



República de Colombia  
Corte Suprema de Justicia  
Sala de Casación Civil

**AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO**  
**Magistrado ponente**

**AC4858-2017**

**Radicación n° 11001-31-03-011-1998-01235-01**

(Aprobado en sesión de tres de mayo de dos mil diecisiete)

Bogotá, D.C., dos (2) de agosto de dos mil diecisiete (2017).

Se decide sobre la admisión de los tres (3) escritos que sustentan los recursos de casación interpuestos por Alberto Gómez Gómez, Javier Roa Quiñones, Gloria Gómez Gómez y Juan José Gómez Jaramillo, coadyuvantes de la parte demandante, frente a la sentencia de 19 de julio de 2012, proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso que promovió la sociedad Francisco Luis Gómez y Hermanos Almacenes el Lobo – en liquidación, contra Banco de Bogotá y otras 18 personas jurídicas y naturales.

**ANTECEDENTES**

1. Al tenor de la demanda y su reforma, la promotora pidió que se declarara la nulidad absoluta, o en subsidio, la

relativa, de las daciones en pago contenidas en las Escrituras Públicas n° 2231, 2232, 2233 y 2234, de 6 de agosto de 1996, otorgadas en la Notaría 11 del círculo de Bogotá, con la consecuente cancelación de las anotaciones en los folios de matrícula inmobiliaria, y se condenara por los perjuicios irrogados (folios 1-14 de la carpeta 1 D).

2. En compendio, las accionantes sustentaron sus pretensiones en el desconocimiento del acuerdo concordatario, pues las enajenaciones se efectuaron sin contar con un avalúo definitivo al 31 de enero de 1993, exigencia que no podía ser modificada de manera unilateral por los acreedores financieros, la junta de vigilancia o el contralor designado.

Manifestaron que, ante la ausencia de la peritación, el consentimiento expreso de la sociedad era una condición necesaria para la realización de las tradiciones, quien, por el contrario, se opuso.

Censuraron los formularios de liquidación del impuesto predial arrimados a la notaría, para efectos del otorgamiento de los actos públicos, porque la única persona que podía hacer el pago era la demandante, como propietaria y poseedora, siendo ilegítimos los presentados por las entidades financieras.

Calificaron las enajenaciones como vías de hecho, pues las demandadas, en complicidad con el contralor y en

contrariedad a la concursada, hicieron un negocio sin contar con el avalúo conclusivo e inobjetable, lo que condujo a su posterior insolvencia y liquidación.

Aseveraron que los negocios jurídicos reprochados tienen objeto y causa ilícitos, por desconocer normas imperativas. También existió nulidad relativa, por el incumplimiento de los requisitos concordatarios, siendo aplicables al caso las normas civiles, por faltar el consentimiento de la deudora.

3. Las demandadas se opusieron a las pretensiones, rechazando algunos hechos y aclarando otros. En general, propusieron las *excepciones de validez y eficacia de los negocios traslaticios, imputabilidad de las omisiones a la demandante, mala fe, dolo eventual, enriquecimiento sin justa causa, legalidad del pago por un tercero, inexistencia de condición resolutoria, cosa juzgada*, entre otras.

Financiera Andina S.A. y Delta Bolívar formularon demanda de reconvención, por los perjuicios derivados de la imposibilidad de explotar económicamente los predios poseídos por la accionante.

5. El Juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá dictó sentencia el 13 de diciembre de 2011, negando las pretensiones de las actoras, por encontrar que las daciones se ajustaron al concordato suscrito el 19 de noviembre de

1992; también desestimó las súplicas de la reconvención, porque no se probaron los perjuicios reclamados.

Indicó que, la presentación del avalúo a 31 de enero de 1993, no era un requisito obligatorio; más aún, que las daciones se efectuaron con base en la experticia de 1995.

Estimó que el contralor tenía amplios poderes, que incluían la suscripción del documento de enajenación, por lo que descargó la presencia de causales de nulidad, menos aún por ilicitud, pues las entidades financieras obraron conforme a lo pactado en el acuerdo concordatario.

6. Apelada esta decisión únicamente por las convocantes, en cuanto las accionantes en reconvención guardaron silencio, el Tribunal falló el 19 de julio de 2012 y confirmó en su integridad la providencia de primera instancia. Por otra parte, reconoció la prescripción de la acción de nulidad relativa (folios 151 a 169 del cuaderno 20).

Como soporte, después de transcribir las causales de nulidad y los requisitos de la dación en pago, desestimó la existencia de causa u objeto ilícitos, porque los actos censurados se ajustaron a las normas de orden público que le son aplicables y fueron celebrados por personas capaces.

Desestimó la invalidez, pues los bienes enajenados no estaban fuera del comercio y «*el propósito que inspiró su*

*celebración fue un acuerdo concordatario para la extinción de las deudas que tenía el demandante... lo cual no resulta ajeno a la naturaleza y finalidad del concordato, ni a la de la dación»* (folio 163 del cuaderno 20). Precisó que el decreto 350 de 1989 permite la celebración de acuerdos, con el propósito de solucionar las deudas insatisfechas y evitar la liquidación de la deudora, lo que precisamente se buscó en este caso, a través de las daciones, excluyéndose, por lo tanto, un objeto ilícito.

Encontró que la causa era acorde al orden público, pues las enajenaciones se hicieron en virtud del concordato, y avalado por la Superintendencia de Sociedades, lo que permitió solventar acreencias impagadas, como se consagró en las cláusulas tercera y cuarta del convenio.

Estableció que las daciones fueron suscritas por personas con *capacidad de disposición*, ya que el deudor, «*si bien no otorgó la escritura directamente...[,] tal eventualidad fue prevista en la cláusula sexta del acuerdo... otorgando la facultad al contralor para suscribirla*» (folio 165 ibidem), auxiliar de la justicia que debía cumplir las funciones consagradas en el artículo 8 del decreto 350 de 1989, y en el acuerdo concordatario.

Desestimó la configuración de causales de nulidad relativa o la invalidez por la confección extemporánea del avalúo, pues éste finalmente se realizó el 9 de febrero de 1993, por la entidad dispuesta por las partes. «*Por lo tanto,*

*el retardo en su elaboración si bien podría comportar un incumplimiento a lo acordado, no constituye supuesto de nulidad o anulabilidad en la forma que determina el legislador»* (folio 166 *ibidem*).

Sostuvo que las irregularidades relativas al nombramiento del contralor debieron ser ventiladas en el trámite concordatario, sin que esto genere anulabilidad de las daciones en pago; más aún, si se tiene en cuenta que el referido trámite culminó el 21 de enero de 1999 y se precisó que los actos realizados no se afectarían.

Por último, advirtió que se habría configurado la prescripción de la acción de nulidad relativa, pues las daciones se realizaron el 6 de agosto de 1996 y la demanda se promovió el 18 de septiembre de 1998.

7. La Sociedad Francisco Luis Gómez y Hermanos Almacenes el Lobo – en liquidación (folios 172-173 *ibidem*), así como Juan José Gómez Jaramillo (folio 174 *ibidem*), Alberto Gómez Gómez (folios 175-176), y Javier Roa Quiñones y Gloria Gómez Gómez (folios 178-179 *ibidem*), interpusieron sendos recursos de casación, los cuales fueron admitidos, y en tiempo hábil se radicaron cuatro (4) escritos de sustentación, de los cuales, por auto de 23 de septiembre de 2014, se admitió parcialmente el presentado por la demandante (folios 180-202 del cuaderno Corte), quedando pendiente las restantes demandantes que ahora pasan a estudiarse.

8. Por lo tanto, se hará la evaluación en conjunto de los tres (3) líbelos de sustentación que aguardan su admisión, en aplicación del principio de economía procesal, ante el vacío normativo sobre la materia.

Y es que la única norma que regula el trámite, en los casos en que se presentan múltiples recursos de casación al interior del proceso, es el artículo 373 del Código de Procedimiento Civil (vigente para este caso), que dispone que *«se tratará primero el recurso del demandante y luego el del demandado»*. Empero, esta regla sólo es aplicable si el convocante y el convocado impugnan la decisión de segundo grado, caso en el cual, es lógico exigir que cada demanda se instruya de forma independiente, por responder a finalidades heterogéneas e, incluso, contrapuestas.

Tal directriz es inaplicable cuando los promotores de la casación son coadyuvantes, por cuanto sus intereses son coincidentes entre sí, al punto de ser considerados como *ayudantes* de la parte a cuyo favor intervienen y partícipes de una suerte común<sup>1</sup>.

Total que, el *«tercero coadyuvante no reviste el carácter de parte autónoma, por cuanto su legitimación para intervenir en el proceso es subordinada o dependiente*

---

<sup>1</sup> Cfr. Víctor Fairén Guillén, *Teoría General del Derecho Procesal*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p. 319.

*respecto de la que corresponde al litigante con quien coopera o colabora»<sup>2</sup>, por lo que sus actuaciones tienen unidad de acción.*

Así las cosas, ante el vacío regulatorio, deberá acudirse a los *principios constitucionales y los generales del derecho procesal*, según lo establecido en el artículo 5 del Código de Procedimiento Civil, que consagran la economía procesal.

Al respecto, prescriben los cánones 29 y 228 de la Constitución Política que toda persona tiene derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas, por lo que los términos procesales deberán observarse con diligencia. A su vez, el numeral 1 del artículo 37 del Código de Procedimiento Civil preceptúa que corresponde al juez «*[d]irigir el proceso, velar por su rápida solución... y procurar la mayor economía procesal*».

Este principio propende porque la causa se adelante con el menor número de actuaciones posibles, bajo la idea de que la decisión definitiva no se difiera en el tiempo de manera innecesaria. Sostiene Osvaldo A. Gozainí que el juez debe «*conseguir eficacia en el término más breve posible e invirtiendo para ello la menor cantidad de actos procesales*»<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Lino Enrique Palacio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 285.

<sup>3</sup> Osvaldo A. Gozainí, *Garantías, Principios y Reglas del Principio Civil*, Eudeba, Universidad de Buenos Aires, 2015, s/p.

Validos de este mandato, se tiene que las demandas de casación formuladas por los coadyuvantes pueden tramitarse de forma conjunta, incluso para el traslado que eventualmente debe hacerse a la parte contraria, en tanto los reproches formulados tienen un mismo interés y propenden por igual finalidad. De permitirse el impulso de manera separada, la decisión definitiva se diferirá en el tiempo de manera injustificada, por tenerse que agotar la admisión y oposición de manera unitaria, aunque los impugnantes formulen cargos similares y con idéntico soporte fáctico, lo que se evitará de hacerse el análisis de admisión en un mismo auto.

Luego, las tres (3) demandas presentadas por los intervenientes serán despachadas en el presente proveído en bloque, con lo cual se evita una proliferación de decisiones y traslados, contraria a la economía procesal, y se atiende a la suerte común que existe entre los coadyuvantes.

9. Es pertinente señalar que, no obstante haber entrado en vigencia de manera íntegra el Código General del Proceso a partir del 1º de enero del año en curso, en el presente caso no resulta aplicable, porque los artículos 624 y 625 numeral 5º establecieron que los recursos, entre otras actuaciones, deberán surtirse bajo *«las leyes vigentes cuando se interpusieron»*.

Y como las demandas de casación que ahora ocupan la atención de la Sala fueron interpuestas bajo el imperio

del Código de Procedimiento Civil, será este ordenamiento el que siga aplicándose.

### **DEMANDA DE ALBERTO GÓMEZ GÓMEZ**

Se plantearon cinco (5) cargos, de los cuales ninguno será admitido, por faltar a las reglas técnicas establecidas para el remedio extraordinario, como se desarrollará a continuación.

#### **CARGO PRIMERO**

Acusó la sentencia de violación indirecta de los artículos 333 de la Constitución Política, 1502 (numeral 3) del Código Civil, y 2 del decreto 350 de 1989, por errores en la apreciación, entre otras pruebas, del acuerdo concordatario, pues el mismo tenía como finalidad la recuperación y conservación de la empresa como unidad económica, y no la extinción de las deudas insolubles, como de manera incorrecta lo aseveró el Tribunal.

En fundamento de lo cual señaló que, la deudora, propuso fórmulas de recuperación empresarial, como se advierte en los testimonios de Juan Pablo Obando y Oswaldo Escobar, que no fueron valorados.

Concluyó que «*el objeto con el que se llevó a cabo la dación en pago, es decir, la extinción de las deudas que tenía del demandante y consiguiente extinción de la empresa, es*

*un objeto ilícito, porque violó los artículos 2 del decreto 350 de 1989 y 333 de la Constitución Política de Colombia, porque estas normas mandan que el concordato tiene como objeto la recuperación y conservación de la empresa» (folio 40 del cuaderno Corte).*

## **CONSIDERACIONES**

1. El recurso de casación tiene la condición de extraordinario, en tanto no pretende una revisión del asunto en litigio, sino unificar la jurisprudencia, proveer por la realización del derecho objetivo, y reparar el agravio inferido a las partes por la sentencia censurada, según el artículo 365 del Código de Procedimiento Civil.

Por esta naturaleza, la normatividad ha establecido que su adelantamiento se someta a un riguroso trámite, con requisitos de imperativa observancia, sin que su desatención pueda ser consentida, salvo que la misma ley lo permita.

En punto a la demanda de casación, los artículos 373 y 374 establecen un listado de requerimientos, so pena de la deserción de la impugnación. Al respecto, tiene dicho esta Corporación:

*(...) para que la casación pueda alcanzar sus fines propios, para que le sea dado a la Corte entrar a estudiar el recurso en el fondo, no basta con que se haya interpuesto, concedido y admitido, ni tampoco que se presente una demanda a manera de alegato de conclusión, ya que se trata de un recurso*

*eminente mente extraordinario y no de una tercera instancia del proceso, sino que es menester que esa demanda llene todos los requisitos formales exigidos por la ley para ella, cuya omisión total o parcial conduce, por mandato expreso de la misma ley, a la inadmisión de la que ha sido defectuosamente aducida (Art. 373-4 C. de P.C.) (AC, 28 nov. 2012, rad. n° 2010-00089-01, reitera providencia de 11 may. 2010, rad. n° 2004-00623-01).*

En concreto, el interesado deberá formular sus reproches a través de cargos separados, «con la exposición de los fundamentos de cada acusación, en forma clara y precisa» (el numeral 3 del artículo 374). Para lo cual, es menester indicar la causal esgrimida y, de argüirse la violación de normas de derecho sustancial, identificar la vía (directa o indirecta) y el error (de hecho o de derecho). Adicionalmente, los embates deben guardar coherencia con las cuestiones fácticas o jurídicas que han sido objeto de discusión, no pueden entremezclarse los motivos de casación, el yerro debe ser trascendente respecto a la decisión adoptada, las irregularidades procesales no deben haberse saneado, así como otras exigencias que varían según la causal invocada.

Estas reglas, lejos de ser formalismos, tienen por objeto facilitar la comprensión de los argumentos que se esgrimen para controvertir el fallo atacado, y evitar que la discusión se torne en una tercera instancia, pues, como lo advertía Mario Cappelletti, una vez se profiere el fallo de alzada el mismo hace tránsito a cosa juzgada<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> *La Oralidad y las Pruebas en el proceso Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972, p. 382.

2. Cuando se invoca la causal primera de casación, el interesado tiene la carga de señalar «*las normas de derecho sustancial que... estime violadas*» (idem), esto es, los mandatos que crean, modifican o extinguen vínculos jurídicos, y que fueron desatendidos con el fallo de segundo grado.

Carecen de tal condición las disposiciones que se limitan a definir conceptos, enumerar elementos, regular procedimientos, fijar pautas probatorias, o relacionar las hipótesis que encajan dentro de una institución jurídica, con independencia del estatuto en que se encuentren consagradas.

