suficientes para garantizar en principal, intereses y gastos el monto de la condena." El artículo 135 dispone que "el juez podrá en todo momento, autorizar la sustitución de la garantía primitiva por una garantía equivalente."

Sin embargo, no se podrá hacer consignación en dos casos enunciados por el artículo 134, a saber: a) deudas de alimentos, b) deudas indemnizatorias.

Es importante señalar que la consignación presenta la misma utilidad en casos de ejecución provisional de pleno derecho como en los casos de ejecución provisional facultativa.<sup>8</sup>

Como se ha podido apreciar, la reforma extendió considerablemente el campo de aplicación de la ejecución provisional toda vez que ella "puede ser ordenada cada vez que el juez lo estime necesario y compatible con la naturaleza del asunto", aun de oficio, a condición de que ella no esté prohibida por la ley.

Pero como contrapartida al amplio poder conferido a los jueces fue escrito el artículo 137 de la ley 834 de 1978, tomado del artículo 524 del Nuevo Código francés y cuyo texto establece:

"Cuando la ejecución provisional ha sido ordenada, no puede ser detenida en caso de apelación, más que por el presidente estatuyendo en referimiento y en los casos siguientes: 1° Si está prohibida por la ley, 2° Si hay riesgo de que entrañe consecuencias manifiestamente excesivas; en este último caso, el juez podrá también tomar las

medidas previstas en los artículos 130 a 135".

De este artículo resulta lo siguiente: 1.- En primer término, es necesario apelar la decisión que le desfavorece; 2.- Adicionalmente, demandar la suspensión de la ejecución por ante la jurisdicción del presidente del tribunal estatuyendo en referimiento; 3.- Que el juez de los referimientos no solamente está facultado para suspender la ejecución de una sentencia en la hipótesis en que sea acordada fuera de los casos establecidos en la ley, como ocurría antes, sino que fue dotado de amplios poderes para juzgar las posibles consecuencias que entrañaría la ejecución anticipada pudiendo ordenar la suspensión provisional cada vez que considere "haya riesgo de que entrañe consecuencias manifiestamente excesivas". Así, el presidente en referimiento puede ejercer un control sobre las sentencias que ordenan la ejecución provisional lo que, en opinión de Jacques Normand, es "un control saludable si se considera que una ejecución prematura puede entrañar consecuencias irremediables."<sup>9</sup>; 4.- Este artículo no establece a partir de que momento surtirá efecto la suspensión.

Comenta Roger Perrot que este texto claramente le da facultad al presidente "a ejercer un control sobre la decisión de los primeros jueces, no solamente para el caso en que la ejecución está prohibida por la ley (control de la legalidad), sino de apreciar la necesidad de la ejecución con respecto a los hechos de la causa, si por ello entrañaría riesgos de consecuencias manifiestamente excesivas (control de la oportunidad)".<sup>10</sup> Sin embargo, tanto en nuestro país

como en Francia, la reforma no despejó la duda existente desde hace mucho tiempo atrás de saber si el juez tiene facultad para suspender la ejecución de una sentencia cuando su ejecución provisional es de pleno derecho, como son entre otros casos, las sentencias en materia de desahucios (Art. 1, Párr. II, del Cód. Proc. Civ.), las ordenanzas de referimiento, las decisiones que prescriben medidas provisionales para el curso de la instancia así como las que ordenan medidas conservatorias (Artículo 127) y los casos contenidos en el artículo 130 de la ley 834.

Esto, sobre todo, después de la reforma, la cual contempla el control "de la oportunidad" de la ejecución.

Vale recordar que el artículo 137 antes transcrito comienza diciendo: "Cuando la ejecución provisional ha sido ordenada..." Cabe señalar que no especifica por quién, si por el juez o por la ley!

Es decir, la facultad de ejercer el control de la oportunidad a cada caso de especie, ¿ha sido confiada todas las veces en que la ejecución provisional ha sido otorgada o solamente cuando ella ha sido ordenada por el juez en virtud del artículo 128 de la ley 834?

