



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL**

Magistrado Ponente

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR

Bogotá, D. C., doce (12) de diciembre de dos mil siete (2007).

Referencia: C-0800131030081982-24646-01

Se decide el recurso de casación que interpusieron JORGE LUIS PABÓN APECILLA y LUZ MARINA ZULUAGA LLANOS, respecto de la sentencia de 14 de abril de 2004, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Civil-Familia, en el proceso ordinario de los recurrentes contra MAGNA LIMITADA, INVERSIONES CONSTRUCCIONES, y GRANAHORRAR.

ANTECEDENTES

1.- En lo pertinente, según la demanda y su reforma, los demandantes, previa promesa, adquirieron, a título de compraventa, de la sociedad MAGNA LIMITADA, mediante escritura pública 2721 de 27 de diciembre de 1982 de la Notaría Quinta del Círculo de Barranquilla, un apartamento situado en la misma ciudad, sujeto al régimen de propiedad horizontal, tal cual aparecía en el reglamento protocolizado en la escritura pública 1126 de 12 de mayo de 1981 de esa notaría.



2.- Los demandantes solicitaron, frente a las mentadas demandadas, en forma sucesiva, con relación al citado contrato de compraventa, que se decretara la nulidad absoluta, la nulidad relativa, el desistimiento de los adquirentes o la resolución por el incumplimiento de la vendedora, con el pago de perjuicios y las demás consecuencias que en cada caso hubiere lugar.

Lo anterior, porque respecto de la sociedad vendedora, en lo medular, en el edificio donde se encuentra el apartamento y otros once más, al igual que un local comercial, no existen los doce garajes o al menos el que corresponde a su unidad habitacional, con las características funcionales descritas en el reglamento de propiedad horizontal, y porque aparte de que nunca se entregaron o se pusieron a disposición los planos respectivos, el inmueble se construyó en materiales de mala calidad y se recibió entapetado y no en pisos de granito.

Relativo al banco demandado, en lo esencial, porque además de financiar la obra y otorgar un crédito a los compradores para pagar parte del precio, conocía todas las deficiencias anotadas, inclusive por haber sido enterado, pero nada hizo para conjurarlas, por el contrario, toleró la adquisición contra el reglamento de propiedad horizontal y los planos del edificio. Fuera de esto, incumplió el contrato de mutuo, pues jamás entregó a los demandantes el valor del crédito aprobado.

3.- El Juzgado Octavo Civil del Circuito de Barranquilla, mediante sentencia de 7 de septiembre de 1998, adicionada luego, clausuró la primera instancia, decretando, de



oficio, la nulidad absoluta no sólo de la escritura pública por medio de la cual se protocolizó el reglamento de propiedad horizontal, al omitirse incluir los “*planos*” y los “*títulos antecedentes de dominio del lote de terreno donde se construyó el edificio*”, como lo certificó el notario respectivo, en su entender, un requisito para su existencia, sino también de la “*escritura pública de compraventa*”, de una hipoteca y de un pagaré, por “*seguir la misma suerte*”, con las restituciones recíprocas.

4.- El Tribunal, al decidir el recurso de apelación de ambas partes, revocó la anterior decisión en el fallo recurrido en casación y desestimó las pretensiones.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1.- El sentenciador, ante todo, constató la configuración de la causal de nulidad absoluta de la escritura pública 1126 de 12 de mayo de 1981 de la Notaría Quinta de Barranquilla y del reglamento de propiedad horizontal que incorporaba, puesto que al extenderla no se habían protocolizado los planos del edificio, tal cual lo exigía la ley, cuestión que surgía del mismo documento y no de la certificación expedida por el notario informando ese hecho, dado que era extemporánea.

Sin embargo, encontró que la nulidad de ese acto no podía ser “*judicialmente pronunciada*”, con sus consecuencias, en la forma como lo hizo el juzgado, pues si bien el reglamento de propiedad horizontal era un acto unilateral de la sociedad MAGNA LIMITADA, tenía la virtud de vincular a los



terceros adquirentes de las demás unidades de propiedad, quienes no fueron citados antes de la sentencia de instancia, al ser causahabientes a título particular de aquélla, quedando, por lo tanto, “*subordinados o adheridos como auténticas partes*”, según lo preveía el artículo 11 de la Ley 182 de 1948.

2.- En ese orden, al imponerse el “*estudio y decisión de las pretensiones de la demanda*” relacionadas con el contrato de compraventa, el Tribunal, luego del estudio correspondiente las negó.

2.1.- La nulidad absoluta, por falta de objeto, porque para decir que el apartamento no estaba sujeto al régimen de propiedad horizontal, y que, por lo tanto, era parte del edificio, antes se tenía que decretar la nulidad del reglamento, cuestión que no procedía, “*por no haber sido pretendida en la demanda ni ser admisible, como antes se dijo, su expedición oficiosa*”, siempre que se entendiera que el apartamento no habría sido distinto del edificio, sino apenas una parte inseparable de él.

Frente a la ausencia de causa final, esa premisa igualmente se exigía, en el evento de que el propósito de los actores fuera adquirir el inmueble sujeto a ese régimen. Ahora, si lo que determinó la compra del inmueble fueron las especificaciones de materiales y acabados, nada de ello se demostró ni se afirmó en el libelo.