Así lo indicó esta Sala:

*[E]s norma de derecho sustancial, aquella que, en razón de una situación fáctica concreta, declara, crea, modifica o extingue relaciones jurídicas concretas entre los litigantes. Por tal razón, se ha sostenido igualmente, que '...no tienen categoría sustancial, y por ende no pueden fundar por si solas un cargo en casación con apoyo en la causal dicha, los preceptos legales que sin embargo de encontrarse en los códigos sustantivos se limitan a definir fenómenos jurídicos, o a describir los elementos integrantes de estos, o a hacer enumeraciones o enunciaciones; como tampoco la tienen las disposiciones reguladoras de la actividad probatoria y, en general, todas las que disciplinan la actividad in procedendo...' (casación de abril 19 de 1.978, entre otras)... (SC, 9 mar. 1995, exp nº 4105).*

Se trata de una línea jurisprudencial consolidada<sup>5</sup>, que propende porque la Corte pueda cumplir su rol como órgano de cierre en asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios, a través de la unificación de la hermenéutica de los mandatos que son citados como sustento de la acusación, sin convertirse en una nueva instancia a través del reexamen del caso.

Ahora bien, según el numeral 1 del artículo 51 del decreto 2651 de 1991<sup>6</sup>, el promotor podrá señalar «*cualquiera de las normas de esa naturaleza que, constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, a juicio del recurrente haya sido violada, sin que sea necesario integrar una proposición jurídica completa*». El censor, entonces, tiene la carga de invocar y explicar, por lo menos, una norma de derecho sustancial que haya sido pretermitida, aplicada indebidamente o interpretada erróneamente, con la demostración de su transcendencia frente a la resolución del caso. Por lo que, enunciaciones vagas o imprecisas, realizadas con la pretensión de atinar en alguna norma de este resorte, configuran un defecto técnico, que impide el estudio del embate.

Así lo aclaró esta Corte:

---

<sup>5</sup> En el mismo sentido SC, 20 en. 1995, exp. n° 4305; AC, 4 sept. 1995, exp. n° 5555; AC, 25 oct. 1996, exp. n° 6228; AC, 7 dic. 2001, rad. n° 1999-0482-01; AC, 5 ag. 2009, rad. n° 1999-00453-01; AC1762, 7 ab. 2014, rad. 2008-00094-01; entre otras.

<sup>6</sup> El artículo 162 de la Ley 446 de 1998 la atribuyó el carácter de legislación permanente.

*[L]a nueva concepción de la proposición jurídica que debe formular todo casacionista, no significa de ningún modo que el recurrente pueda cumplir la tarea que para tal fin le corresponde como a bien lo tenga, puesto que se torna imperativo señalar como infringida por lo menos una norma a la que pueda atribuirsele el carácter de sustancial y que sea o haya debido ser base esencial del fallo del tribunal, bajo el entendido, claro está, de que es o debe ser definitiva, concerniente o incidente en cuanto a la relación jurídica debatida en juicio, y, como apenas es lógico suponer, que entronque con el análisis efectuado u omitido por el sentenciador de cara a la misma, y de cara al específico inconformismo del impugnador.*

*O dicho de otra manera, en palabras que ya empleó esta Corporación, ‘cumple afirmar, así, que lo verdaderamente relevante a dicho propósito no es tanto la controversia que en general circuló en el proceso, cuanto el preciso punto de inconformismo del recurrente. Su posición jurídica en este sentido será la que sirva para orientar cuál es la norma que constituye la esencia de su protesta’ (Sentencia de casación civil, 9 de diciembre de 1999, exp. 5352), lo que de antemano pone aquí de presente que si la inconformidad del recurrente versa sobre la decisión que le negó la reivindicación, debió denunciar el quebranto de siquiera una norma atinente a dicha acción, lo cual omitió.*

*No se trata, pues, simplemente de citar siquiera una norma de naturaleza sustancial, o de elegir un elenco de ellas, sino también de apuntar el quebranto de las que verdaderamente importan para el caso, pues esa es la única manera como se puede en verdad verificar la legalidad del fallo impugnado, en el sentido lato que a tal concepto cabe darle (SC, 26 jul. 2005, exp. n° 00106, reiterada en providencia SC2068, 22 feb. 2016, rad. n° 2007-00682-01).*

3. Contrario a lo comentado, en el cargo bajo estudio, el opugnante citó un catálogo de normas, sin advertir que las mismas carecen de la condición requerida para estructurar un reproche por la causal primera.

En efecto, en la demanda se invocaron los artículos 333 de la Constitución Política, 1502 (numeral 3 del inciso primero) del Código Civil, y 2 del decreto 350 de 1989, ninguno de los cuales crea, modifica o extingue situaciones jurídica concretas, pues se trata de enunciados genéricos y con contenido eminentemente descriptivo.

Así, el precepto constitucional consagra el principio de la libertad económica, el cual lista situaciones impersonales, y sin un claro sujeto pasivo. De allí, que esta Corporación tenga por admitido que los preceptos fundamentales, *«por regla general... están llamadas a desarrollarse mediante la ley, caso en el cual serán los preceptos de ésta, y no los de la Carta Política, los que directamente se ocupen de la problemática decidida en la sentencia recurrida, de lo que se infiere que... las disposiciones que el juzgador de instancia pudo infringir, son las legales que hizo actuar, inaplicó o interpretó erróneamente»* (CSJ, AC, 20 may. 2011, rad. n°. 2003-14144-01; reiterado en AC, 29 mar. 2012, rad n°. 2007-00935-01; AC7633, 15 dic. 2016, rad. n° 2008-00456-01).

Frente a la disposición del estatuto civil, ésta enuncia los elementos para obligarse por un acto o declaración de voluntad, los cuales son desarrollados por otras normas, las que sí no consagran consecuencias concretas respecto a los sujetos negociales. De allí que esta Corporación, en varias providencias, haya señalado que el citado artículo 1502 carece del linaje requerido para soportar una censura por

causal primera (cfr. AC, 10 ag. 2011, rad. n° 2003-03026-01; AC, 2 mar. 2011, rad. n° 2002-00007-01; SC, 25 nov. 2004, exp. n° 7246).

El artículo 2 del decreto 350 de 1989, vigente para la fecha de los hechos<sup>7</sup>, lista las medidas que podían adoptarse a través de concordatos preventivos, sin señalar las cargas o deberes connaturales a cada una de ellas, por lo que es una disposición que se limita a hacer una enunciación de casos.

Dable es colegir, entonces, que por tratarse de reglas que no regulan situaciones jurídicas concretas, en los términos enunciados, el cargo queda desprovisto de su soporte nuclear.

4. Aunque se hiciera caso omiso de la anterior deficiencia, se advierte que el embiste no es claro, ya que se fundamenta en la causal reconocida en el inciso 2 del numeral 1 del artículo 368 del Código Civil (folio 36 del cuaderno Corte), huelga decirlo, la vía indirecta, pero no precisó el tipo de error achacado a la providencia impugnada, sin que sea posible desentrañarlo a partir de la argumentación del actor.

Recuérdese que los errores de hecho o derecho tienen un contenido diferente, por lo que cada uno de ellos se somete a reglas precisas, sin que sea posible confundirlos o

---

<sup>7</sup> Norma derogada por el artículo 242 de la Ley 222 de 1995.

mezclarlos. El primero se circumscribe a la realidad ontológica de la prueba, por lo que se exige que se precise el medio de convicción aquejado y su relevancia frente a la resolución. Mientras que el segundo cuestiona la valoración o producción del medio suvisorio, imponiéndose la invocación de la norma probatoria conculcada. Tiene dicho esta Sala que:

*No puede (...) en materia de casación, confundirse el error de hecho con el de derecho, pues mientras el primero implica la omisión, suposición o desfiguración de lo que una prueba dice o deja de decir, el segundo parte de la base de que 'la prueba fue exacta y objetivamente apreciada pero que, al valorarla, el juzgador infringió las normas legales que reglamentan tanto su producción como su eficacia'.*

*El error de derecho se configura, entonces, cuando el juzgador se equivoca en la contemplación jurídica de los medios probatorios, por la trasgresión de las disposiciones que rigen la aducción, práctica o valoración de las pruebas, lo que de suyo descarta el desacuerdo en la contemplación objetiva o material de la prueba, pues esto último constituye error de hecho en su apreciación (AC, 6 dic. 2012, exp. nº 2005-00278-01. En el mismo sentido las providencias AC6689, 3 oct. 2016, rad. nº 2010-00127-01; AC6061, 29 jun. 2016, rad. nº 2008-0041-01; y SC068, 5 ab. 2001, rad. nº 5630).*

Tal precisión no puede extraerse del embate, porque los cuestionamientos realizados se dirigen hacia ambos tipos de errores, dependiendo de la prueba atacada.

Y es que, al analizar los testimonios de Juan Pablo Ortega y Oswaldo Escobar, denunció una *ausencia de valoración* (folio 39 del cuaderno Corte), esto es, un error de derecho, por la inaplicación del artículo 187 del Código de

Procedimiento Civil, relativo a la hermenéutica en conjunto del material suvisorio, norma que, por demás, tampoco fue citada.

De otro lado, al revisar el acuerdo concordatario, endilgó una indebida comprensión de su propósito, por cuanto «*según las normas legales, contractuales y las jurisprudencias citadas, el concordato tiene como finalidad... la recuperación y conservación de la empresa en tanto unidades de explotación económica y fuente generadoras de empleo...*» (folio 38 ibidem), lo que equivale a un yerro de hecho, relativo a la indebida interpretación de la cláusula primera del documento contractual.

El recurrente, entonces, en el mismo cargo, hizo ataques por dislates fácticos y probatorios, sin que pueda establecerse un único sentido, haciéndolo incomprensible y de inviable admisión. La Corte, en consideraciones relevantes para este caso, manifestó:

*[S]in distinción de la razón invocada, deben plantearse las acusaciones mediante un relato concatenado y claro, de tal manera que de su desprevenida revisión emane el sentido de la inconformidad, sin que exista cabida para especulaciones o deficiencias que lo hagan incomprensible y deriven en deserción, máxime cuando en virtud del principio dispositivo que gobierna el recurso, no puede la Corte suplir las falencias en que incurran los litigantes en este aspecto... (AC2194, 30 ab. 2014, rad. nº 2007-00175-01).*

Con todo, la mezcla de yerro antes evidenciada también se encuentra proscrita en casación, porque el

numeral 3 del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil exige que los cargos se formulen por separado, esto es, sin incurrir en combinación o mixtura entre los diferentes motivos o errores.

Mal haría en perderse de vista que las causales están estructuradas para cuestionar aspectos precisos de la decisión, mostrándose incompatibles entre sí, por lo que un hibridismo hace nebuloso el ataque. Esta es la posición reiterada de la Corte:

*Los diferentes reproches que se tengan respecto de la sentencia impugnada, debe proponerlos el recurrente en cargos separados, caracterizados por ser autónomos e individuales, lo que igualmente se infiere del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, premisas que le impiden entremezclar acusaciones de diferente naturaleza o confundir, al interior de una, el error de hecho con el de derecho (AC6341, 21 oct. 2014, rad. nº 2007-00145-01).*

Deberá rechazarse esta primera censura, por las razones explicadas.

## **CARGO SEGUNDO**

Arguyó violación indirecta, por pretermisión, de los artículos 333 de la Constitución Política, 1502, 1741 del Código Civil, y 2 de la ley 50 de 1936, y por aplicación indebida de los artículos 899 del Código Comercio, 1519, 1521 y 1524 del Código Civil.

Sostuvo que la posición dominante de un grupo de empresas no puede conducir a la imposición de cargas contrarias al orden fundamental, como fue reconocido por la Corte Constitucional en sentencia C-228 de 2010.

Manifestó que la interpretación del concordato y de las escrituras públicas atacadas, a la luz del poder prevalente de las entidades financieras, conduce a la nulidad absoluta de las últimas, por contrariar la ley y las buenas costumbres, ya que, a pesar de existir la posibilidad de realizar un proyecto inmobiliario (así se señaló en las declaraciones de Juan Pablo Obando y Oswaldo Escobar), que habría conducido a la recuperación de la empresa, el comité de vigilancia, integrado únicamente por acreedores financieros, no lo aprobó.

Cuestionó al citado órgano, en tanto «*sus actuaciones impidieron que muchas de las propuestas de venta... de sus bienes inmuebles presentadas por la empresa y que hubieran permitido la reactividad de la misma o el pago de todos sus pasivos, con algunos excedentes, se pudieran concretar. Lo que convierte su responsabilidad, en una responsabilidad de resultado*» (folio 44 ibidem). Aludió a múltiples ofertas, soportadas en documentos no admitidos como prueba por ser allegados por los coadyuvantes, pero que «*pueden ser tomados como referencia*».

Reprochó al comité que despojara a la deudora de todos sus bienes inmuebles y la dejó en estado de

insolvencia, al permitir daciones en pago con documentos no suscritos por ella.

Insistió que la demandante presentó varias ofertas para la enajenación de los inmuebles, alcanzando la cifra de \$9.000'000.000, suficiente para pagar las deudas e injectar capital de trabajo a la sociedad. Empero, el comité de vigilancia las rechazó y, en su lugar, acogió «*de forma deliberada y en abuso de su posición dominante la opción menos favorable para la concordada y sus acreedores,...* aprobó la Dación en Pago con todos los bienes operacionales y no operacionales... por valor de... \$2.872'616.000... que llevaron a la insubsistencia y crisis total a la sociedad y sin la posibilidad de cumplir con el pago de todas sus obligaciones y de recuperar su actividad económica» (folio 46 ibidem).

De lo anterior dedujo la ilicitud de la causa de las tradiciones, por obedecer al abuso de la posición dominante de las demandadas y un acto de despojo, lo que se encuentra prohibido por el orden público.

## **CONSIDERACIONES**

1. Como se expuso, la formulación de un cargo, con base en la causal primera de casación, impone al opugnador el señalamiento de las normas de derecho sustancial que estima conculcadas, siempre que por lo menos una de ellas fuera la «*base esencial del fallo*

*impugnado*» o haya «*debido serlo*» (numeral 1 del artículo 51 del decreto 2651 de 1991), lo cual deberá estar debidamente justificado.

2. La anterior exigencia descuelga por su ausencia en el reproche que ahora se analiza, pues los artículos 333 de la Constitución Política, 1502, 1519, 1521, 1524, 1741 del Código Civil, y 871 y 899 del Código de Comercio, carecen de esta naturaleza.

Señaló esta Sala que las disposiciones constitucionales, «*dado su carácter general, ellas en sí mismas no son susceptibles de ser consideradas en el terreno casacional -cuando la acusación se formula con estribo en la causal primera- como normas sustanciales infringidas por el fallo censurado*» (AC, 20 may. 2011, rad. nº 2003-14142-01). Y más adelante precisó que tales mandatos «*no dan base por sí solos, a lo menos en principio, para fundar un ataque en casación por la causal primera, no porque carezcan de rango sustancial, sino porque son normas cuyo molde jurídico está generalmente desarrollado por la ley*» (reitera AC217, 16 ag. 1995, exp. nº 5532).

Frente a los artículos 1502 y 1521 del estatuto civil, consideró que «*no tienen el carácter de sustanciales, como lo tiene declarado la Corte en numerosos fallos (C. C. 3 de junio de 1968; julio 3 de 1969; 18 de noviembre de 1969 y 27 de junio de 1970, T. CXXXIV, 229), porque no se trata de [normas] que atribuyan, declaren, modifiquen o extingan*

*relaciones jurídicas, puesto que simplemente enuncia, el primero de ellos, los casos en que una enajenación versa sobre objeto ilícito y, el segundo, relaciono los elementos que debe reunir toda declaración de voluntad para que produzca efectos» (CSJ, SC022, 22 mar. 1979).*

En cuanto a la norma 1524, se limita a definir la causa de las obligaciones y no es atributiva de derecho subjetivos, por lo que «*su presunto quebranto no da base para un cargo en casación con apoyo en la causal primera*» (CSJ, SC024, 24 oct. 1975).

