

DOCTRINA

EL PROCEDIMIENTO EN REFERIMIENTO

Artagnan Pérez Méndez*

1. INTRODUCCION. El referimiento es un procedimiento excepcional al cual se acude en caso de urgencia y para las dificultades de ejecución de una sentencia o de un título ejecutorio. También se acude al Juez de los Referimientos para que éste ordene una medida conservatoria a fin de prevenir un daño inminente o para hacer cesar una turbación manifiestamente ilícita.

2. LA DEMANDA. El procedimiento en referimiento es contradictorio ya que el adversario debe ser citado.

La demanda se introduce por medio de citación, a fin de que el demandado comparezca a la audiencia que habrá de celebrarse a ese efecto, el día y hora habitual de los referimientos. Si el caso requiere celeridad, el Juez de los Referimientos puede autorizar para que se cite a hora fija, aún en los días feriados, sea en la audiencia, sea en su domicilio con las puertas abiertas.

El demandante, previamente, debe averiguar cuál es la hora y el día habitual de los Referimientos. Los Jueces de Primera Instancia deben fijar el día de los Referimientos, por un auto que dictarán cada año.

Muchos tribunales nuestros no quieren fijar el día habitual, sino que prefieren que se les haga una solicitud previa, lo cual es contradictorio a los textos legales. Solamente en caso de citación a hora fija, se le debe pedir al Juez la autorización para hacer la demanda.

El proceso en referimiento "sobre proceso verbal" no aparece regulado en las nuevas disposiciones de la Ley 834 del 1978. Es el caso, por ejemplo, en que un alguacil o un notario tienen dificultades, el primero las podría tener en ocasión de un embargo y el segundo en la redacción de un inventario, por no citar sino dos casos. Ellos

* Doctor en Derecho UASD 1956; Profesor del Departamento de Ciencias Jurídicas UCM.

pueden remitir a las partes para que se provean por ante el Juez de los Referimientos. La mejor doctrina admite que esta facultad de remitir a las partes por ante el Juez de los Referimientos, sobre proceso verbal no ha desaparecido, no obstante el silencio de la ley.

3. PLAZO DE LA COMPARECENCIA. No existe plazo alguno para la comparecencia, por lo tanto, el plazo es opcional para el demandante que requiere la citación, pero el Juez ejerce control sobre el plazo. En efecto, el Juez debe asegurarse que haya transcurrido un tiempo suficiente "entre la citación y la audiencia" a fin de que la parte citada haya podido preparar su defensa.

Las partes comparecen en persona o por mandatarios, ya que el ministerio de abogado no es obligatorio.

4. CONDICIONES PARA LA ADMISION DEL REFERIMIENTO. Tres condiciones se necesitan para introducir una citación en referimiento: 1ro. la urgencia; 2do. la ausencia de contestación seria y 3ro. la competencia de la jurisdicción apoderada.

5. 1ro. LA URGENCIA. Si bien es cierto que ya el Referimiento está abierto para casos que no requieren la urgencia, ésta sigue siendo condición casi imprescindible para que se acuda al Juez de los Referimientos. En realidad, la urgencia es la myor justificación de la existencia de este procedimiento.

El artículo 109 de la Ley 834 de 1978 expresa: "En todos los casos de urgencia, el Presidente del Tribunal de Primera Instancia puede ordenar en referimiento todas las medidas que no colidan con ninguna contestación seria o que justifique la existencia de un diferendo".

6. DEFINICION DE LA URGENCIA. La ley no define la urgencia. Se trata de una noción abandonada al criterio del Juez. La urgencia es más apremiante que la celeridad y por ello permite acudir en referimiento.

A veces hay extrema urgencia, que es a lo que se refiere la segunda parte del artículo 102 de la Ley 834 cuando expresa: "Si, sin embargo, el caso requiere celeridad, el Juez de los referimientos puede permitir citar a hora fija aún los días feriados o de descanso, sea en la audiencia, sea en su domicilio con las puertas abiertas. La traducción no es castiza, pero lo que se ha querido prever es la extrema urgencia, aunque se haya empleado la palabra celeridad.

Es difícil definir la urgencia, pero se puede decir que cuando hay peligro en la demora, la urgencia existe.

La doctrina ha intentado darnos definiciones de la urgencia. Me permito reproducir únicamente dos, la del Profesor Perrot y la de J. Vincent. El primero entiende que hay urgencia todas las veces que un retardo en la decisión que debe adoptarse compromete los intereses del demandante. El segundo, por su parte, expresa que cuando un retardo de algunos días o de algunas horas, puede resultar perjudicial para una de las partes, hay la urgencia.

En caso de urgencia la competencia del Juez de los Referimientos es de orden público.