Es justo señalar que la jurisprudencia francesa ha querido reconocer el criterio que primaba en la legislación anterior a las reformas, manteniendo el principio de que "la ejecución provisional no puede ser jamás suspendida cuando la decisión rendida es ejecutoria de pleno derecho. Tal es el caso de una ordenanza de referimiento".<sup>11</sup>

Pero en la práctica de los tribunales franceses y en la de los nuestros, los presidentes

de las cortes estatuyendo en referimiento se muestran rebeldes a someterse al criterio de la jurisprudencia y en ciertos casos suspenden la ejecución de sentencias ejecutorias provisionalmente de pleno derecho, fundados en los artículos 137 y 141 de la ley 834 de 1978 (Arts. 524 y 957 Cód. Proc. Civil francés).

Nuestra Suprema Corte de Justicia mediante una sentencia verdaderamente revolucionaria, interpretó los nuevos textos legales, dejando atrás la fórmula del artículo 459, derogado, de nuestro Código de Procedimiento Civil, el cual sólo le permitía al juez suspender la ejecución de la sentencia en aquellos casos en que la ejecución provisional fuera ordenada por el juez, sin que lo mandare o permitiera la ley (control de la legalidad).

Con esta decisión, nuestra Suprema Corte de Justicia resolvió un punto que todavía es controvertido en Francia. Su dispositivo establece lo siguiente:

"Considerando, que el examen de las disposiciones relativas a la ejecución provisional de las sentencias emanadas de las atribuciones establecidas en los artículos 127 a 141 de la ley 834 de 1978, pone de relieve que el legislador distinguió entre las sentencias que están revestidas de ejecución provisional de pleno derecho, como las dictadas en materia de referimiento, y aquellas otras cuya ejecución provisional debe ser ordenada por el juez, pero esta distinción está limitada a la circunstancia de que las primeras tienen el carácter de ser ejecutorias provisionalmente aún cuando el juez no lo haya ordenado, mientras que en la segunda es preciso que la ejecución provisional resulte de una disposición del juez; pero desde el punto de vista de los medios que pueden ser empleados para

obtener la suspensión de la ejecución provisional, ambos tipos de sentencias están sometidos al mismo procedimiento, que en consecuencia, el presidente de la corte de apelación está facultado para suspender la ejecución provisional de pleno derecho de una sentencia en el ejercicio de los poderes que le confieren los artículos 140 y 141 de la ley 834".<sup>12</sup>

De manera que en lo adelante, los presidentes de las cortes dominicanas no tendrán que inclinarse, aún con rebeldía, ante una jurisprudencia que no puede ser admitida bajo el imperio de los nuevos textos.

La ley no puede crear un sistema que deje sin garantía a la parte perdiente. Cada caso contiene hechos y situaciones distintas que ameritan de un examen individual, para cada especie en particular, principalmente en un medio como el nuestro.

El juez no puede quedarse con las manos atadas cuando observa que si bien es cierto que el legislador ha querido una ejecución inmediata para ciertos casos, esa ejecución entrañaría consecuencias manifiestamente excesivas, irreparables o irremediables, principalmente cuando tiene en sus manos la facultad legal para controlar la oportunidad de la ejecución, o suspendiendo la ejecución provisional o permitiéndole a la parte perdidosa consignar una garantía en provecho del ejecutante, a fin de evitar la ejecución.

Permitir la ejecución de una sentencia que contiene vicios, errores o excesos, por el simple hecho de que es de las llamadas ejecutorias de pleno derecho, constituiría un gran abuso, una iniquidad, pues es obvio que sentencias como esas deberán ser revocadas en

apelación. Ante esa situación ¿el juez de los referimientos apoderado debe permitir que se complete el atropello por el prurito de que el legislador así lo ha querido? Una ejecución en esas circunstancias no puede jamás ser permitida.