Respecto al artículo 1741 «*no reviste el apuntalado carácter más que en su último inciso, que no es precisamente al que alude el censor*» (CSJ, AC91, 12 ag. 1988); de hecho, el párrafo final ni siquiera es invocado o desarrollado en la alegación, la cual se restringe a revisar el tema de la nulidad absoluta (folio 41 del cuaderno Corte), propio de los dos (2) primeros incisos.

El mandato 1519, que lista los casos en que existe objeto ilícito, no consagra o extingue derechos materiales, por lo que tampoco puede calificarse como disposición de derecho sustancial. Lo mismo sucede con los artículos 871 y 899 del Código de Comercio, como se dijo en providencias SC118, 21 ab. 1987, y SC143, 27 ab. 1989, respectivamente.

3. La invocación del artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2 de la ley 50 de 1936, que es de derecho sustancial, carece de relevancia en el presente caso, pues no regula un aspecto esencial de la controversia, por lo que no puede soportar la acusación.

Rememórese «que no cualquier norma de derecho sustancial debe ser denunciada como violada, sino una que tenga relación con la pretensión o con la oposición», esto es, «tiene que estar íntimamente ligada con el aspecto jurídico sobre el que versa la pretensión ventilada en el litigio, o con el que sirve de soporte a la oposición, porque en rigor ellos constituyen o deben constituir la base esencial de la decisión» (AC, 17 nov. 2009, rad. nº 1998-00065-01).

Lo anterior se echa de menos frente al referido artículo 1742, pues en la presente controversia no se ha controvertido la legitimación en la causa para promover la acción de nulidad, punto por demás pacífico, en tanto la demandante, como parte de los negocios de dación, tiene la aptitud jurídica para demandar la declaratoria de invalidez de los mismos.

De allí que el promotor, al desarrollar la censura, omitirá mencionar, transcribir, explicar o relacionar el precepto que simplemente citó en el primer párrafo de su acusación, evidencia incondicional de la falta de ligazón con la controversia.

Así las cosas, el cargo está llamado a ser rechazado, por los defectos antes advertidos.

### **CARGO TERCERO**

Recriminó la falta de aplicación de los artículos 333 de la Constitución Política, 1502, 1741 del Código Civil, 898 del Código de Comercio (inciso segundo), 2 de la Ley 50 de 1936, y 99 (numerales 2, 3 y 5) del Decreto 960 de 1970, y la indebida consideración de los artículos 8 del decreto 350 de 1989, 899 del Código de Comercio, 1504, 1519, 1521, 1524, 1626 y 1633 del Código Civil.

Retomó la existencia de un abuso de posición dominante, por la falta de capacidad del contralor para suscribir los documentos de traslación, quien por error del *ad quem* fue calificado como auxiliar de la justicia, sin tener en cuenta que su designación obedeció al convenio entre las partes y con posterioridad a la aprobación del concordato preventivo por parte de la Superintendencia de Sociedades

Después de transcribir varios artículos de los estatutos civil y comercial, sobre nulidad, expuso que el nombramiento del señor Carlos Alberto París Santamaría se realizó por fuera de los requerimientos del concordato, por lo que no tenía facultad de disposición.

Lo anterior, porque no fue nombrado por los representantes legales de la concursada, como se advierte

en los certificados de existencia y representación legal, en los negocios de dación, y en el concordato, las cuales, por demás, no fueron valoradas en su conjunto.

Sostuvo que la concursada no expresó su consentimiento para firmar las escrituras públicas, lo que demuestra el acto de aprovechamiento de las entidades financieras, al permitir una dación carente de consentimiento, pasible de nulidad absoluta.

## **CONSIDERACIONES**

1. Igual que para los cargos anteriores, se avista que, en su conjunto, las normas invocadas no son derecho sustancial, por lo que no tienen la idoneidad para apoyar el embate.

La censura reprochó la transgresión de los artículos 333 de la Constitución Política, 1502, 1504, 1519, 1521, 1524, 1626, 1741 del Código Civil, 99 (numerales 2, 3 y 5) del decreto 960 de 1970, y 899 del Código de Comercio, los cuales hacen enunciaciones genéricas o listados de casos, sin crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas concretas.

Precisamente, los preceptos sobre libertad económica, elementos de los negocios jurídicos, casos de incapacidad, hipótesis de nulidad absoluta y relativa, causales de invalidez de las escrituras públicas, y nociones de ilicitud,

causa y pago, se circunscriben a relacionar los supuestos de aplicación de ciertas instituciones jurídicas, describiendo sus elementos, sin atribuir derechos subjetivos o regular derechos, obligaciones, cargas o deberes originados en vínculos materiales.

Tales son los precedentes de la Corporación, que negaron la naturaleza sustancial a los artículos 1502 (AC, 17 nov. 2010, rad. n° 2002-00007-01), 1504 (AC153, 13 may. 1997, exp. n° 6467), 1741 (idem), 1521 (AC120, 26 ab. 1996, exp. n° 5904), y 1524 (SC, 18 dic. 2009, rad. n° 2005-00267-01) del Código Civil, y 899 del Código de Comercio (SC143, 27 ab. 1989).

Tampoco tiene tal linaje el artículo 8 del decreto 350 de 1989, que establece las funciones del contralor de los procesos concursales, pues es un simple listado de atribuciones. Eran las normas que consagran los efectos de los actos de este funcionario, frente a acreedores o deudores específicos, las que debieron ser invocadas por el impugnante.

2. El llamado a los artículos 2 de la Ley 50 de 1936 y 1633 del Código Civil, que sí tienen la condición antes desatendida, no pasa de ser una enunciación o transcripción, sin que se haya explicado cómo se vulneraron y su relevancia para el caso, incurriendo en un nuevo yerro de técnica.

Esta omisión, en virtud del principio dispositivo, no puede ser subsanada por la Corte, quien tiene proscrito sustituir al censor y corregir las deficiencias que advierta, so pena de convertirse en un juzgador de instancia y, en consecuencia, desnaturalizar la casación.

En adición, los artículos referidos son ajenos a la materia debatida, por regular aspectos que no fueron objeto de contradicción entre las partes. La primera de ellas, como se indicó en precedencia, por regular la legitimación para impetrar la acción de nulidad absoluta, aspecto que no ha sido cuestionado en la foliatura. La segunda, sobre los requisitos para pagar con la tradición del derecho de dominio, pues la controversia está circunscrita a la correcta designación del contralor y la ausencia de consentimiento de la sociedad demandante, sin cuestionar la titularidad del dominio.

Deberá inadmitirse, entonces, el tercer cargo, con la consecuente declaratoria de deserción.

3. Para abundar en razones, se advierte que la queja es incompleta, pues omitió atacar la totalidad de los argumentos cardinales de la sentencia recurrida.

Y es que, el proveído de segundo grado solamente podrá ser casado cuando se quiebren todas sus bases esenciales, sin que baste derruir algunas de ellas, pues las que queden incólumes podrán sostenerlo.

El precedente sobre la materia enseña:

*[E]l censor tiene la ineludible carga de combatir todas las apreciaciones de fondo que conforman la base jurídica esencial del fallo impugnado, sin que sea posible desatender y separarse de la línea argumental contenida en aquel proveído, principios estos que, de vieja data, han llevado a la Corte a sostener que ‘...los cargos operantes en un recurso de casación no son otros sino aquellos que se refieren a las bases fundamentales del fallo recurrido, con el objeto de desvirtuarlas o quebrantarlas. Por eso, cuando los cargos hechos en un recurso no se relacionan con esos fundamentos son inoperantes. El recurso (...) se encamina a demostrar que la sentencia acusada quebranta la ley, dados los fundamentos de hecho y de derecho en que ella se apoya y esto es así porque en casación se contraponen dos factores: el fallo acusado y la ley, pero sin que el sentenciador pueda salirse de los motivos o causales que alega el recurrente, y sin que éste, a su turno, pueda alegar con éxito razones, o aducir argumentos en que no se apoya el fallo recurrido’ (Subrayado original. AC, 29 oct. 2013, rad. nº 2008-00576-01. En el mismo sentido AC2869, 12 may. 2016, rad. nº 2008-00321-01, reitera el precedente AC, 29 oct. 2013, rad. nº 2008-00576-01).*

En el cargo en revisión, se observa que el Tribunal soportó su conclusión, respecto a la aptitud del contralor para realizar las daciones, en dos (2) argumentos: (i) en el contrato se previó la posibilidad de que el citado funcionario suscribiera las escrituras públicas, según la cláusula 10 del concordato (folio 165 del cuaderno 20); y (ii) «*las irregularidades denunciadas por la parte demandante en relación con el nombramiento y designación del ‘contralor’, debieron ser ventiladas en su escenario natural, esto es, en el interior del trámite concordatario... tanto más, si incumplido el acuerdo... la empresa entró en etapa de liquidación obligatoria, terminación que... no afecta los actos*

*ejecutados en desarrollo del mismo y autorizados en él» (folio 166 ibidem).*

Empero de lo comentado, el embate del casacionista se dirigió a cuestionar únicamente el primero de los razonamientos, a través del descrédito del acto de designación, sin rebatir la segunda primera. Significa que el promotor, dejó de lado los aspectos relativos a la conductancia del proceso concursal para resolver los asuntos relacionados con el nombramiento del contralor, así como la intangibilidad de los actos por él realizados antes del inicio de la etapa liquidatoria.

Por esto, aunque se diera razón al quejoso en su argumento, la sentencia de 19 de julio de 2012 se mantendría incólume, soportada en las bases no cuestionadas.

Este argumento, se suma a los anteriores, para justificar la inadmisión de la censura.

#### **CARGO CUARTO**

Achacó ausencia de consonancia entre los hechos de la demanda y la decisión, por cuanto no hubo pronunciamiento sobre algunos de ellos, a pesar de encontrarse demostrados.

Verbigracia, estimó probado que la dación en pago fue una *auto-adjudicación* por vías de hechos, en tanto los documentos no fueron otorgados por la concursada, sino por un contralor carente de la facultad de disposición. También sostuvo que se desconoció que el concordado debe estimular el desarrollo empresarial, lo que no sucedió por cuanto la dación en pago impidió la recuperación económica y la solución de los demás créditos reconocidos, de lo que se infiere su ilegalidad.

De las cláusulas del convenio extrajo que las demandadas «*gozaron de posición dominante durante la ejecución del concordato y de acuerdo con los testimonios de Juan Pablo Obando Ortega y Oswaldo Escobar Muriel, así como los documentos vistos a folios 277 a 299 del cuaderno N° 6, los demandados abusaron de su posición dominante*» (folio 54 del cuaderno Corte).

## **CONSIDERACIONES**

1. El numeral 2 del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, establece como motivo de casación «*[n]o estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio*».

Se trata de un error *in procedendo*, cuya configuración parte del reconocimiento de que el proceso civil está

sometido al principio dispositivo, según el cual, son las partes las encargadas de establecer los contornos de la controversia y, consecuentemente, la órbita de competencia del juzgador, quien no podrá alejarse de los extremos del proceso, salvo que la misma ley lo autorice.

La incongruencia se presenta, entonces, cuando el juez decide el caso por fuera de las pretensiones o excepciones probadas en el caso (*extra petita*), o más allá de lo pedido (*ultra petita*), o cercenando lo que fue objeto de alegación y demostración (*citra petita*), como lo ha señalado este órgano de cierre:

*[Su] incumplimiento es de antaño inscrito en una de estas tres posibilidades: en primer lugar, cuando en la sentencia se otorga más de lo pedido, sin que el juzgador estuviese facultado oficiosamente para concederlo (*ultra petita*); en segundo lugar, cuando en la sentencia olvida el fallador decidir, así sea implícitamente, alguna de las pretensiones o de las excepciones formuladas (*mínima petita*); y en tercer lugar, cuando en el fallo decide sobre puntos que no han sido objeto del litigio, o, de un tiempo a esta parte, en Colombia, con apoyo en hechos diferentes a los invocados (*extra petita*)... (SC1806, 25 feb. 2015, rad. nº 2000-00108-01).*

Adicionalmente, esta causal se configura cuando la sentencia no guarda correlación con «*las afirmaciones formuladas por las partes*», puesto que «*es obvio que el juez no puede hacer mérito de un hecho que no haya sido afirmado por ninguna de ellas*»<sup>8</sup>. De allí que el artículo 304 imponga que «*[e]n la sentencia se hará una síntesis de la*

---

<sup>8</sup> Lino Enrique Palacio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Lexis-Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 393.

*demanda y su contestación...», y el artículo 305 prescriba que «[l]a sentencia deberá estar en consonancia con los hechos...». En palabras de esta Sala, «a la incongruencia se puede llegar porque el juzgador se aparta de los extremos fácticos del debate» (SC, 7 mar. 1997, rad. nº 4636).*

No es suficiente que el juzgador incurra en pretermisión de alguna prueba, para que haya incongruencia; se requiere que su decisión se aleje por completo de los hechos que son debatidos, para fundarse en supuestos fácticos ajenos a la controversia. Lo primero constituye «**un vicio de la decisión (que los juristas conocen con el nombre de omisión de examen de un hecho decisivo)** en la medida en que resulta violado el principio fundamental según el cual la decisión debe adoptarse sobre la base de todas las pruebas disponibles» (negrita fuera de texto)<sup>9</sup>. Lo segundo un yerro *in procedendo*, por alejamiento cardinal del objeto de la controversia.

La demostración de la incongruencia exige al interesado hacer un cotejo o comparación entre la demanda (o la contestación) y el acápite resolutivo de la sentencia, poniendo en evidencia la falta de correspondencia entre los mismos. Tal es la posición de esta Sala:

*[P]ara establecer la presencia de esta irregularidad se hace necesario el cotejo objetivo entre lo pedido por el actor, el fundamento fáctico de las súplicas, las excepciones aducidas por el demandado y las que, sin requerir ser invocadas, resulten*

---

<sup>9</sup> Michele Taruffo, *La Prueba de los Hechos*, Trotta, Milano, 2005, p. 322.

*probadas en el proceso, por una parte, y el contenido concreto de la decisión del juzgador, por la otra... (SC, 16 dic 2005, rad. n° 1993-0232-01).*

2. Visto el cargo a la luz de las anteriores reflexiones, reluce que deberá ser inadmitido, por cuanto el casacionista no mostró las pretensiones o expresiones que fueron pretermitidas, o el completo alejamiento del debate fáctico, considerando el acápite resolutivo del fallo del Tribunal.

● Nótese que, al sustentarse el embate, se mencionan cuatro (4) hechos que, a pesar de estar debidamente demostrador, no fueron analizados para alcanzar una decisión condenatoria. Sin embargo, la alegación realmente evidencia una serie de valoraciones y apreciaciones jurídicas, en torno a algunas pruebas que reposan en el plenario, sin realizar esfuerzo alguno para acreditar que el juzgador se apartó de los extremos de la litis.

● Así, en el primero de los «hechos», se cuestiona que «mediante documentos no otorgados por la sociedad demandante, hicieron que un supuesto contralor, sin tener facultad de disposición, firmara las escrituras de dación en pago en nombre de la sociedad» (folio 54 del cuaderno Corte), lo que significa una nueva propuesta hermenéutica de las pruebas que prescriben las funciones del contralor, sin que se advierta reproche alguno por incurrir en un desatino mayúsculo sobre los aspectos que estaban en discusión entre las partes.

Lo mismo sucede con el segundo «hecho», pues se cuestionó la falta de reconocimiento de la violación de las normas que regulan la materia concursal (idem), aspecto que dista diametralmente de un ataque por incongruencia por el desconocimiento de los supuestos fácticos de la controversia, para quedarse en una visión divergente sobre la forma en que debió fallarse. Igual defecto está presente en los «hechos» tercero y cuarto, pues se reprochó que «*los demandados abusaron de su posición dominante, lo cual está prohibido por la Constitución y además, condujo a la empresa a su total insolvenza*» (folios 54-55 ibidem), así como que «*todos los bienes del deudor, son prenda general de todos los acreedores y no únicamente de los acreedores financieros demandados. Razón por la cual, dicha dación en pago es ilegal*» (folión 55 ibidem); lejos de ser un distanciamiento injustificado de la cuestión fáctica que se reprocha, es un juicio frente a la decisión de instancia.