El juez de los Referimientos tiene la obligación de verificar si hay o no, la urgencia, aún en los casos en los cuales las partes estén de acuerdo para que se ordenen las medidas solicitadas.

El Juez de los Referimientos debe apreciar la urgencia al momento de dictar la ordenanza; no cuando se introduce la demanda.

7. REFERIMIENTO DESPUES DE LANZADA LA DEMANDA AL FONDO. Algunas decisiones antiguas llegaron a admitir que no se podía acudir en referimiento después que la instancia sobre lo principal había sido iniciada, argumentándose que mediante medidas provisionales se podía satisfacer lo que se pretendiese por vía de referimiento.

En la actualidad la jurisprudencia se pronuncia en sentido contrario.

8. LA AUSENCIA DE CONTESTACION SERIA. Según el artículo 109 de la Ley 834 del 1978, el Presidente puede ordenar en referimiento todas las medidas QUE NO COLIDAN CON NINGUNA CONTESTACION SERIA. Esto quiere decir, que el juez de los referimientos no es juez de las superficialidades.

9. LO QUE SE DEBE ENTENDER POR CONTESTACION SERIA. Para el Profesor Hébraud, no se puede definir lo que es contestación seria. La Corte de Casación Francesa ha ejercido un control sobre el asunto, pero de dicho control no ha nacido una definición, ya que dicho control se ha ejercido sobre cada caso en particular.

La fórmula del artículo 109 de la Ley 834 de 1978 ha resultado incomprensible para algunos. Sin embargo, un estudio de los antecedentes franceses aclara por completo el sentido de la misma. Antes de continuar, quiero aclarar lo siguiente: el solo hecho de que exista una contestación seria no impide acudir al Juez de los Referimientos. Lo que el Juez no puede hacer es fallar cuando la medida choca con una contestación seria.

Los Profesores Cézar-Bru, Hébraud, Seignolle et Odul afirman lo siguiente: "La noción de contestación seria existe cuando:

1. ella es, o un obstáculo a la competencia del Juez de los Referimientos. Es el caso cuando se le pide al Juez de los Referimientos la solución del fondo del derecho;
2. o la razón de ser de la intervención del Juez de los Referimientos, a fin de justificar la decisión dada en referimiento porque precisamente la contestación es seria, y
3. o la motivación de la decisión del referimiento. En este caso la opinión del Juez de los referimientos es el soporte de la decisión del fondo o la motivación de la decisión dada en referimiento. La contestación será seria cuando la opinión que el Juez de los Referimientos se ha hecho del fondo del derecho, sin ser la respuesta de su decisión, es el soporte necesario, aunque no formulado".

De conformidad con el artículo 109 de la Ley 834 de 1978, el Juez no puede ordenar, en referimiento, medidas que colidan con una contestación seria.

La fórmula primitiva estaba contenida en el artículo 809 del Código de Procedimiento Civil, el cual expresaba lo siguiente: "Los autos a causa de demanda en referimiento no perjudican en nada a lo principal del asunto..." Esta fórmula es más fácil de comprender, sin embargo, el legislador la ha abandonado y sustituido por la que aparece en la parte in fine del artículo 109 de la Ley 834 de 1978.

La nueva fórmula contiene una aparente contradicción. En efecto, según creo, ha confundido a muchas personas.

En verdad, la redacción no es muy buena. Cundo el legislador emplea la frase: "...o que justifique la existencia de un diferendo" se ha complacido en confundirnos.

Siguiendo los lineamientos trazados por la jurisprudencia francesa comprendemos el alcance de la redacción nueva.

Dejamos para más adelante el análisis de la parte in fine del 109 para seguir con "lo de contestación seria".

Se puede ordenar en referimiento, en caso de urgencia, lo que no colida con una contestación seria.

Colidir quiere decir: tropezar, chocar con una oposición física o moral. Yo agregaría o legal. Entonces, el Juez de los Referimientos no puede ordenar una medida que choque con una contestación seria. Pero, ¿cuál es el carácter serio de una contestación? El Juez de los Referimientos tiene capacidad para decidir si la contestación es seria o parece seria o si no tiene fundamento. Pero ¿qué es una contestación seria? No la puedo encuadrar en una definición. Hay que tener en cuenta la medida que se va a tomar. Son aquellas dificultades que se pueden resolver con rapidez para transar inconvenientes. Es a lo más que puedo llegar tratando de clarificar el asunto.

El Juez de los Referimientos no es Juez de las superficialidades. Lo es de las cuestiones que no colidan con una contestación seria. Lo es de aquellas cuestiones que presentan dificultades entre partes y ameritan una medida provisional, no la solución del fondo de la contestación. Por razones de brevedad omitiremos la competencia.