Nuestra Suprema Corte de Justicia dictó otra sentencia, revolucionaria también como la anterior, con respecto a esta materia, la cual merece igualmente los más encendidos elogios pues resuelve otro aspecto vital, tan controvertido como el anterior. Dimos en este aspecto, un paso de avance con respecto al país de origen de nuestra legislación y si no lo fue, el retroceso es justificable, principalmente para esta isla del Caribe. El dispositivo de esa sentencia establece:

"Considerando que como se advierte por lo anteriormente transcrito, el citado texto legal (Art. 457 del Cód. Proc. Civ.) atribuye efecto suspensivo al recurso de apelación cuando está dirigido contra una sentencia cuya ejecución provisional no ha sido ordenada; que cuando esta ejecución es pronunciada, la apelación no produce su efecto suspensivo, aun cuando la disposición referente a la ejecución provisional sea improcedente, que en este caso el efecto suspensivo tiene lugar a partir de la fecha de la demanda en suspensión de la ejecución."<sup>13</sup>

La Suprema Corte de Justicia llegó a esa conclusión aplicando por analogía lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley de Procedimiento de Casación.

Es que de no ser así, ¿qué sentido tendría la demanda en suspensión si de todas maneras la sentencia puede ser ejecutada antes de que el presidente decida de la suspensión? Pudiera darse el caso de que en efecto se suspendiera su

ejecución pero ya sería demasiado tarde. El daño estaría consumado.

Pero como el efecto suspensivo de la demanda en suspensión es de carácter jurisprudencial, hasta que no se produzca la intervención del legislador los Presidentes de las Cortes deberían suspender la ejecución provisional de la sentencia hasta tanto decidan sobre el fondo de la demanda, el día de la primera audiencia, con el objeto de preservar el carácter suspensivo de la demanda.

Los dos sentencias comentadas de 1985, en opinión de nuestro profesor, licenciado Emigdio Valenzuela, además de "interpretar, precisar, clarificar y pautar por primera vez, sobre el alcance de disposiciones legales relativamente recientes, toman mucho en consideración la 'idiosincracia' propia de nuestra administración de justicia y los 'tiempos difíciles' en que vivimos."<sup>14</sup>

Por otra parte, si la ejecución provisional ha sido rehusada, o no ha sido solicitada, o si habiéndolo sido, el juez haya omitido estatuir, "no podrá ser acordada, en caso de apelación, más que por el presidente estatuyendo en referimiento", de conformidad con los artículos 138 y 139 de la ley 834 de 1978.

Se podía afirmar que las sentencias de mayo y julio de 1985 rendidas por nuestro más alto tribunal de justicia, citadas y comentadas, parecían haber resuelto definitivamente la viva confrontación existente al respecto de saber si es posible en el estado actual de nuestra legislación suspender la ejecución de una sentencia ejecutoria provisionalmente de pleno derecho. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia dictó una sentencia en fecha 31 de octubre de 1990, cuya parte dispositiva

dice lo siguiente:

“Que si bien el presidente del tribunal de primera instancia, estatuyendo en referimiento en el curso de un recurso de apelación puede detener la ejecución provisional de la sentencia cuando ha sido ordenada en caso prohibido por la ley o cuando a su juicio, su ejecución provisional conlleva riesgos de consecuencias manifiestamente excesivas para el recurrente, éste no puede sin excederse en sus poderes, ordenar la suspensión de la ejecución provisional de una sentencia cuando como en el caso presente, la fuerza ejecutoria provisional de la decisión es de pleno derecho porque está expresamente señalada por la ley; que el presidente del tribunal de primera instancia sólo tiene competencia para suspenderla en su ejecución provisional, juzgando en atribuciones de referimiento, cuando compruebe que la decisión recurrida ha sido pronunciada en violación del derecho de defensa de la recurrente”.<sup>15</sup>

Cabe entonces preguntarse, ¿esta decisión contradice la del 29 de mayo de 1985?; ¿De dónde surge ese criterio?; ¿Qué quiere decir nuestra Suprema Corte con violación al derecho de defensa?