La incongruencia no puede soportarse en una falta de coherencia entre la hermenéutica del interesado y la decisión de instancia, como se pretende en el caso, sino que exige la demostración de una completa separación entre lo pedido y lo decidido. La Corte ha aclarado:

*La aludida causal, en línea de principio, no puede invocarse sobre la base de haberse decidido de manera adversa a los intereses del actor o cuando el resultado del proceso no satisface al impugnante si la decisión –libre de excesos o abstenciones respecto de las pretensiones– recae sobre lo que ha sido materia del pleito. En tales situaciones, naturalmente, mal podría entenderse que se dejó de resolver sobre un extremo de la*

*controversia o que se interpretó equivocadamente la demanda o se condenó más allá de lo que se pretendió (AC7706, 11 nov. 2016, rad. nº 2013-00713-01).*

Un cargo así presentado, contradice las reglas técnicas de la casación, por lo que debe ser inadmitido.

3. Más aún, una revisión en conjunto de los argumentos del casacionista, evidencian que se trata de un alegato de instancia, pues se retomaron los argumentos relativos a la ausencia de facultades del contralor para enajenar bienes de la concursada, a la inviabilidad de la dación en pago por contrariar el objeto del proceso concursal, y al abuso de la posición de dominio de las entidades financieras, para insistir en la prosperidad de sus pretensiones. Luego, so pretexto de una ausencia de pronunciamiento sobre unos hechos, achacó un yerro de decisión, al punto de dolerse que el Tribunal no encontrara probada «*la nulidad absoluta y/o relativa alegada en el presente proceso*» (folio 55 del cuaderno Corte), sin advertir un fallo *extra, ultra o citra petita*.

De existir el defecto alegado, el mismo debió encausarse por la causal primera de casación, por tratarse de un error *in judicando*, o en la aplicación del derecho, lo que es extraño a la causal segunda que se circscribe a defectos *in procedendo*.

Así lo tiene decantado la jurisprudencia nacional:

*La inconsonancia implica siempre un error en la mecánica del proceso porque ‘...se trata de una causal que goza de autonomía y a la que la ley ha investido de autoridad propia, ha de interpretarse en forma tal que no traspase su específica finalidad ni altere su naturaleza. Sólo lo que está dentro del concepto puramente formal de desarmonía entre lo demandado y lo fallado es lo que puede estructurarla; consiguientemente, como en forma constante lo ha expuesto la Corte, esta causal no autoriza ni puede autorizar a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al Juzgador como motivos determinantes de su fallo’, porque si la censura parte de haber cometido el sentenciador yerros de apreciación en cuanto a lo pedido y lo decidido, ‘y a consecuencia de ello resuelve de manera diferente a como se le solicitó, no comete incongruencia sino un vicio in-judicando, que debe ser atacado por la causal primera de casación’ (negrita fuera de texto; SC, 7 mar. 1997, rad. nº 4636; reiterada SC, 16 dic. 2005, rad. nº 1993-0232-01, y AC8173, 29 nov. 2016, rad. nº 2000-00779-01).*

El cargo, entonces, también incurre en hibridismo, pues se acudió a la incongruencia para retomar el análisis de las cuestiones fácticas y jurídicas propias de un debate sustancial.

En todo caso, y aún si el embate estuviese fundado en la causal primera, la demanda no satisface las condiciones exigidas para su admisión, pues el censor omitió citar las normas de derecho sustancial infringidas por el *ad quem*, ni realizó una exposición clara y precisa sobre la forma en que forma transgredidas, como lo impone el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil.

Se rechaza el cargo cuarto, con fundamento en el análisis antes realizado.

## **CARGO QUINTO**

Alegó que la providencia reprochada contiene decisiones más gravosas para la demandante, por haberse reconocido la prescripción extintiva de la acción de nulidad relativa, a pesar que el juzgador de primera instancia no se pronunció sobre esta materia y que los demandados omitieron recurrir la decisión.

Recordó que la carta fundamental consagró la prohibición de la reforma en perjuicio y, por su conducto, no es posible empeorar la situación del impugnante unitario.

## **CONSIDERACIONES**

1. La garantía de la doble instancia, reconocida en los artículos 31 de la Constitución Política y 3 del Código de Procedimiento Civil, vigente para este caso, presupone que el recurrente no sea vea penalizado por deprecar la revisión de su causa, para lo cual se prohíbe al superior modificar la decisión en detrimento de aquél. Por esto, la decisión de alzada no puede afectar negativamente al censor, si es el único que cuestionó el proveído.

De allí que el artículo 357 *ibidem* disponga que «*[l]a apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto de recurso...*», con

lo cual se limita el ámbito de competencias del *ad quem*, en orden a evitar una reforma peyorativa.

En el mismo sentido, constituye motivo de casación que la decisión de segundo grado contenga *decisiones* que «*hagan más gravosa la situación de la parte que apeló... siempre que la otra no haya apelado ni adherido*» (numeral 4 del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil).

Enfatícese que la desmejora debe manifestarse en las *decisiones* adoptadas, no así en los argumentos que las soportan, pues estos últimos carecen de la virtualidad de imponer condenas mayores o desconocer derechos reconocidos. En consecuencia, el opugnador debe comparar los acápite resolutivos de las sentencias, mostrando con claridad cuál fue la desmejora que alega.

Tal es la jurisprudencia vigente sobre la materia:

*El recurrente que invoca la mencionada causal no se puede limitar a lamentarse por el menoscabo que le produjo la decisión impugnada, sino que es necesario que exponga «las circunstancias ciertas y concretas que conforman el deterioro de su situación por causa o con motivo de la apelación del fallo de primer grado, **labor que no será posible sin parangonar las resoluciones de las sentencias de instancia.** (CSJ AC, 30 Ago. 1999, Rad. 7661)... (Negrilla fuera de texto. AC5251, 17 ag. 2016, rad. nº 2010-00367-01).*

2. En el presente embiste, se avizora que el promotor faltó al deber de contraponer los *decisum* de las sentencia

de primer y segundo grado, en orden a acreditar que efectivamente se agravó su situación.

Por el contrario, la alegación se estructuró a partir de las afirmaciones realizadas en la parte considerativa del fallo de 19 de julio de 2012, las cuales difirieron de las realizadas por el *a quo*, de lo cual se concluyó que hubo un pronunciamiento perjudicial a los intereses de la demandante. Sin embargo, no se hizo lo mismo con los resuelves de cada una de ellas, al punto que ignorar que el *ad quem* se limitó a confirmar en su integridad, sin ninguna modificación, la providencia de 13 de diciembre de 2011, emitida por el Juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá (folio 168 del cuaderno 20).

Total que, el principio de la *non reformatio in pejus*, restringe la capacidad decisoria del Tribunal, pero no la posibilidad de interpretar, conforme a su particular experiencia y conocimiento, los supuestos materiales o jurídicos que son aplicables para la resolución de la causa, sin que por esto pueda colegirse que el apelante vio menguada sus garantías.

De allí que, tratándose de fallos confirmatorios de la providencia apelada, como sucede en el expediente bajo examen, la demostración del yerro tenga una especial carga argumentativa, pues se estará frente a resoluciones homólogas que, en principio, no alteran o modifican la situación jurídica del apelante. Esta Sala ha precisado:

*En el caso presente, el impugnante no explicó en manera alguna la razón por la que la sentencia de segunda instancia -que confirmó la de primera por razones distintas- desmejoró su situación como apelante único, atendiendo a que en ambas determinaciones se concluyó en la negativa íntegra de sus pretensiones... [Tal razón impone] la inadmisión del cargo... (AC7707, 11 nov. 2016, rad. n° 2009-00446-01).*

Así las cosas, desacertaron los casacionistas al proponer la acusación, por lo que deberá inadmitirse.

### **DEMANDA DE JAVIER ROA QUIÑONES Y GLORIA GÓMEZ GÓMEZ**

Se propusieron tres (3) reparos, ninguno de los cuales se abrirá paso, como se muestra en los párrafos siguientes.

#### **CARGO PRIMERO**

Censuraron violación directa, por falta de aplicación, de los artículos 1502 (numeral 2), 1602, 1741, 2407 del Código Civil, y 2 de la ley 50 de 1936, y por indebida consideración de los preceptos 878, 897, 898, 899 del Código de Comercio, 1504, 1519, 1521, 1524, 1626 y 1633 del Código Civil, y 99 (numerales 2, 3 y 5) del decreto 960 de 1970.

Criticaron que el *ad quem* olvidara que la dación en pago está regulada por el artículo 2407 del estatuto civil, lo

que llevó a aplicar normas que «*nada tienen que ver con el objeto del proceso*» (folio 126 del cuaderno Corte).

Recriminaron que los hechos de la demanda se leyieran de forma descontextualizada, pues se ignoró que la petición de nulidad se soportó en la falta de consentimiento; no en la ilicitud del objeto o la causa, como lo entendió el *ad quem*.

Desaprobaron que no se concluyera que era imposible que las enajenaciones nacieran a la vida jurídica, ante el incumplimiento de los requisitos del concordato, el cual es ley para las partes.

Echaron de menos la valoración del acervo documental relativo a los vicios del consentimiento, tales como la Escritura Pública nº 2221 de 6 de agosto de 1996, en la que el representante legal de la concursada expuso sus reparos al negocio y se abstuvo de firmar los documentos de enajenación.

Increparon una vulneración del debido proceso de la deudora por parte de las demandadas, al acudir al contralor para suscribir las escrituras, en desconocimiento de la cláusula sexta del concordato, y sin importarles la ausencia de aquiescencia del representante legal.

Expresaron que, de haberse aplicado adecuadamente las normas, se hubiera comprendido el problema jurídico y la sentencia habría favorecido a la demandante.

## CONSIDERACIONES

1. El numeral 3 del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil prescribe que los cargos en casación deben ser formulados «*por separado*», esto es, sin incurrir en mezcla de causales, o de errores, pues de hacerlo se hace incomprensible el ataque y, por consiguiente, inadmisible.

Las causales del recurso extraordinario están estructuradas para debatir reparos particulares de la decisión, mostrándose incompatibles, e incluso contradictorios, entre sí. De allí que «*los diferentes reproches que se tengan respecto de la sentencia impugnada, debe proponerlos el recurrente en cargos separados, caracterizados por ser autónomos e individuales, lo que igualmente se infiere del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, premisas que le impiden entremezclar acusaciones de diferente naturaleza o confundir, al interior de una, el error de hecho con el de derecho*

En otras palabras, «*está prohibido acumular en una misma acusación diversos ataques, así sea expresa o tácitamente, porque ello revela una acusación antitécnica habida cuenta que mezcla diversas causales, razón que basta para desecharlo en estudio de casación*

2. En olvido de lo expuesto, el cargo primero entremezcló argumentos propios de los caminos directo e indirecto, haciéndolo incomprensible para efectos de su estudio en casación.

Esto se advierte desde el mismo planteamiento, pues se invocó como sustento el inciso 2 del numeral 1 del artículo 368 *ibidem*, que consagra la vía indirecta, no obstante acusaron la providencia de «*violar directamente*» (folio 125 del cuaderno Corte) las normas de derecho sustancial.

Además, al justificar la acusación, cuestionaron que el Tribunal no tuviera «*en cuenta que la dación en pago no es una figura jurídica típica del ordenamiento comercial, pues atendiendo su definición, la dación en pago es una figura jurídica civil prevista en el artículo 2407 del Código Civil*» (folio 125 *ibidem*), por lo que «*para resolver sobre la nulidad absoluta de las escrituras de dación... [partió] de un marco jurídico equivocado*» (folio 126 *ibidem*). Este razonamiento, sin lugar a dudas, es propio la vía directa, por corresponder a una discusión de puro derecho, relativa al marco regulatorio aplicable a la figura en cuestión.

No obstante, en los párrafos siguientes se arguye un desatino en «*la lectura... de los hechos de la demanda*» (*idem*), por cuanto el juzgador se fijó «*exclusivamente en el análisis de los requisitos relacionados con el objeto y la causa ilícita, dejando de lado, que las escrituras de dación*

*en pago, fueron extendidas, sin reparar o valorar por la Junta de Vigilancia del concordato, si eran válidas las razones del representante legal de la firma deudora, para no otorgar su consentimiento» (folio 127 ibidem). Se trajo, entonces, una discusión en torno al alcance de la demanda y las pruebas del caso, lo que es connatural a la senda indirecta.*

Tal mixtura hace ambiguo el reproche, pues no resulta posible desentrañar si el cuestionamiento está circunscrito a la aplicación del Código de Comercio a la presente controversia, o a la interpretación de las pruebas a partir del marco normativo escogido por el Tribunal. De ser lo primero, los censores tendrían que haber admitido la valoración probatoria contenida en la providencia, pero esto no es así, pues a renglón seguido se cuestiona el entendimiento que se dispensó a la demanda. Afirmó la Corte sobre el particular:

*[A]corde con la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, se observa que la memorialista entremezcló el tópico normativo y los asuntos fácticos, dislate que da al traste con el éxito buscado en punto a la admisión del cargo planteado. Cuando la denuncia se orienta por la senda recta... ello presupone que el inconforme viene aceptando plenamente las conclusiones alrededor de los hechos sobre los que giró el litigio junto con la inteligencia dispensada a la valoración de pruebas. (AC4363, 4 ag. 2014, rad. n° 2004-00088-01).*

De haberse querido un ataque por vía indirecta, los casacionistas debieron asentir en el régimen aplicable a la institución jurídica, para centrarse en el contenido de las

probanzas. Lo que tampoco sucedió, ya que delanteriormente hizo una crítica a la aplicación del régimen comercial a una situación regulada civilmente.

El anterior hibridismo, es suficiente para dar al traste con la admisión del ataque.

### **CARGO SEGUNDO**

Censuraron la violación indirecta de los artículos 1502 (numeral 2), 1504, 1519, 1521, 1524, 1602, 1626, 1633, 1741, 2407 del Código Civil, 2 de la ley 50 de 1936, y 99 (numerales 2, 3 y 5) del decreto 960 de 1970, por error de hecho.

Manifestaron que la Escritura Pública n° 2221 de 6 de agosto de 1996, no fue analizada, a pesar de su relevancia, en contravía de las reglas de la sana crítica.

Reclamaron que el concordato era fundamental para establecer los requisitos de las daciones en pago, «*de suerte que no haberse cumplido el mismo en los términos pactados, inhibió al representante legal de la empresa demandante a otorgar su consentimiento, circunstancia extensiva al contrato... pues al hacerlo su propio consentimiento estaba viciado por dolo*» (folio 130 del cuaderno Corte).

Estimaron que las enajenaciones sólo eran posibles si, antes del 31 de enero de 1993, los inmuebles hubieran sido

avaluados, lo que no se satisfizo, pues el perito cumplió su labor para los años 1994 y 1995. También echaron de menos el pago de las obligaciones de los acreedores pertenecientes a los grupos I y II, pues las entidades financieras despojaron a la concursada de todos sus bienes. En adición, faltó anexar, a las escrituras públicas, la copia del acta del comité de vigilancia en la que se autorizó su venta.

Ante la falta de estos requisitos, coligieron, no hubo consentimiento, haciendo inexistentes las daciones y, por consiguiente, nulas absolutamente, *«cuestión que pasó por alto el tribunal y resulta violatorio de las normas sustanciales mencionadas, e incide directamente en la parte resolutiva de la sentencia»*.