10. LA EXISTENCIA DEL DIFERENDO. La primera impresión que nos da la lectura de la parte in fine del artículo 109, es que se trata de una mala traducción. No hay mala traducción. El artículo 109 es una traducción exacta del artículo 808 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés, el cual, a su vez, reproduce los términos del artículo 73 del Decreto del 9 de septiembre de 1973.

La peor interpretación que se le puede dar a la parte in fine del artículo 109, sería la que admitiese que todas las veces que existe un diferendo no se puede acudir al Juez de los Referimientos. De ser así, el Referimiento no serviría para nada.

Son los diferendos los que originan la necesidad de acudir en referimiento. Una sentencia ha dicho con meridiana claridad: "La existencia de una contestación, lejos de ser un obstáculo a la medida ordenada en referimiento constituye, al contrario, su justificación".

Otras muchas decisiones se pronuncian en igual sentido.

11. PODERES DEL JUEZ DE LOS REFERIMIENTOS. Las decisiones del Juez de los Referimientos tienen carácter provisional. El Juez de los Referimientos no decide un litigio porque no es Juez de "decir el derecho"; su misión es tomar medidas provisionales, las cuales no se pueden adoptar sin intervención de la autoridad judicial.

Las medidas son las que no colidan con una contestación seria, o que justifiquen la existencia de un diferendo o las que se toman para prevenir un daño inminente, es decir, medidas provisionales de naturaleza tal que median en una crisis conflictual, pero sin decidir el fondo del litigio ni los derechos respectivos de las partes.

12. MEDIDAS CONSERVATORIAS PARA PREVENIR UN DAÑO INMINENTE. El Juez de Primera Instancia puede ordenar en referimiento las medidas conservatorias que se impongan, sea para prevenir un daño inminente o para hacer cesar una turbación manifiestamente ilícita.

Advierto que cuando se trata de tomar medidas que no colidan con una contestación seria o justifique la existencia de un diferendo, el artículo 109 de la Ley 834 exige la urgencia, pero cuando se trata de prevenir un daño inminente o una turbación manifiestamente ilícita, la urgencia no aparece exigida por el artículo 110 de la indicada ley 834. Pero la urgencia es la esencia del referimiento y parece que en estos casos la urgencia está presumida.

De todos modos, se admite que la urgencia no se exige para la aplicación del artículo 110 de la Ley 834, comparezca en la hora y lugar habituales de los referimientos. b) por citación para comparecer a hora fija en el lugar de las audiencias o en la casa morada del Juez. c) Por citación, sin previa autorización, como consecuencia de un proceso verbal.

Se admite también, que de común acuerdo y de modo voluntario, las partes se pueden presentar por ante el Juez de los Referimientos. Normalmente, el Referimiento se introduce por citación. En caso de que se trate de un referimiento en curso de instancia, donde las partes ya hayan constituido abogado, el referimiento se tiene que introducir por citación y no por acto de abogado a abogado porque se trata de una instancia nueva, es decir, de una instancia distinta.

La citación se notifica a la parte contraria, en su persona o domicilio.

13. EL PROCEDIMIENTO. La demanda se puede introducir de tres maneras: a) por medio de citación a fin de que el demandado comparezca en la hora y lugar habituales de los referimientos. b) Por citación para comparecer a hora fija en el lugar de las audiencias o en la casa morada del Juez. c) Por citación, sin previa autorización, como consecuencia de un proceso verbal.

Se admite también, que de común acuerdo y de modo voluntario, las partes se pueden presentar por ante el Juez de los Referimientos. Normalmente, el Referimiento se introduce por citación. En caso de que se trate de un referimiento en curso de instancia, donde las partes ya hayan constituido abogado, el referimiento se tiene que introducir por citación y no por acto de abogado a abogado porque se trata de una instancia nueva, es decir, de una instancia distinta.

La citación se notifica a la parte contraria, en su persona o domicilio.

14. EL PLAZO DE LA COMPARECENCIA. El artículo 103 de la Ley 834 de 1978 establece: "El Juez se asegurará que haya transcurrido un tiempo suficiente entre la citación y la audiencia para que la parte citada haya podido preparar su defensa".

Es decir, no hay plazo, sino que el mismo se deja abandonado a la prudencia del demandante y vigilancia del Juez. En la práctica se acostumbra citar a un día franco por lo menos.

Cuando el demandado no comparece y el Juez estima que el plazo ha sido muy corto, se puede anular la citación, lo cual obliga al demandante a citar de nuevo.

El derecho de apreciación del juez, en relación al plazo, es soberano.

15. EFECTOS DE LA CITACION. De conformidad con el artículo 2254, la citación en justicia interrumpe la prescripción. Algunos entienden que la citación ante el Juez de los Referimientos no es una verdadera acción en justicia y que por lo tanto no interrumpe la prescripción. La opinión contraria es preferible.