Habíamos hecho referencia al carácter vanguardista de las sentencias de nuestra Corte de Casación de 1985 tomando incluso la delantera a la Corte de Casación francesa. Mencionamos también la rebeldía que mostraban los presidentes de las Cortes francesas y de las nuestras, para plegarse a la vieja jurisprudencia que sólo les permitía ejercer el control de la legalidad para suspender la ejecución provisional de una sentencia.

En ese ambiente de franca sublevación, la

Corte de Apelación de París rindió dos ordenanzas, en fechas 4 de octubre y 26 de noviembre de 1976, que tienen en común haber estatuido en dos hipótesis donde una duda seria pesaba sobre la regularidad del procedimiento ante el primer juez. Veamos:

“La ejecución provisional de una sentencia puede ser suspendida por el presidente estatuyendo en referimiento, si la decisión es intervenida en condiciones que hacen dudar de la regularidad del procedimiento en primera instancia, principalmente en casos de violación a los derechos de defensa, después de notificaciones a una dirección errada, o por una falsa audiencia”.<sup>16</sup>

Roger Perrot señala que la decisión del 4 de octubre de 1976 amerita amplios comentarios. “En la especie la parte condenada demandó pura y simplemente que la ejecución provisional fuera suspendida invocando el hecho de que el procedimiento de primera instancia estaba afectado de nulidad por violación de los derechos de defensa. El Primer Presidente fijó derecho en esta demanda bajo el motivo de que la sentencia reputada contradictoria es intervenida en condiciones que, en el estado del presente referimiento, permiten dudar sobre la regularidad del procedimiento. Se comprende muy bien la reacción de equidad de un Primer Presidente que descubre irregularidades graves en un expediente de primera instancia, busca evitar a la parte condenada una ejecución prematura, ya que por mucho tiempo la Corte no se pronunciará sobre la validez de la sentencia. Se puede pensar ciertamente, que es manifiestamente excesivo permitir a una parte ejecutar inmediatamente una condenación sobre el fundamento de una

sentencia que de toda evidencia está afectada de nulidad".<sup>17</sup>

Este Presidente de la Corte de París le buscó una brecha al absolutismo de la Corte de Casación, obsecada por mantener la antigua jurisprudencia. La sentencia de primer grado contenía violaciones a los derechos de defensa, atropellos. El no permitió que fuera consumado, no se plegó a la iniquidad. Considerando que en esas circunstancias la ejecución entrañaba consecuencias manifiestamente excesivas hizo uso de los poderes que le confiere el artículo 524 del Código de Procedimiento Civil francés.

El mismo comentarista Roger Perrot indica: "estamos en presencia de una corriente jurisprudencial tendiente, con notoria característica, a autorizar al primer presidente a examinar el valor de la sentencia diferida a la Corte. Cuando bajo el título del Art. 524 del Nuevo C. Proc. C., un primer presidente debe investigar si la ejecución inmediata de una sentencia es de naturaleza a entrañar consecuencias manifiestamente excesivas, él difícilmente pueda abstraerse de la sentencia atacada sin guiarse de una apreciación aún superficial, sobre las oportunidades de éxito en la apelación, ya que la Corte está apoderada. Desde este punto de vista se puede, por otra parte, con mucha legitimidad sostener sin traicionar la letra del artículo 524, que sería manifiestamente excesivo permitir que a una parte condenada en primera instancia se le ejecute una sentencia cuando esa sentencia tiene todas las posibilidades de ser reformada o anulada".<sup>18</sup>

Las decisiones en este sentido se multiplicaron en Francia, "tomando el giro de epidemia de primavera", nos relata Perrot, haciendo uso de la metáfora.<sup>19</sup>

Merece un comentario la sentencia del 18 de mayo de 1982, rendida por el Presidente de la