## **CONSIDERACIONES**

1. La claridad exigida en la formulación de los cargos en casación, impone al interesado señalar los supuestos de hecho y de derecho del ataque, indicando con precisión el yerro en que incurrió el *ad quem*. No es dable basarse en enunciaciones generales o formulaciones abstractas, sino que, a partir de la causal, debe especificarse cómo el Tribunal incurrió en ella, sin ambigüedades o vacíos que hagan ininteligible el reproche.

Sobre este tema, la Corte tiene dicho:

*[S]in distinción de la razón invocada, deben plantearse las acusaciones mediante un relato concatenado y claro, de tal manera que de su desprevenida revisión emane el sentido de la inconformidad, sin que exista cabida para especulaciones o deficiencias que lo hagan incomprendible y deriven en deserción, máxime cuando en virtud del principio dispositivo que gobierna el recurso, no puede la Corte suplir las falencias en que incurran los litigantes en este aspecto... (AC2194, 30 ab. 2014, rad. nº 2007-00175-01).*

Tratándose de la causal primera, no basta hacer un listado de normas, a partir de las cuales se haga un relato que pretenda desmentir las conclusiones del fallador, como se tratara de una discusión de instancia. Lo que se espera del recurrente es que, a partir de un análisis de cada uno de los argumentos de la providencia, explique porqué se violaron las normas que citó en su demanda y cuál es la relevancia para la resolución de la controversia.

Es suma, «*no basta con invocar las disposiciones a las que se hace referencia, sino que es preciso que el recurrente ponga de presente la manera como el sentenciador las transgredió»* (CSJ, AC8738, 19 dic. 2016, rad. nº 2006-00119-01).

2. Revisado el ataque, se advierte que no contiene una explicación sobre la forma en que se violaron las normas de derecho sustancial citadas, en concreto, los artículos 1633, 1742<sup>10</sup>, y 2407 del Código Civil.

---

<sup>10</sup> Subrogado por el artículo 2 de la ley 50 de 1936.

Y es que, después de presentada la acusación y enunciadas múltiples disposiciones, entre ellas, las antes anotadas, los promotores las ignoraron en la sustentación, menos aún para denunciar defectos del Tribunal al fallar. Así, descuelga por su ausencia la justificación de cómo se contravinieron las normas relativas a la validez del pago con transferencia de propiedad, la extinción de fianza por dación en pago, o la legitimación para promover la nulidad absoluta, así como la trascendencia de estos aspectos en la resolución absolutoria de los demandados, a pesar de que esta era una condición necesaria para que el cargo fuera claro.

El listado de las normas, en sí mismo, no sirve de soporte a los reproches concretos que deben formularse, para lo cual se requiere una explicación detallada que justifique la indebida aplicación, la interpretación errónea o la ausencia de consideración (cfr. CSJ, SC9167, 15 jul. 2014, rad. nº 2005-00209-01), situación que precisamente se olvidó al realizar la acusación.

De otro lado, en la demanda se invocaron los artículos 1502, 1504, 1519, 1521, 1524, 1626 *ibidem*, y 99 del decreto 960 de 1970, como sustento del ataque. Sin embargo, tales mandatos no tienen la condición de ser normas de derecho sustancial, porque únicamente definen o listan situaciones jurídicas, sin crear, modificar o extinguir vínculos materiales.

Tampoco tiene esta calidad el artículo 1602 *ibidem*, igualmente invocado, ya que se limita a consagrar una máxima del derecho (*pacta sunt servanda*), sin afectar situaciones concretas (Cfr. AC, 15 dic. 2011, rad. n° 2007-00653-01).

Se desestimará, entonces, el segundo embate, por las razones apuntaladas.

2. En adición, una lectura de la censura pone en evidencia una mezcla de errores, porque reprochó un yerro de hecho, pero con posterioridad acude a razonamiento del de derecho.

Véase que, en la formulación, se afirmó que la providencia había incurrido en *violación indirecta* de la ley sustancial, *por error de hecho, por falta de apreciación de medios probatorios* (folio 129 *ibidem*), lo cual sustenta a partir de la interpretación del concordato suscrito entre la deudora y sus acreedores.

Sin embargo, al justificar el dislate, los actores manifestaron que la escritura firmada por el representante legal de la demandante, ante el Notario 11 del Círculo de Bogotá, «*no fue ponderada por el fallador, cuando debía hacerlo, conforme a las reglas de la sana crítica*» (folio 130 *ibidem*).

Significa que, en el mismo cargo, primeramente se hizo un cuestionamiento sobre el contenido material de las pruebas, derivado de la pretermisión o cercenamiento de un documento; pero en seguida se realiza otro sobre las normas probatorias aplicables al asunto, en concreto, el deber de hacer una valoración en conjunto de los medios demostrativos (artículo 187 del Código de Procedimiento Civil).

Se fusionaron, entonces, razonamientos provenientes de diferentes errores, que hace inidónea la acusación. En reciente pronunciamiento, este órgano de cierre manifestó:

*[N]o resulta idóneo invocar un error de hecho, y sustentarlo como si fuera de derecho, ni viceversa, porque si ello ocurre, 'la acusación deviene imprecisa y carente de claridad, amén de que en el fondo carece de una real sustentación' (CSJ AC 27 feb. 2012, rad. 2004-00457-01.*

*En un caso de contornos afines al actual, la Corte inadmitió la demanda de casación porque a pesar de denunciar la incursión en errores de hecho, el impugnante invocó normas probatorias...*

*Así se refirió en proveído CSJ AC 28 nov. 2012, rad. 2009-00211-01, e inclusive lo ha reiterado entre otros, en CSJ AC689-2016, rad. 2011 00462 01:*

*En relación con la senda indirecta, a pesar de que insiste en la incursión de un error de hecho en la valoración de documentos y testimonios, cita la afectación de preceptos eminentemente probatorios, esto es, los artículos 174, 175 y 177 del Código de Procedimiento Civil, situación que se justifica en el yerro de jure.*

*La Corte, en sentencia del 18 de julio de 2012, exp. 1995-04020, señaló al respecto que 'la exigencia de precisión de las demandas de casación, establecida en el artículo 374 idem, obliga a que 'la acusación sea exacta, rigurosa (...) que contenga*

*todos los datos que permitan individualizarla dentro de la esfera propia de la causal que le sirve de sustento' (...), entonces, cuando quiera que en un cargo estructurado bajo la perspectiva del yerro fáctico se endilga al fallador la vulneración de normas de carácter probatorio, se incurre en un indebido entremezclamiento que atenta contra el aludido requisito en sede de casación; así lo puntualizó la Corte en pretérita ocasión cuando desechó la prosperidad de una censura por cuanto 'a pesar de denunciar el quebrantamiento de la ley sustancial por desatino 'manifiesto de hecho en la apreciación de' ciertas probanzas, concluyen que 'con este yerro se dejó de aplicar por parte de la sentencia demandada, los artículos 174, 175, 187, 194 y 197 del Código de Procedimiento Civil', normas probatorias cuya vulneración debe denunciarse por error de derecho en la vía indirecta' (...)' (AC586, 6 feb. 2017, rad. nº 2013-00088-01).*

El hibridismo denunciado, permite repudiar la admisión del cargo.

3. Pero aunque se ignoraran estas falencias, se observa que los casacionistas invocaron medios nuevos, entendidos como alegaciones que por primera vez son traídas al debate judicial en el curso del remedio extraordinario, los que deben desestimarse sin consideraciones adicionales (SC, 16 jul. 1965, GJ nº 2278-2279, p. 106).

Este órgano de cierre tiene dicho:

*Si el objeto de estudio en casación es la sentencia –como thema decisum, resulta exótico y no se acompasa con la finalidad de este recurso deducir en él nuevas pretensiones, o las mismas aducidas inicialmente pero apoyadas en hechos contrarios o diferentes...*

*De ahí que la doctrina y la jurisprudencia tienen dicho, desde vieja data, que es improcedente formular en casación cargos con apoyo en cuestiones o medios nuevos; o sea, en aspectos fácticos que por no haberse planteado ni alegado en ninguna de las instancias del proceso, o por ser contrarios a los que allí se debatieron, fueron desconocidos por el sentenciador de instancia, y que, por consiguiente, sólo buscan que el litigio se solucione mediante el estudio por la Corte Suprema de extremos absolutamente distintos a los que fueron base de la demanda y su contestación (SC, 19 en. 1982, no publicada).*

Lo anterior, pues alegaron de forma novísima la vulneración del concordato por haber realizado las daciones en pago sin previa cancelación de las obligaciones pertenecientes a los acreedores de los grupos I y II (folio 130 del cuaderno Corte), y por otorgarse las escrituras públicas sin anexar copia del acta de la Junta de Vigilancia en que constara la autorización para la venta de los activos (folio 131 *ibidem*). Tales cuestionamientos no habían sido expuestos en la actuación, en particular, dentro de los alegatos de conclusión de primera instancia (folios 1227-1240 del cuaderno 1E), o como sustento del recurso de apelación (folios 1453-1459, 1415-1421, o 1433-1444 *ibidem*, 44-55 del cuaderno Corte).

En el proceso, ciertamente se invocó la vulneración del acuerdo concordatario, pero por razones distintas a las que ahora se esgrimen. Se cuestionó, en especial, la ausencia de peritación con corte a 31 de enero de 1993, la falta de convocatoria al representante legal de la concursada para suscribir las escrituras públicas, y la carencia de atribuciones del contralor, pero de eso no se sigue un

reproche al deber de pagar las deudas pendientes a otros acreedores privilegiados, aspecto inexplorado dentro del plenario hasta ahora.

Lo mismo sucede con los anexos a las escrituras públicas, pues en ningún caso se alegó su nulidad por faltar el acta resultante de la reunión del comité de vigilancia, ya que el debate giró en torno al documento de designación del contralor y la necesidad de su inscripción en el registro correspondiente, no frente a la invalidez por carecer de un anexo.

Por tratarse de materias novedosas, no es posible que en casación se aborde su estudio por primera vez, pues esto debió haberse en instancia, en orden a garantizar los derechos de defensa y contradicción de las demandadas, fundamento adicional para negar el estudio del embiste.

### **CARGO TERCERO**

De forma subsidiaria, cuestionaron la falta de aplicación de los artículos 2407, 1741 (inciso 3), y 1743 del Código Civil, y una indebida consideración de los artículos 878, 897, 900, 901, 902, 903 del Código de Comercio, y 1504 del Código Civil.

Aseveraron que el *ad quem* se equivocó al considerar que la nulidad relativa únicamente se produce por

incapacidad relativa o vicios del consentimiento, sin tener en cuenta que el artículo 1741 del estatuto civil extiende su aplicación a cualquier otro vicio, como sucede con la desatención de las reglas del concordato «*en temas tan sensibles como los avalúos, el pago de acreedores de primer grado, la legitimación del contralor para reemplazar al representante legal de la sociedad... en la suscripción de las escrituras y el aporte a la Notaría de todos los documentos enlistados en el concordato*» (folio 132 del cuaderno Corte).

Cuestionaron que el *ad quem* no diera el alcance correcto a la extemporaneidad del avalúo, pues las irregularidades que se encuentran debidamente comprobadas impedían acto de transferencia a favor de los acreedores, como son:

(i) la fecha límite del avalúo, que venció el 31 de enero de 1993, lo que conduce a tener por inexistente el presentado con posterioridad;

(ii) el no pago a los acreedores privilegiados, relacionadas con temas fiscales, parafiscales, laborales, y proveedores de la empresa, por haber omitido el contralor certificar la insuficiencia de los activos. Adicionalmente, «*se debía entregar el 30% del valor de la dación... a la empresa como capital de trabajo y dichos dineros no fueron entregados*» (folio 134 *ibidem*); y

(iii) la falta de legitimación del contralor para firmar los documentos de enajenación. Precisaron que no se trataba de un auxiliar de la justicia, por haber cesado en sus funciones en virtud de la aprobación del concordato, sino de una figura contractual prevista en el concordato, lo que excluye que su designación tuviera que ventilarse en el proceso concursal. Desaprobaron que la carta de aceptación del cargo no tuviera presentación personal y no fuera radicada ante la Superintendencia de Sociedades, de lo que infirieron «*actuaciones acomodadas y de mala fe durante la firma de la dación*» (folio 135 *ibidem*).

Insistieron que las desatenciones relatadas se subsumen dentro de las causales de nulidad relativa, lo que habría llevado a la prosperidad de las pretensiones subsidiarias de la demanda, so pena de desconocerse el principio del *pacta sunt servanda*.

## **CONSIDERACIONES**

1. La aptitud infirmatoria de un cargo formulado al amparo de la causal primera de casación, depende de que se cuestionen todos los argumentos que sirven de soporte a la decisión, porque de quedarse uno de ellos en pie, la decisión podrá soportarse sobre el mismo y se hace fútil analizar los yerros que sean endilgados a la providencia.

La labor del promotor, entonces, no se limita a advertir los errores o los desatinos en que pudo incurrir el

sentenciador, sino en derrumbar el pronunciamiento recurrido en su integridad, para lo cual debe enfilar su ataque de manera particular frente a cada una de las premisas que llevaron a la conclusión contenida en la parte resolutiva. De ser infructífero este proceder, el cargo deberá ser rechazado.

Tal es la posición de esta Corporación:

*Cuando se trata de la causal primera de casación, en cualquiera de las especies de violación de las normas sustanciales a que ella se contrae, ya por la vía directa ora por la indirecta, los reproches formulados deben comprender todos y cada uno de los fundamentos de la providencia en los que ella se sustenta, en el claro entendido de que si cualquiera de estos se pretermite o se ignora o de alguna manera subsiste para mantenerla en pie, no hay lugar a quebrarla, toda vez que la Corte, dado el carácter dispositivo y restricto propio del recurso extraordinario, tampoco puede de oficio completar la tarea recortada que a ese respecto se le proponga (AC, 12 mar. 2010, rad. n° 2002-00111-01).*

2. Estas premisas leídas en clave del cargo tercero, evidencian que los casacionistas fallaron al refutar la integridad de los razonamientos de la sentencia de segundo grado, pues no controvirtieron lo relativo a la extinción de la acción.

Sobre el particular, la providencia recurrida desestimó las pretensiones subsidiarias relativas a la nulidad relativa de las escrituras públicas de dación de pago, por tres (3) argumentos nucleares: (i) ausencia de causales de anulabilidad, por no haberse demostrado una incapacidad relativa o un vicio del consentimiento (folio 165 ibidem); (ii)

intrascendencia de las supuestas infracciones al concordato, en punto al avalúo y la designación del contralor (folio 166 ibidem); y (iii) vencimiento del término de prescripción para promover la acción.

Sobre este último aspecto sostuvo el Tribunal:

*[C]onforme a las excepciones del Banco Ganadero... reiterada en los alegatos ante esta instancia... socava la pretensión de anulabilidad el lapso transcurrido entre la realización de los negocios -agosto 6 de 1996-, y la presentación de la demanda -septiembre 18 de 1998- que da cuenta de la consumación de la prescripción extintiva por haber transcurrido un tiempo superior a dos años conforme a lo previsto por el art. 900 del C. de Cio y, por ende no susceptible de ser interrumpido con la notificación a los demandados realizada, por ejemplo en enero 14 de 1996 (folios 166-167 del cuaderno 20).*

Sin embargo, los promotores enfilaron sus ataques hacia las dos (2) primeras consideraciones, sin confrontar los supuestos de la tercera. El cargo se hizo girar en torno a la procedencia de la anulación, por encontrarse satisfechos los requisitos para su procedencia, lo que claramente ataca los razonamientos del *ad quem* relativos a la ausencia e intrascendencia de defectos. Empero, deja de lado cualquier consideración sobre el tiempo para demandar y la extinción del derecho de acción, el cual sirvió para soportar el fallo y que lo mantendrá incólume, aunque prosperara el cargo *sub examine*.

Por lo expuesto, se negará el estudio del reproche, sin consideraciones adicionales.