16. INCIDENTES DEL PROCEDIMIENTO. Ante el Juez de los Referimientos se puede presentar una demanda de comunicación de documentos, así como cualquier excepción del procedimiento, in-

cluyendo la excepción de incompetencia en razón de la materia o del territorio. El Juez de los Referimientos puede ordenar la comparecencia de las partes, así como un descendimiento a los lugares litigiosos.

Las excepciones están sometidas al régimen de derecho común. En cuanto a la facultad de diferir el juramento decisorio, hay opiniones diversas. Algunas decisiones han dicho que el carácter provisional de la ordenanza hace inadmisibile el diferir el juramento decisorio, pero en la opinión que parece prevalecer se admite lo contrario. La posibilidad de diferir el juramento supletorio se ha admitido siempre, sin discusión alguna.

La confesión de una parte puede acogerse por el Juez de los Referimientos, aunque la misma no se imponga al Juez del fondo por el carácter provisional de las ordenanzas en referimiento.

En cuanto a los informativos nadie duda que se pueden ordenar, previa articulación de los hechos a probarse. También se puede ordenar un peritaje.

17. EL REFERIMIENTO EN CASO DE EXTREMA URGENCIA. De conformidad con la segunda parte del artículo 102 de la Ley 834 del 1978,: “Si, el caso requiere celeridad, el Juez de los Referimientos puede permitir citar a hora fija, aun los días feriados o de descanso, sea en la audiencia, sea en su domicilio, con las puertas abiertas”.

Debemos notar que el texto dice: “si el caso requiere celeridad”. Pero bien sabemos que en materia de referimiento, dada la urgencia, todo requiere celeridad. Lo que realmente exige el artículo 102 es la extrema urgencia, como sería el caso de una pared o muro a punto de derrumbarse. Para poder demandar en virtud del artículo 102 siempre será necesario el permiso previo del Juez, quien debe examinar la solicitud y darse cuenta si en realidad existe o no, la extrema urgencia.

Aunque los textos son mudos, entendemos que el demandante debe notificar, conjuntamente con la citación, la copia de la instancia en la cual solicita el permiso así como una copia del auto que autorizó la citación a hora fija.

Se puede citar "sea en la audiencia" "sea en el domicilio del Juez con las puertas abiertas" Sea en la audiencia quiere decir citar para la hora y fecha habitual de los referimientos.

18. EFECTOS DE LA ORDENANZA. Ella produce los efectos de una decisión en justicia y permite la inscripción de una hipoteca judicial, pero su autoridad de cosa juzgada es limitada. No se impone el Juez del fondo ni puede renovarse a no ser en caso de circunstancias nuevas.

La ordenanza puede contener condenaciones a astreintes las cuales se pueden liquidar a título provisional. También ella puede estatuir sobre las costas, de conformidad con el artículo 107 de la Ley 834.

19. LA JURISDICCION DEL PRESIDENTE DE LA CORTE EN REFERIMIENTO. En todos los casos de urgencia, el Presidente de la Corte puede ordenar en referimiento, en el curso de la instancia de apelación, todas las medidas que no colidan con una contestación seria. Ya hemos dicho que no podemos definir lo que se entiende por contestación seria. Pero es evidente que el legislador lo que quiere decir es que no se puede acudir en referimiento por nimiedades o por asuntos que son de claridad evidente y no justifican una medida provisional.

También se acude al Presidente de la Corte, en curso de instancia, para ordenar medidas que justifiquen la existencia de un diferendo. Esto quiere decir sencillamente que el Presidente no puede decidir el fondo, actuando como Juez de los Referimientos. La misma interpretación debe darse en cuanto se refiere al artículo 109 pues los dos artículos son iguales, aunque uno se refiere al Presidente de Primera Instancia y el 140 se refiere al Presidente de La Corte.

Para apoderar al Presidente de La Corte, se necesita la urgencia.

20. SUSPENSION DE LA EJECUCION DE UNA SENTENCIA De conformidad con el artículo 141 de la ley 834 de 1978, "El presidente de la corte puede, en el curso de la instancia de la apelación, suspender la ejecución de una sentencia impropriamente calificada en última instancia o ejercer los poderes que les son conferidos en materia de ejecución provisional".

Cuando la ejecución provisional ha sido ordenada, puede ser suspendida por el Presidente de la Corte estatuyendo en Referimiento, en dos casos: 1ro. si está prohibida por la Ley; 2do. si hay riesgo de que entrañe consecuencias manifiestamente excesivas. Cuando la ejecución provisional no ha sido solicitada o si habiéndolo sido, el Juez haya omitido estatuir, no podrá ser acordada en caso de apelación, sino por el Presidente de La Corte, en referimiento. Pero las ordenanzas dictadas por el Juez de los Referimientos son ejecutorias de pleno derecho, de donde resulta que el Presidente de La Corte no tiene facultad para suspender la ejecución.