Corte de Lyon, que presenta la singularidad de haber sido rendida en una hipótesis donde la ejecución provisional era de derecho y donde por consecuencia, toda suspensión está normalmente excluida. Su dispositivo señala:

"Sin embargo, aún cuando la ejecución provisional sea de derecho, el primer presidente puede suspenderla, cuando la decisión está manifiestamente afectada de una irregularidad grosera".<sup>20</sup>

Esta decisión también es comentada por Perrot, quien señala "que es una consecuencia particularmente interesante constatar que, a pesar de las restricciones, el Primer Presidente de la Corte de Apelación de Lyon no ha vacilado en suspender la ejecución provisional de una condenación al pago de una provisión, bajo el motivo de que la decisión era radicalmente nula. Con respecto a la letra de los textos la decisión es osada. Pero difícilmente no se pueda aprobar. La ejecución provisional es, en efecto, una modalidad de la ejecución de las sentencias que, por esta razón no se puede concebir más que si la sentencia es por sí misma intrínsecamente válida, si a toda evidencia ella es muda en su principio, aún la decisión sea o no ejecutoria de derecho, sería manifiestamente excesivo dejar prosperar su ejecución, en un momento donde, por el hecho de la apelación, la cosa juzgada no ha sido todavía irrevocablemente fijada".<sup>21</sup>

Años después, el comentarista Perrot vuelve a escribir sobre el tema y señala: "En realidad, pese a la posición de la Corte de Casación, estas ordenanzas hacen resaltar nueva vez los riesgos de una política legislativa que, desde hace algunos años, consiste en dejar la ejecu-

ción provisional de derecho al pleno vuelo, sin dejar a cada juez la posibilidad de modular su aplicación según los casos de especie."<sup>22</sup>

Por las razones expuestas, nos atrevemos a sostener que la decisión del 31 de octubre de 1990 que acabamos de comentar, no puede contradecir la anterior del 29 de mayo de 1985. Ella fue tomada, sin dudas, de las sentencias francesas transcritas anteriormente las cuales constituyen una expresión de rebeldía al criterio de la Corte de Casación de ese país que en el concepto "violación al derecho de defensa" han encontrado el camino para poder aplicar el artículo 524 (137 nuestro) al considerar que una ejecución en esas circunstancias sería manifiestamente excesiva, y lo aplican a todos los casos, a aquellos donde la ejecución provisional ha sido ordenada por la ley o por el juez, como ya lo había consagrado nuestra Corte de Casación.

Entendemos que traer ese precedente a nuestro medio no era necesario. Sin embargo, la sentencia del 31 de octubre de 1990 tiene el mérito y debe ser apreciada en cuanto trae esa nueva corriente jurisprudencial de investigar la posibilidad de éxito de la sentencia en apelación, y de no ser muchas, considerar la ejecución prematura como manifiestamente excesiva. Le recuerda además a los jueces que, a pesar de tener en sus manos el control de la oportunidad de la ejecución, deben tener presente que en ciertos casos el legislador ha deseado una rápida ejecución por lo cual no deben hacer un uso abusivo de las facultades que le confiere el artículo 137 de la ley 834 de 1978.

Las sentencias de nuestra Corte de Casación de 1985 son de principio y permanecen hoy

incólumes.

Es bueno señalar que la noción "derecho de defensa" no está limitada a los ejemplos dados por las sentencias del Presidente de la Corte de París, sino que es mucho más amplia. Guillermo Cabanellas define el derecho de defensa como "la facultad otorgada a cuantos, por cualquier concepto, intervienen en actuaciones judiciales, para ejercitar, dentro de las mismas, las acciones y excepciones que, respectivamente, puedan corresponderles como actores o demandados; ya sea en el orden civil, como en el criminal, administrativo o laboral".<sup>23</sup>

Pero sorpresivamente, en fecha 22 de julio de 1991, la Suprema Corte de Justicia, en funciones de Corte de Casación dictó una sentencia cuya parte dispositiva establece:

"Considerando, que como se advierte por la simple lectura del artículo 137 de la referida ley, la suspensión contemplada por dicho texto legal sólo podría recaer sobre la sentencia cuya ejecución provisional ha sido ordenada por el juez; que es de principio que la sentencia ejecutoria provisionalmente de pleno derecho, no está sujeta a dicha suspensión; que cuando la ejecución provisional de la sentencia ha sido ordenada por la ley, no puede ser suspendida o detenida por el presidente, en virtud de lo que dispone la expresada disposición legal;

Considerando, que al ser la sentencia del juzgado de paz que ordenó el desalojo, ejecutoria provisionalmente de pleno derecho, en virtud de lo que dispone la parte in-fine del párrafo 2° del artículo 1 del Código de Procedimiento Civil, no procedía su suspensión, como lo decidió el juez a quo."<sup>24</sup>

Esta decisión ha sido rendida en una

hipótesis en que el recurrente alegaba violación a los derechos de defensa, ya que en primera instancia se limitó a presentar una excepción de incompetencia, y sin que fuera puesto en mora de concluir sobre el fondo, el tribunal decidió el fondo del asunto; que se trataba de una sentencia seriamente cuestionada en su legalidad, por lo que su ejecución prematura constituía un riesgo que entrañaba consecuencias manifiestamente excesivas y que el juez a-quo no ponderó las fallas y deficiencias de la sentencia del Juzgado de Paz que ordenó el desalojo. Es importante recordar que la tesis sostenida por el recurrente era la misma consagrada en la sentencia del 31 de octubre de 1990.

El juez a-quo apoderado de la demanda en suspensión motivó su decisión bajo el alegato de "que el demandante se ha limitado a señalar supuestos vicios de la sentencia, sin demostrar las consecuencias manifiestamente ilícitas o excesivas, que obligan al tribunal a ordenar la suspensión."

Ello evidencia que estamos en presencia de un juez que no conocía la corriente jurisprudencial que habíamos comentado, adoptada en nuestro país por la decisión del 31 de octubre de 1990.

Pero lo más grave, es el hecho de que la Corte de Casación no ponderó el alegato de violación al derecho de defensa, limitándose a consagrar que no se puede suspender la ejecución provisional de pleno derecho, lo que entraña un abandono de la tesis sustentada en 1990. La decisión de mayo de 1985 también ha sido dejada en el olvido.

Hemos regresado a épocas que ya habían sido

superadas. Ciertamente que adoptamos la misma pauta trazada por la Corte de Casación francesa dejando la ejecución provisional de pleno derecho "al libre vuelo", sin sujetarla a ningún tipo de control para cada caso en particular.

La decisión es pues, peligrosa. No parece estar acorde con la economía de la ley 834 de 1978, ni con la realidad nuestra. Sólo servirá para legitimar atropellos.

En lo adelante, los presidentes de las cortes que observen en el expediente de primer grado irregularidades, o consideren que la ejecución anticipada podría causar consecuencias manifiestamente excesivas, estarán en la disyuntiva de lavarse las manos como Pilatos, con el objeto de rendirle tributo a una jurisprudencia que no puede ser mantenida, permitiendo que ante sus ojos se consuma la arbitrariedad, o de subordinarse sin titubear en aras de que impere la sensatez, como lo han hecho con valentía muchos de sus colegas franceses.

Por último, es bueno tener en cuenta que si la ejecución se llevare a cabo, ella se hace con los consiguientes riesgos y peligros para aquel que la ejecuta, principalmente cuando la sentencia es retractada luego de la oposición o infirmada por la apelación.

Así, en caso de retractación o de infirmación de la sentencia, aquel que la hace ejecutar, aún si ha actuado de buena fe, debe reparar el perjuicio que la ejecución pudo causar.

Los actos de ejecución deben ser en consecuencia, anulados. La responsabilidad del ejecutante está comprometida aún en los casos de una ejecución provisional de pleno derecho.<sup>25</sup>

Por lo tanto, la prudencia debe imperar.