## **DEMANDA DE JUAN JOSÉ GÓMEZ JARAMILLO**

Esgrimió seis (6) cargos, que por no satisfacer las condiciones formales, serán inadmitidos.

### **CARGO PRIMERO**

Denunció la violación de los artículos 1502 (numeral 2), 1741 del Código Civil, 2 de la ley 50 de 1936, 99 (numerales 2, 3 y 5) del decreto 960 de 1970, y 898 (inciso segundo) del Código de Comercio, por error de hecho manifiesto en la apreciación de varias pruebas.

Manifestó que los negocios de enajenación fueron realizados por un *presunto* contralor, por cuanto el representante legal de la concursada se negó a hacerlo, por las razones manifestadas en la Escritura Pública n° 2221 de 1996. Esto porque no hay prueba de que el señor «*Carlos Alberto París Santamaría, haya sido nombrado por la sociedad deudora..., luego no tiene y nunca tuvo facultad de disposición*» (folio 146 del cuaderno Corte).

Por lo anterior, estimó que las daciones en pago adolecen de un elemento esencial, como es el consentimiento de la tradente, lo que conduce a su inexistencia y nulidad absoluta, la cual debió ser declarada de oficio.

## **CONSIDERACIONES**

1. El cargo será rechazado, porque las normas que se invocan de derecho sustancial, están desprovistas de esta condición, y la única que la tiene carece de relevancia para la controversia.

Reitérese que los artículos 1502 (numeral 2), 1741 del Código Civil, 898 (inciso segundo) del Código de Comercio, y 99 (numerales 2, 3 y 5) del decreto 960 de 1970, tienen como finalidad listar los elementos para obligarse, señalar las causales de nulidad absoluta y relativa, definir la inexistencia, y establecer los casos de ineficacia de las escrituras públicas, sin crear, modificar o extinguir vínculos materiales, por lo que mal haría en atribuirseles el linaje de sustanciales, como lo pretende el censor.

Además, estas disposiciones no consagran derechos u obligaciones concretas, ni establecen supuestos fácticos de los cuales se deriven consecuencias precisa a favor de un acreedor determinado. Su pretensión se circscribe a numerar unos casos de invalidez, sin derivar efectos precisos, por lo que carecen de la idoneidad para soportar un cargo por causal primera de casación.

La Corte ha recalcado:

*Por consiguiente, si los preceptos señalados en la censura sólo están orientados a otras finalidades diferentes de declarar, atribuir, modificar o extinguir derechos, no ha dejado la doctrina*

*en insistir que un cargo en estas condiciones no viene aducido en debida forma y, por tanto, no abre paso al estudio de fondo (SC022, 22 mar. 1979).*

Ahora bien, el artículo 2 de la ley 50 de 1936, que subrogó el artículo 1742 del Código Civil, ciertamente satisface el requerimiento que se echó de menos. Empero, este precepto regula un tema específico en la controversia, como es la titularidad para el ejercicio de la acción de nulidad.

Ni las sentencias de instancia, o las intervenciones de las partes o coadyuvantes, han puesto en duda la posibilidad del juez de reconocer la invalidez absoluta, o que la demandante pudiera incoar esta pretensión, por lo que en el debate ha estado ausente el tema de la legitimación en la causa por activa, centrándose en la configuración de los elementos requeridos para la nulidad.

Luego, mal podría haberse vulnerado una norma que no ha estado en discusión. Se desestima, por esta razón, que el cargo haya sido debidamente soportado.

2. Si en gracia de discusión se pretermitiera el yerro antes revelado, el embiste tampoco se abriría paso, por entremezclar argumentos de las causales primera y segunda de casación.

Así, la censura se soportó en el «*numeral 1º inciso segundo del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil*»,

por «*violación directa... por error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso*» (folio 145 del cuaderno Corte).

Empero, al justificar la existencia del defecto, se hicieron manifestaciones propias de la incongruencia, pues se arguyó que «*[l]a nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato*» (idem), como precisamente sucedió, por la falta de consentimiento para el otorgamiento de las escrituras públicas cuestionadas. Manifestó el opugnante:

*[E]l negocio jurídico de dación en pago, adolece de uno de sus requisitos esenciales... es decir, no fue consentido por la parte demandante. La consecuencia de la falta de este requisito es la inexistencia y la nulidad absoluta del contrato, así lo expresa el artículo 898 inciso 2º del Código de Comercio, y el artículo 1741 del Código Civil, **lo cual debe ser declarado por el juez, de oficio o a petición de parte** (negrilla fuera se texto)<sup>11</sup>.*

De allí que, al presentar el reproche, el coadyuvante se doliera de la vulneración de normas de derecho sustancial; pero al justificarlo, hizo aseveraciones propias de la incongruencia, por la ausencia de decreto oficio de una nulidad sustancial claramente probada en el proceso. Se perdió, entonces, el eje de la acusación, haciéndola inexacta y ambigua, al no ser posible determinar el desatino que finalmente se alzó contra el proveído.

---

<sup>11</sup> Folio 146 del cuaderno Corte.

De esta manera incurrió en una mezcla de causales, transgresora de la autonomía exigida en casación, por lo que el embate deberá ser rechazado, conforme al criterio de esta Sala:

*La censura entonces, realiza una indebida combinación de diversas formas de reproche, cada una de ellas, insertas en causales también diferentes, circunstancia que constituye una mezcla inadmisible en tratándose de un ataque realizado en sede del recurso extraordinario de casación (AC221, 25 en. 2017, rad. n° 2001-00192-01).*

## **CARGO SEGUNDO**

Por vía indirecta, se achacó el desconocimiento de los artículos 333 de la Constitución Política, 2 del decreto 350 de 1989, 98 (numeral 4.1.) del decreto 663 de 1993, 7 (literal e) y 11 (literal d) de la ley 1328 de 2009.

Después de analizar la finalidad del concordato preventivo, y de transcribir apartes de la sentencia C-1143 de 2000, sostuvo que la normatividad patria procura la protección y recuperación de las empresas, lo cual fue reconocido en el acuerdo concordatario suscrito por la demandante; pero, «*al momento de valorar esta prueba, el ad quem no tuvo en cuenta la finalidad tripartita del concordato*» (folio 149 del cuaderno Corte).

Sustentó su afirmación en los testimonios de Juan Pablo Obando y Oswaldo Escobar, quienes promovieron un proyecto inmobiliario en los predios de la concursada, que

no puedo adelantarse por la falta de aceptación de la junta de vigilancia, conformada por los acreedores financieros, quienes tenían el interés de apropiarse de estos bienes por un precio irrisorio de \$2.872'616.000, cuando el ofrecido era \$9.000'000.000.

Dedujo del reseñado comportamiento un abuso de la posición dominante, tendiente a la apropiación de los bienes y a la insolvencia de la concursada, en contravía de los fines del proceso concursal. También encontró un dolo positivo de la citada junta, pues actuó fraudulenta y engañosamente, para permitir las daciones en pago.

Arguyó que la conducta de las entidad financieras era un «*acto de abuso contractual, de su posición dominante y una cláusula abusiva y exorbitante en el acuerdo concordatario, pues la Junta de Vigilancia era la única que autorizaba la venta... y su decisión final al respecto, afectó el equilibrio del contrato*

Increpó al Tribunal no valorar las pruebas antes señaladas, porque de hacerlo habría concluido que se violaron normas imperativas y de orden público, que conducen a la ilicitud de las daciones en pago.

## **CONSIDERACIONES**

1. Los argumentos fueron presentados sin correlacionar normas de derecho sustancial vulneradas, en

contravención del numeral 3 del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil.

Y es que las disposiciones citadas, esto es, los artículos 333 de la Constitución Política, 2 del decreto 350 de 1989, 98 (numeral 4.1.) del decreto 663 de 1993, 7 (literal e) y 11 (literal d) de la ley 1328 de 2009, están desprovistas de la mencionada calidad, amén de que no regulan vínculos concretos, originados en situaciones fácticas igualmente precisas.

El mandato constitucional, como se analizó, consagra la libertad económica, que en sí misma carece de derechos u obligaciones particulares, pues constituye un marco general de actuación para todos aquellos que intervengan en el circuito económico.

El artículo 2 del decreto 350 de 1989 hace una enunciación de las medidas que pueden adoptarse en un concordato preventivo, sin regular su contenido y alcance, menos aún, afectar situaciones sustanciales determinadas.

Los artículos 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, 7 y 11 de la ley 1328 de 2009, consagran las prohibiciones de abuso de mercado y de posición contractual dominante, sin declarar, crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas sustanciales. En otras palabras, ninguna de las normas es atributiva de derechos

subjetivos, pues se circunscriben a definir las hipótesis en que existe abuso de derecho en el sistema financiero.

De manera que, el quebranto de los mencionados mandatos, no permite soportar un cargo basado en la causal primera de casación, por lo que deberá ser inadmitido.

2. Se suma a lo expuesto, que la censura es desenfocada, porque cuestionó tópicos que no constituyeron el basamento de la sentencia de segundo grado.

Total que, cuando se acude a la casación, las críticas deben estar orientadas acertadamente hacia la sentencia, con la pretensión de derruir sus bases, pero sin apartarse de las mismas, pues de hacerlo, estaría por fuera del objeto de este medio de impugnación, lo que es contrario a su naturaleza. Por eso, el numeral 3 del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil exige los cargos sean precisos, valga decirlo, dirigidos con acierto hacia el centro de la argumentación del proveído cuya anulación se pretende.

Cuando el interesado censura aspectos externos a la decisión, que son propios de la litis, realiza un ataque desenfocado, que no puede ser objeto de estudio. Esta la posición de esta Corporación:

*Pasó por alto la recurrente que 'la precisión que se exige del recurrente en casación reviste capital importancia, no solamente*

*en el entorno patrio sino en otras latitudes, pues el ataque, indefectiblemente, debe dirigirse a la esencia misma de los fundamentos del juzgador, a la propia médula de los anclajes de la decisión, para que la autoridad casacional pueda distinguir ‘una cosa de otra’.*

*De igual forma, según lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación, el fenómeno del desatino de la acusación ocurre ‘cuando la argumentación del recurrente se enfoca hacia aspectos que no fueron desarrollados por el fallador, es decir cuando van por caminos disímiles’, por lo que las razones del casacionista ‘carecen de la virtualidad necesaria para enervar el soporte de la sentencia impugnada, siendo inane la censura formulada. Precisamente a este defecto, que supone que el recurrente dirija su labor impugnativa hacia fundamentos diferentes de los tenidos en cuenta por el fallador y no frente al soporte real de la decisión, de antiguo, en la esfera casacional se le conoce como desenfoque o desatino del cargo, que, por la misma razón anotada, le resta todo mérito de prosperidad a la censura.’ (AC, 30 ag. 2010, Rad. nº 1999-02099-01, reitera providencia SC, 18 oct. 2000, exp. nº 5638).*

El cuestionamiento realizado a espaldas de este requisito está condenado al fracaso, por cuanto su prosperidad no sería suficiente para invalidar el fallo recurrido, pues aunque se admitiera el defecto, la decisión se mantendrá incólume al estar soportada en otras razones.

Esta deficiencia se advierte en el cargo analizado, pues se achacaron errores de hecho en la valoración de algunos testimonios y pruebas documentales, con el objeto de demostrar la ilicitud de la causa de las daciones en pago, por obedecer a «*maniobras fraudulentas, engañosas y en ejercicio del poder dominante*» de las entidades bancarias (folios 149 y 150 del cuaderno Corte). Sin embargo, en la sentencia de 19 de julio de 2012, el juzgador de segundo

grado no realizó consideración alguna sobre la abusividad de las actuaciones de los acreedores financieros, menos aún para calificar la licitud de los negocios de enajenación con base en las mismas, por lo que cualquiera reproche sobre este aspecto es distante de las bases del fallo.

La providencia escrutó la licitud de la causa, a partir del título que sirvió de base para la realización de las enajenaciones, o sea, el acuerdo concordatario (folio 165 del cuaderno 20), sin adentrarse en consideraciones sobre el poder prevalente de las entidades financieras, la utilización del Comité de Vigilancia para realizar actos fraudulentos, o la arbitrariedad de la no venta de activos a terceros.

Así las cosas, no es posible que dicho cuerpo colegiado errara al evaluar las pruebas que demostraban la ilicitud por abuso de derecho, cuando este aspecto ni siquiera fue revisado. Existe, entonces, desatino en los argumentos del casacionista, lo que permite el rechazo de la censura.

Con todo, si lo pretendido por el opugnante fue cuestionar la falta de análisis del despotismo con que actuaron los acreedores del grupo III, tal reproche debió encausarse por la causal segunda de casación, o sea, incongruencia, por lo que constituye un dislate haberlo formulado dentro del numeral 1 del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

## **CARGO TERCERO**

Acusó la sentencia de inconsonancia, por ser silente frente a los siguientes hechos, a pesar de que encontraban demostrados en el proceso:

(i) las daciones en pago fueron una auto-adjudicación por vías de hecho;

(ii) la actuación de las demandadas impidió la recuperación económica de la concursada, en desobediencia de las normas que regulan el proceso concursal;

(iii) múltiples cláusulas del concordato fueron impuestas por las entidades financieras, en abuso de su posición dominante; y

(iv) el despojo de los bienes impidió la recuperación económica de la demanda y el pago de sus créditos reconocidos, en perjuicio de los acreedores privilegiados y violando el artículo 2491 del Código Civil.

Estimó que, de haberse estudiado los supuestos fácticos anteriores, se hubiera demostrado la nulidad absoluta y/o relativa alegada en el proceso.

## CONSIDERACIONES

1. La falta de consonancia, según el numeral 2 del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se configura cuando no existe correspondencia entre la decisión judicial y *los hechos, las pretensiones de la demanda, o las excepciones*.

Tratándose del primer supuesto, huelga iterarlo, los hechos, la casación se abre paso cuando la providencia judicial se separa por completo de los supuestos fácticos del proceso, según fueron delineados en la demanda y en la contestación, para fallar con base en el conocimiento privado del juez o en un marco imaginario; no es suficiente, por tanto, que el juzgador omita algunos de los hechos alegados para que se configure la causal, situación explicable por los principios de economía procesal y necesidad de la prueba, sino que debe producirse un abandono definitivo de la *causa petendi*.

Esta es la posición de la Corte desde el año de 1977:

*La sentencia para ser congruente debe decidir sólo sobre los temas sometidos a composición del juez y con apoyo en los mismos hechos alegados como causa petendi, pues si se funda en supuestos fácticos que no fueron oportunamente invocados por las partes, lesionaría gravemente el derecho de defensa del adversario... Tal [es] el fundamento para afirmar que igual da condenar a lo no pedido, que acoger una pretensión deducida, pero con causa distinta a la invocada, es decir, con fundamentos de hecho no alegados (SC, 28 nov. 1977. Reiterada en las providencias SC018, 23 may. 1997, exp n° 4504; SC012, 12*

feb. 2003, exp. n° 6718; SC1806, 24 feb. 2013, rad. n° 2000-00108-01).

Con todo, cuando el funcionario judicial omite valorar una determinada prueba, o pretermite un medio suyasorio adecuadamente incorporado a la foliatura, el afectado podrá acudir a la causal primera de casación, por vía indirecta, por lo que no es dable que pretenda el mismo resultado acudiendo a la ausencia de consonancia.

La jurisprudencia sobre la materia es clara en señalar:

*[E]n cuanto a la incongruencia fáctica, que es la propuesta en el cargo, pertinente resulta señalar que como a partir de la reforma introducida al artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, por el decreto 2282 de 1989, una sentencia susceptible del recurso de casación puede acusarse por 'error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda' (causal primera), o por no estar 'en consonancia con los hechos de la demanda' (causal segunda), suficientemente se encuentra decantado que ninguna dificultad práctica se presentaría en pos de calificar el error como de juicio o de procedimiento.*

*Como lo tiene explicado la Corte, en la primera hipótesis se comprende que al fallarse el conflicto puesto a composición judicial el juzgador sujeta su comportamiento a la regla que le impone decidirlo con arreglo a los hechos invocados, sólo que al fijarles su sentido y alcance, termina, sin embargo, alterándolos. En cambio, en la segunda, se entiende que el sentenciador se aparta de su contenido para tener en cuenta únicamente el que de acuerdo con su personal criterio resulta digno de ser valorado. 'Se trata, entonces, en el primer caso de un error de entendimiento del contenido de la demanda, mientras en el segundo, un yerro por invención o imaginación judicial, producto de la desatención o prescindencia de los hechos de la demanda'* (CSJ, SC065, 25 ab. 2005, exp. n° C-14115, que reitera la sentencia SC225, 27 nov. 2000, exp. n° C-5529. En el mismo sentido SC222, 28 nov. 2001, exp. n° 6696; SC012, 12 feb.

2003, exp. nº 6718; SC015, 7 feb. 2007, exp. nº 2002-00004-01).

2. Revisada la formulación del embiste, refulge que no satisface la exigencia técnica antes avizorada, pues el promotor se limitó a echar de menos unos enunciados fácticos, sin censurar un completo alejamiento de la *causa petendi*.

Así, reprochó que no se analizaran los efectos de la dación en pago frente (i) al acto de adjudicación, (ii) los fines del proceso concursal, (iii) las cláusulas impuestas de manera abusiva por los acreedores del grupo III, y (iv) las reglas sobre la prelación de créditos, los cuales no demuestran un abandono integral de los hechos del caso, sino, por el contrario, su ponderación y aplicación, al punto que el censor tuvo que acudir a reflexiones concretas con base en pruebas individualizadas.

Tampoco arguyó que el *ad quem* aplicara su conocimiento privado para soportar el fallo, que especulara sobre las premisas materiales del caso, o que sustituyera los extremos de la controversia por su opinión personal, por lo que su ataque resulta lejano a la inconsonancia y se impone su rechazo.

3. El ataque, adicionalmente, excedió el objeto de la causal, porque no achacó la pretermisión de los hechos, sino la falta de aceptación de las apreciaciones probatorias del interesado.

Véase que se cuestionó la falta de análisis de la *auto-adjudicación por vías de hecho por parte de las entidades financieras*, el efecto impeditivo de la dación en pago *en la recuperación económica de la empresa*, la posición dominante de los demandados durante la ejecución del concordato, y el despojo hicieron de los bienes de la demandante que impidió el pago de los demás créditos reconocidos, aseveraciones que escapan al campo de los supuestos fácticos, para quedarse en la valoración o interpretación, a partir del marco normativo aplicable.

No se achacó el olvido respecto a la suscripción del concordato o los negocios de enajenación, sino las conclusiones que sobre estos hechos hizo el interesado, en particular, la ponderación jurídica realizada para concluir que existía un acto abusivo, lo que es extraño a la causal de incongruencia.

Colíjase, entonces, que el embiste no podrá ser estudiado en casación.

#### **CARGO CUARTO**

Endilgó a la providencia de segunda instancia contener decisiones más gravosas a la parte apelante, porque en las consideraciones reconoció la prescripción extintiva de la acción de nulidad relativa, aspecto que no fue analizado por el *a quo*.

Manifestó que la *non reformatio in pejus*, está consagrada en la Constitución Política e integra el debido proceso, por lo que es un derecho fundamental de obligatoria observancia.

## **CONSIDERACIONES**

1. Rememórese que, para la sustentación de la causal cuarta de casación, es condición *sine qua non* que el casacionista haga una comparación entre los acápite resolutivos de las providencias de instancia, denunciando cuál resolución, en particular, desmejoró su situación, por afectar un derecho que le fue reconocido o imponerle una condena superior.

Tal conclusión se extrae de la redacción del numeral 4 del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, que se refiere a las *decisiones* contenidas en la sentencia, esto es, lo resuelto, con exclusión de las consideraciones que hubieran realizado los falladores. Situación explicable, por cuanto en el resuelve se desata la controversia y sólo allí puede existir una verdadera afectación.

La Corte ha manifestado:

*[E]s en la parte resolutiva de la sentencia, por ser la que está revestida de poder vinculante, donde debe buscarse el desbordamiento de la limitación que impide al juzgador hacer más gravosa la condición del único apelante, y no en su parte expositiva... se insiste, '... se mide sobre la resolución de los fallos, no sobre las razones, conceptos o conclusiones que*

*expongan sus considerandos, porque la relación procesal no se desata en la parte motiva, sino en la resolutiva' (G.J. CL, pág. 65)... (SC075, 4 may. 2005, exp. nº 2000-00052-01; reiterada en decisión SC194, 14 dic. 2006, exp. nº 2000-00194-01).*

Tratándose de fallos confirmatorios de la sentencia de primer grado, la providencia antes citada puntualizó:

*Pero más grave aún, soslaya que si en dicho pronunciamiento se confirmó íntegramente la decisión de primer grado, es decir, se mantuvo por el ad-quem lo allí resuelto, sin variación, no hay manera de afirmar que hizo más difícil, para el apelante, la situación establecida por el sentenciador de primera instancia, circunstancia que obvia y necesariamente excluye una acusación por esa causa (ídem).*

2. Estas exigencias no fueron consideradas para la estructuración del embiste, pues el interesado únicamente comparó los argumentos de los juzgadores, sin hacer lo propio con las decisiones adoptadas, por lo que incurrió en un defecto técnico que conducirá a su rechazo.

En efecto, el impugnante estimó vulnerada la prohibición de reforma en perjuicio, porque el Tribunal, en las consideraciones de su providencia, sostuvo que la acción de anulación había prescrito, reflexión extraña al proveído del *a quo*, quien omitió el tema. Empero, no se tuvieron en cuenta los acápite resolutivos de las sentencias, los cuales ni siquiera fueron considerados o comparados, errando en la presentación del cargo.

Menos aún se tuvo en cuenta que el proveído de segundo grado se limitó a confirmar la sentencia de 13 de

diciembre de 2011, lo que imponía una carga argumentativa superior para evidenciar cómo decisiones equivalentes, pueden desmejorar su posición.

Tales defectos impiden la admisión del reproche, por lo que será rechazado.

### **CARGO QUINTO**

Recriminó la vulneración de los artículos 898 (inciso segundo), 899 del Código de Comercio, 1502, 1741 del Código Civil, y 99 (numerales 2, 3 y 5) del decreto 960 de 1970.

Precisó que el contralor del proceso de negociación fue el señor Juan Pablo Medrano, designado por la Superintendencia de Sociedades, quien cesó en sus funciones con la aprobación del convenio. Por lo que, las irregularidades alegadas frente al nombramiento del contralor, están relacionadas con la persona elegida con posterioridad y en virtud del concordato, quien carece de la calidad de auxiliar de la justicia.

*«Debido a que el Tribunal confundió esta situación, aplicó erróneamente el artículo 8 del decreto 350 de 1989, indicando que cualquier irregularidad con el contralor, auxiliar de la justicia, debía alegarse durante el trámite del concordato, por lo que se abstuvo de pronunciarse sobre dichas irregularidades. Cuando en realidad se hace*

referencia es... a Carlos Alberto París Santamaría» (folio 155 del cuaderno Corte).

## CONSIDERACIONES

1. La claridad y precisión exigida en casación, impone al promotor que ataque la totalidad del basamento de la decisión recurrida, so pena que carecer de aptitud infirmatoria, pues la sentencia podría mantenerse indemne con sólo uno de ellos que no sea rebatido.

Cuando el reproche se limita a uno o varios de los razonamientos, sin incluirlos todos, deberá ser rechazado por incompleto, de acuerdo con la jurisprudencia vigente:

*[P]or vía de la causal primera de casación no cualquier cargo puede recibirse, ni puede tener eficacia legal, sino tan sólo aquellos que impugnan directa y completamente los fundamentos de la sentencia o las resoluciones adoptadas en ésta; de allí que haya predicado repetidamente que los cargos operantes en un recurso de casación únicamente son aquellos que se refieren a las bases fundamentales del fallo recurrido, con el objeto de desvirtuarlas o quebrantarlas, puesto que si alguna de ellas no es atacada y por sí misma le presta apoyo suficiente al fallo impugnado éste debe quedar en pie, haciéndose de paso inocuo el examen de aquellos otros desaciertos cuyo reconocimiento reclama la censura (AC7973, 23 nov. 2016, rad. nº 2012-00126-01; reitera la providencia SC, 27 jul. 1999, exp. nº. 5189)*

2. En la anterior anomalía incurrió el embate, ya que solamente cuestionó uno los fundamentos utilizados por el Tribunal para establecer la facultad dispositiva del contralor, sin reparar en los demás.

Y es que el juzgador, al resolver la súplica relativa a la invalidez por incapacidad o falta de representación, sostuvo:

*[Q]uienes llevaron a cabo las convenciones referidas tenían capacidad y facultad de disposición... el deudor ostentaba la propiedad de los bienes dados en pago, quien si bien no otorgó la escritura directamente conforme a la manifestación de su representante contenida en la E.P. 2221 de agosto 6 de 1997..., tal eventualidad fue prevista en la cláusula sexta del acuerdo... otorgando la facultad al contralor para suscribirla...*

*Por lo demás, las presuntas irregularidades denunciadas por la parte demandante en relación con el nombramiento y la designación del 'contralor', debieron ser ventiladas en su escenario natural, esto es, en el interior del trámite concordatario, pues ese solo hecho no genera la invalidez y tampoco la anulabilidad de las daciones en pago objeto del juicio; tanto más, si incumplido el acuerdo concordatario, fue declarada la terminación del concordato mediante auto 410-670-599 del 21 de enero de 1999... terminación que conforme a la normatividad vigente para la época no afecta los actos ejecutados en desarrollo del mismo y autorizados en él, como se evidencia de los contenidos en las escrituras relacionadas en la demanda cuya celebración data de agosto de 1996 (folios 165-166 del cuaderno 20).*

De la anterior transcripción, se vislumbran cuatro (4) razonamientos principales: (i) el contralor ejerció una facultad contractualmente delegada; (ii) las discusiones sobre su designación debieron ventilarse en el trámite concurso; (iii) los yerros en el nombramiento no tienen el alcance de invalidar los actos por él realizados; y (iv) la terminación del concordato por incumplimiento no afecta los actos realizados y autorizados en desarrollo del mismo.

No obstante, el embiste tan solo se alzó frente al segundo de los temas, sin adentrarse en las demás consideraciones realizadas por el fallador para soportar su conclusión. Nada dijo el casacionista sobre la procuración contractual, o la irrelevancia de los yerros en la designación para la configuración de una causal de nulidad, o la inmutabilidad de los actos realizados antes del inicio de la liquidación, aspectos que en sí mismos pueden mantener la providencia atacada.

En suma, aunque se casara la sentencia bajo el argumento que las controversias sobre la designación del contralor debían ser desatadas en el proceso ordinario, de esto no se sigue que deba reconocer la nulidad, pues no se verían socavados los demás razonamientos del juzgador.

Conclúyase que la censura deberá ser inadmitida, por la razón antes enunciada.

#### **CARGO SEXTO**

Denunció la violación de los artículos 4, 13, 29 y 333 de la Constitución Política, por olvidarse la superioridad desmedida y el abuso de la posición dominante de las entidades financieras. Asimismo, en desarrollo de la censura, citó como conculcados los artículos 899 (numeral 1), 28 (numeral 5), 99 (numerales 2 y 5), 160, 313, 898 (inciso segundo) del Código de Comercio, 1502, 1741 del

Código Civil, 98 (numeral 4.1.) del decreto 663 de 1993, 7 (literal e), 11 (literal d) de la ley 1328 de 2009.

Primero manifestó que, la junta de vigilancia, realizó múltiples actos para favorecer las daciones en pago, como acudir a auto-avalúos, a la no presentación de ternas para designar el contralor, y a la citación a reuniones sin convocar al representante legal de la concursada, lo que derivó en una adjudicación en beneficio de las instituciones bancarias.

Cuestionó que los dineros originados en la dación en pago fueran apropiados por los acreedores del grupo III, sin cancelar los pasivos correspondientes a los créditos privilegiados, ni pagar los gastos del proceso concursal, ni suministrar el 30% de su valor como capital de trabajo, lo que debía hacerse de forma inmediata al registro de las escrituras públicas, en evidente *posición de fuerza desmedida y abuso de la posición dominante*.

Recriminó que se utilizaron avalúos presentados después del 31 de enero de 1993, fecha de inicio de las actividades de recuperación y que marcaba el derrotero para terminar el proceso al 1 de diciembre de 1997, sin que la junta de vigilancia controlara la situación, a pesar de ser su responsabilidad.

Aseveró que la pericia con este corte servía de base para las ventas y daciones. «*Es decir, las partes*

*consideraban que esta fecha era la máxima posible para el establecimiento de valores ciertos y preciosos que servirían de punto de partida..., con precios que no estuvieran sujetos a los vaivenes de valorizaciones o desvalorizaciones de tiempos futuros, que no sufrieran modificaciones por la actuación unilateral de una de las partes» (folio 159 del cuaderno Corte).*

Apreció que, la utilización de otros avalúos, requería de un cambio en el concordato, el que nunca se tramitó ni se informó. Por esto, era imperativo observar los términos iniciales, en virtud del principio del *pacta sunt servanda*, so pena de incurrir en nulidad absoluta por violación de una norma imperativa.

Luego, censuró la falta de análisis objetivo de las propuestas de compra de los inmuebles, «*no obstante que el precio ofertado era superior 313% al precio que el que dos años después se hizo la dación en pago a favor de las mismas entidades financieras»* (folio 160 ibidem), evidencia de la práctica abusiva contraria a las normas del sector.

Calificó como exorbitante la facultad abrogada por las entidades bancarias para aprobar la venta de activos, ya que se aprovechó de la debilidad económica de la concursada. Reprochó la disminución de los auto-avalúos del impuesto predial, porque esto sirvió para adquirir los bienes sin lesión enorme, con la consecuente extinción del patrimonio de la concursada.

Despreció que no se reconocieran los múltiples incumplimientos de la Junta de Vigilancia, quien no observó el procedimiento para que las daciones en pago fueran suscritas por el contralor, ni declaró la infracción al concordato por sus propios actos.

Estimó que la exigencia del certificado de existencia y representación legal de la deudora, como anexo a las escrituras públicas, buscaba probar la capacidad legal del firmante, lo cual no sucedió en el caso del señor Carlos Alberto París, pues no probó su registro como contralor, sin que pudiera reemplazarse por el acta de designación. Tan era así, afirmó, que las entidades financieras efectuaron la inscripción faltante con posterioridad.

Manifestó que nunca existió el contralor, porque la deudora no lo designó y, en todo caso, su nombramiento estuvo desprovisto de escritura pública e inscripción en el registro mercantil, como lo exigen las normas de las sociedades colectivas.

Encontró como exorbitantes las cláusulas concordatarias que permitieron las anteriores actuaciones, por romper el equilibrio contractual y evidenciar abuso de posición dominante, que llevó a la defraudación de la concursada. Más, cuando el único acto del contralor fue la enajenación los bienes, en desatención de sus restantes obligaciones.

Puso de presente que las actuaciones de fuerza de las entidades financieras condujeron a un estado de indefensión y a la consecuente liquidación obligatoria de la deudora.

Concluyó, después de transcribir múltiples apartes jurisprudenciales, que las instituciones financieras deben respetar los derechos de igualdad, debido proceso y libertad económica.

## **CONSIDERACIONES**

1. Las disposiciones invocadas, e incluso las citadas, carecen de la condición de normas de derecho sustancial, lo que hace inviable la admisión del embate.

En precedencia se explicó que los preceptos constitucionales, que listan las causales de inexistencia, nulidad y anulación, que fijan los requisitos para obligarse, y que definen el principio del abuso del derecho, no crean, modifican o extinguen situaciones concretas, por lo que, en el marco de la causal primera de casación, resultan inanes para sustentar el embate.

Lo mismo sucede con los artículos 28, 99, 160 y 313 del Código de Comercio, que listan los actos que deben inscribirse en el registro mercantil, definen la capacidad de las personas jurídicas, enuncian los requisitos de las reformas estatutarias y de la delegación de la

administración, sin configurar o suprimir derechos subjetivos concretos. Estas disposiciones, al igual que las anteriores, no consagran obligaciones o cargas materiales, pues se limitan a enumerar fenómenos jurídicos, sin prever consecuencias a favor de acreedores determinados.

2. Con todo, aunque se superara el anterior escollo, el embate falta a la claridad, por cuanto el censor hizo un listado de normas, sin precisar cómo el juzgador las vulneró.

Por ejemplo, citó los artículos 28 (numeral 5), 99 (numerales 2 y 5), 160 y 313 del Código de Comercio, con la anotación que la designación del contralor debió inscribirse en el registro mercantil. No obstante, olvidó precisar cómo la sentencia desatendió estos mandatos, esto es, si hubo una aplicación indebida, una interpretación errónea, o una preterición, reseñando el acápite concreto en que se cometió el yerro y su relevancia frente a la decisión adoptada.

Lo mismo se advierte con los preceptos 1502, 1741 del Código Civil, 98 (numeral 4.1.) del decreto 663 de 1993, y 7 (literal e), 11 (literal d) de la ley 1328 de 2009, algunos transcritos, otros citados, pero ninguno de ellos analizado a la luz de la providencia cuestionada, de suerte que pueda establecerse el dislate que se atribuye al proveído.

La fundamentación, en realidad, refleja las reflexiones personales del actor, basadas en algunas pruebas del

proceso, las cuales no son correlacionadas con las soportes de la sentencia recurrida, más allá de endilgar una serie de errores que no están debidamente justificados. Se trata de un relato sobre el aprovechamiento de las entidades financieras, «*desembarazado de las formalidades que sobre el punto reclama la peculiar naturaleza del recurso extraordinario de casación, limitándose a asentar una serie de opiniones y deducciones fácticas y jurídicas de manera análoga a un alegato de instancia*» (CSJ, AC, 17 Ago. 1995, rad. n° 5554; reiterado en providencia AC219, 25 en. 2017, rad. n° 2009-00048-01).

Del mismo modo, los errores de hecho que se atribuyen al *ad quem*, distan de corresponder a un reproche en casación, pues se confinan a enunciar pruebas y proponer una valoración, sin hacer una revisión de la hermenéutica realizada en el proveído cuestionado.

Se esperaba del promotor que, con el fin de revelar los dislates, comparara la realidad objetiva de los medios de convicción con el entendimiento atribuido por el juzgador de segundo grado, de suerte que fuera evidente el desacuerdo. Debía el casacionista destruir el discurso justificativo por el cual el juez concluyó, a partir de las pruebas incorporadas a la foliatura, los hechos que le sirven a la causa<sup>12</sup>. En su lugar, mostró una nueva propuesta explicativa que debió conducir a una sentencia condenatoria.

---

<sup>12</sup> Michele Taruffo, *La motivación de la sentencia civil*, Trotta, Madrid, 2011, p. 24.

La jurisprudencia ha especificado que:

*[C]uando la impugnación en casación se apoya en errores fácticos cometidos en la apreciación de las pruebas, insistentemente se ha dicho que estos deben demostrarse, no siendo reductible esa tarea a la contraposición del punto de vista del recurrente con la del ad quem acerca del entendimiento de alguno de los elementos de juicio o del acervo probatorio en general, sino que es necesario cotejar lo analizado e inferido por el fallador con el contenido de las probanzas para evidenciar de manera ostensible el equívoco cometido (auto de 20 de enero de 2010 exp. 2005-00192-01). (AC, 27 feb. 2012, rad. nº 2002-00602-01).*

Estos desaciertos en la formulación del reproche, hacen inviable su estudio.

3. Adjunto a lo analizados, en la argumentación del casacionista se incluyen medios nuevos, proscritos en los recursos extraordinarios, por cuanto su introducción debió hacerse en las instancias respectivas.

Los temas sobre abusividad de algunas cláusulas del concordato, la obligatoriedad de solucionar las acreencias pertenecientes a los grupos I y II, así como los gastos concursales, y el deber de aportar capital de trabajo de acuerdo con el valor de la dación en pago, son denunciados por primera vez en la causa, sin que en primera o segunda instancia fueran objeto de análisis y decisión.

Ciertamente los coadyuvantes denunciaron a los bancos por abuso de derecho, por desconocer el principio de igualdad entre los acreedores y afectar la viabilidad

económica de la concursada; empero, tales interrogantes distan de los que ahora se presentan en el cargo, los cuales se soportan en hechos y premisas normativas diferentes.

Dado que el *thema decisum* de la casación es la sentencia opugnada, no es dable traer nuevos razonamientos relativos al fondo de la controversia, como si se trata de una instancia adicional y fuera posible que el juzgador revisara en su integridad la *causa petendi*.

Esta nueva razón, junto con las anteriores, conduce a la inadmisión del cargo.

## **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, **resuelve**:

**Primero.** Inadmitir los cargos y por ende la demanda de casación presentada por el coadyuvante Alberto Gómez Gómez, dentro del proceso de la referencia.

**Segundo.** Inadmitir los cargos y por ende la demanda de casación presentada por los coadyuvantes Javier Roa Quiñones y Gloria Gómez Gómez, dentro del proceso de la referencia.

**Tercero.** Inadmitir los cargos y por ende la demanda de casación presentada el coadyuvante Juan José Gómez Jaramillo, dentro del proceso de la referencia.

**Cuarto.** Reconocer personería jurídica a Marcelo Jiménez Ruíz, Héctor Marín Naranjo y Luis Hernando Gallo Medina, como apoderados judiciales de Banco Davivienda S.A., Banco de Occidente S.A. y Jairo Vélez Arango, respectivamente, en los términos de los poderes que obran en el expediente.

Notifíquese,



**LUIS ALONSO RICO PUERTA**  
Presidente de Sala



**MARGARITA CABELLO BLANCO**



**ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO**

**AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO**

**ARIEL SALAZAR RAMÍREZ**

**LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**

## **SALVAMENTO DE VOTO**

Con el mayor respeto, expreso mi disentimiento frente a los motivos expuestos en la decisión adoptada por la mayoría, con sustento en las siguientes razones:

1. Aunque se ha sostenido que la invocación de normas constitucionales no es suficiente para fundamentar un cargo en casación, dado que «*por regla general, ellas están llamadas a desarrollarse mediante la ley*» y por eso, en un asunto específico «*las disposiciones que el juzgador de instancia pudo infringir, son las legales que hizo actuar, inaplicó o interpretó erróneamente*» (CSJ AC, 20 May. 2011, Rad. 14144), a partir del nuevo enfoque impuesto por la constitucionalización del sistema jurídico, encuentro que tal doctrina desconoce que actualmente dicho recurso no está consagrado exclusivamente en interés de la ley, es decir, su objeto ya no es solo defender la voluntad del legislador plasmada en las disposiciones de orden legal frente a las arbitrariedades cometidas por los juzgadores en su aplicación, y unificar el criterio de interpretación válido para asegurar su correcta observancia.

A tal respecto, la jurisprudencia ha aclarado que «*los fines de la casación, en el nuevo régimen constitucional, son una garantía sustancial para proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos*». (CC, C-880 de 2014)

Lo anterior significa que en nuestro ordenamiento no es posible seguir concibiendo la realización de la justicia en el caso concreto como un simple medio que utiliza la casación para alcanzar la exacta y uniforme interpretación de las leyes en abstracto, como era entendido anteriormente bajo el esquema conceptual formalista, clásico y riguroso del positivismo jurídico.

La función que cumple este instituto no se circumscribe a vigilar y fiscalizar el *«recto»* entendimiento que los jueces se forman de la norma jurídica al aplicarla a las controversias, sino que trasciende al fin práctico de impartir justicia y a la protección de los derechos subjetivos.

La doctrina que excluye la invocación de normas superiores como disposiciones infringidas por el sentenciador, tuvo su origen en un principio del Derecho Constitucional, según el cual los derechos y garantías que reconoce la Carta Magna requieren un precepto legal que reglamente su ejercicio, postulado que obedece al tradicional esquema de las constituciones del siglo XIX y principios del XX, las cuales se limitaban a regular, principalmente, la estructura orgánica de los Estados.

Nuestra Constitución Política, sin embargo, no incorpora únicamente postulados y reglas de carácter programático que requieren desarrollarse a través de normas inferiores en el ordenamiento, sino que integra un catálogo de derechos exigibles frente al Estado, la sociedad, la Administración de Justicia y los individuos, cuya

aplicación no puede ser excusada so pretexto de falta de reglamentación, y que deben ser reconocidos en todo tipo de actuaciones privadas, administrativas y judiciales.

Se trata de disposiciones que amén de vinculantes, tienen aplicabilidad inmediata y directa en las decisiones de los órganos jurisdiccionales, por cuanto no se limitan a consagrar principios, valores y fines esenciales del Estado como aquellas contenidas en el Preámbulo y el Título I, sino que atribuyen derechos determinados.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que «*es posible fundar un cargo en casación por violación de normas de la Constitución*», porque el concepto de ley sustancial «*no solamente se predica o limita a las normas de rango simplemente legal. Este comprende por consiguiente las normas constitucionales que reconocen los derechos fundamentales de la persona, y aun aquellas normas de las cuales pueda derivarse la existencia de un precepto específico, por regular de manera precisa y completa una determinada situación*» (CC, C-596 de 2000), y aunque lo anterior ha sido reconocido en las materias laboral y penal, la casación civil no puede ser ajena ni quedarse rezagada en ese proceso de constitucionalización que ha permeado, cada vez en mayor grado, las instituciones procesales.

Lo anterior se hace aún más evidente en el Código General del Proceso, ya vigente, al asignar al recurso extraordinario de casación el fin de «*proteger los derechos constitucionales*» (art. 333), norma a partir de la cual

ninguna duda puede albergarse sobre la posibilidad de señalar disposiciones superiores como quebrantadas por el sentenciador de instancia.

No comarto, por lo tanto, las afirmaciones contenidas en la decisión según las cuales los preceptos constitucionales no tienen naturaleza sustancial y que, por tal motivo, los cargos en los que se alegó la infracción de los mismos no señalaron disposiciones de tal linaje.

2. Tal y como se tiene establecido por la Corte, el error de hecho se presenta de diversas maneras, así:

*Ya por preterición, cuando el sentenciador ignora los medios de convicción que en el proceso actúan, ora por suposición, cuando da por establecido un hecho sin que en los autos esté la prueba correspondiente. Variantes de ambos tipos concurren cuando, alterando la objetividad de las pruebas que aprecia, el juez les hace decir lo que no expresan, bien sea porque mutile su real contenido, o porque les atribuye más de lo que en realidad demuestran. (SC. Oct. 17 de 1991)*

Los recurrentes alegaron, precisamente, la existencia de yerros fácticos porque el *ad quem* no valoró los testimonios de Juan Pablo Ortega y Oswaldo Escobar, ni la escritura pública otorgada ante la Notaría Once de Bogotá. Es decir, cuestionaron la decisión por preterición de las citadas evidencias.

En la providencia respaldada por la mayoría, sin embargo, se consideró que en tales acusaciones lo que se

denunció fue un error de derecho «*por la inaplicación del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, relativo a la hermenéutica en conjunto del material suvisorio, norma que, por demás, tampoco fue citada*»; y que el ataque se hizo «*sobre las normas probatorias aplicables al asunto, en concreto, el deber de hacer una valoración en conjunto de los medios demostrativos...*».

Las anteriores afirmaciones no atendieron que lo manifestado por los recurrentes fue la violación de la ley por la pretermisión de las pruebas aludidas, lo que configura un yerro fáctico –tal y como se alegó por los censores- y no un error de derecho.

Es decir, la queja consistió en la falta de valoración de algunas evidencias, mas no en la ausencia de una apreciación conjunta de las mismas, como de forma incorrecta se afirma en la decisión.

En todo caso, aun de admitirse que en la demanda se incurrió en tal deficiencia, no es acertado sostener que la «*combinación o mixtura entre los diferentes motivos o errores*» amerite su inadmisión, pues conforme al artículo 51 del Decreto 2651 de 1991 (adoptado como legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998), la formulación, en un mismo cargo, de acusaciones que debieron presentarse separadamente, le impone a la Corte el deber de decidir sobre ellas «*como si se hubieran invocado en distintos cargos*».

Así mismo, en caso de incompatibilidad entre los ataques, debe tomar en consideración los que guarden una adecuada relación con la sentencia, con los fundamentos que le sirven de base, con la índole de la controversia, con la posición procesal adoptada por el recurrente en instancia *«y en general, con cualquiera otra circunstancia comprobada que para el propósito indicado resultare relevante».*

Esas modificaciones fueron introducidas por el legislador con el propósito de hacer más asequible el recurso de casación al impugnante, a la luz de la función que cumple en defensa de los principios constitucionales, de la unificación de la jurisprudencia y de la materialización del derecho positivo.

En tal orden, carece de sustento legal lo afirmado en la providencia, porque cuando en un mismo cargo se acusa a la sentencia por yerros fácticos y jurídicos, le corresponde a la Corte escindir los reproches y acometer su estudio de manera separada.

3. La mayoría consideró que la acusación del recurrente Juan José Gómez Jaramillo, según la cual el negocio jurídico de dación en pago era nulo absolutamente y debió ser declarado por el juez de oficio o a petición de parte, contenía *«aseveraciones propias de la incongruencia, por la ausencia de decreto oficio (sic) de una nulidad sustancial claramente probada en el proceso».*

No comparto el anterior razonamiento, toda vez que el censor no le reprochó al juzgador haber desbordado sus facultades jurisdiccionales en la decisión, o ignorado los límites demarcados por el 305 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso, a cuyo tenor:

*... la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley... No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta...*

Por el contrario, lo alegado en el cargo fue el quebranto indirecto del artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, por la indebida apreciación de las pruebas, yerro que condujo al sentenciador a no declarar la nulidad absoluta del acto referido, conforme se le solicitó en las pretensiones de la demanda.

Resulta claro que no se atacó al *ad quem* por emitir un fallo que decidió sobre puntos ajenos a la controversia o por dejar de resolver los temas que fueron objeto del proceso, ni tampoco por condenar al demandado por cantidad superior o por objeto o causa distinta de la invocada en la demanda (*ultra petita* o *extra petita*), sino porque negó el *petitum* por una indebida apreciación probatoria, cuestión del todo distinta.

En consecuencia, la aludida deficiencia de formulación no se configuró.

4. En todo caso, con el propósito de cumplir con los fines del recurso de casación, la Sala debió hacer un control de legalidad de la providencia y determinar si se reunían los presupuestos que consagra la ley procesal para la selección de oficio de la demanda, proceder acorde con el nuevo enfoque procesal que el legislador introdujo a la casación, con el fin de atemperar el rigor que antes la caracterizó, de lo cual son ejemplo los artículos 365 del Código de Procedimiento Civil, vigente para la fecha de interposición de la impugnación; 51 del Decreto 2651 de 1991, y 7º de la Ley 1285 de 2009, que, en su orden, señalan los fines del recurso, la conducta que debe asumir la Sala al examinar las demandas que invoquen el quebranto de normas sustanciales, y la facultad de seleccionar las sentencias que, a su criterio, deban ser objeto de pronunciamiento en esta sede, labor que en este asunto no se efectuó.

Por las anteriores razones me apartó de la decisión.

**ARIEL SALAZAR RAMÍREZ**

Magistrado