El objeto ilícito estaría constituido por el fraude a la moral cívica y a las normas legales imperativas o de orden



público en las fases previas a la constitución de la propiedad horizontal, pero esto no se probó, así el dictamen pericial muestre severas imperfecciones y deficiencias en la funcionalidad de los garajes, de lo cual, en todo caso, frente a los permisos, certificaciones o actuaciones de las autoridades públicas, no se desprende que dichos parqueaderos fueran menos de doce.

Si no se estableció el objeto ilícito, tampoco pudo ser tal la causal final. Lo mismo debe predicarse del móvil subjetivo preponderante, pues para que fuere ilícito, debió demostrarse un interés torcido del vendedor, distinto a recibir el precio. En cuanto a los compradores, si bien se presentaron algunas deficiencias en la construcción, todo se reduce a un problema de saneamiento.

2.2.- La nulidad relativa, al no existir certeza sobre que fueran dolosas las declaraciones del reglamento de propiedad o dirigidas a inducir en error a los adquirentes. Además, se desconoce si las fallas de las paredes y de los acabados se debieron a la calidad de los materiales o al abandono y a la falta de cuidado del apartamento, y porque lo que contrasta con el citado reglamento, pudo obedecer a negligencia o impericia del vendedor.

2.3.- El desistimiento, porque procede cuando se compra cosa futura y sólo tiene existencia parcial, de lo cual nada se alegó en la causa *petendi*, y cuando se supone que el objeto existe, "*éste tenga únicamente tal existencia*", pero no se demostró que en el edificio no había los doce garajes prometidos



en el reglamento, aunque sí las imperfecciones y deficiencias de la zona de garajes, mas no que estuviera incompleta.

2.4.- La resolución, porque frente a lo *“dicho y repetido”*, la afirmación de los demandantes sobre que el edificio *“nunca alcanzó a quedar sujeto al régimen de pisos y departamentos”*, *“no podía tener asidero”*, pues se demostró que hubo transferencia y entrega material del apartamento, y porque si bien hubo cumplimiento defectuoso, esto no era suficiente para el efecto, sino que se requería un incumplimiento que trascendiera la causa final o el móvil subjetivo determinante, que no es el caso.

3.- Como las pretensiones principales sucesivas no prosperaron y tampoco, por obvias razones, las complementarias y consecuenciales, el Tribunal se adentró a estudiar la responsabilidad de la entidad bancaria demandada, derivada de la no entrega del crédito otorgado, la cual no encontró configurada, por no haber existido el contrato de mutuo.

EL RECURSO DE CASACIÓN

En la demanda presentada para sustentarlo, doce cargos formularon los recurrentes contra la sentencia compendiada, los tres primeros al abrigo de la causal quinta, el cuarto de la tercera, los cinco siguientes de la segunda y los tres últimos de la primera, del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil. La Corte, para su estudio y decisión, agrupará el primero y el décimo, el segundo y el tercero, el quinto



al noveno y el undécimo y el duodécimo, por las razones que en su momento se dirán.

CARGO PRIMERO

1.- Denuncia la falta de competencia del sentenciador, erigida en causal de nulidad en el artículo 140, numeral 2º del Código de Procedimiento Civil, por no estar facultado para crear un contradictorio obligatorio donde no lo había.

2.- En su desarrollo, los recurrentes sostienen que, respecto de las relaciones o actos jurídicos, el artículo 83 de la obra en cita, entre otras cosas de alcance restrictivo, limita la intervención en un proceso, únicamente a las *“personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos”*.

El Tribunal, empero, consideró que, además de las indicadas personas, existían otras que también integraban el contradictorio obligatorio, así tuvieran la calidad de *“terceros”* frente a esas relaciones o actos jurídicos, pero que, en todo caso, *“han llegado a ser partes por adhesión o subordinación”*.

Se trata, dice, de las personas que figuraban en los certificados de tradición y libertad allegados al proceso, como adquirentes de los demás apartamentos. Sin embargo, como ellas *“no participaron”* en la escritura pública que contiene el reglamento de propiedad horizontal, pues MAGNA LIMITADA,



INVERSIONES CONSTRUCCIONES, fue la única que intervino, el “*ad-quem asumió una competencia de la cual carece*”.

3.- Solicitan los recurrentes, en consecuencia, que no sea revocada la nulidad absoluta decretada por el *a-quo*, en protección al derecho fundamental a un debido proceso y a una tutela material efectiva.

CARGO DÉCIMO

1.- Acusa la violación directa de los artículos 83 y 306 del Código de Procedimiento Civil, entre otros.

2.- Manifiestan los recurrentes que al limitar el primer precepto citado el litisconsorcio necesario únicamente a las personas que han sido sujetos de las relaciones o actos jurídicos que se ventilen en un proceso, el Tribunal, en el caso, no podía extenderlo, como lo hizo, a quienes, respecto del reglamento de propiedad horizontal, “*han llegado a ser partes por adhesión o subordinación*”, concretamente a los demás adquirentes de apartamentos, porque ellos eran ajenos a la constitución y a la protocolización de ese acto jurídico.

3.- Concluyen los impugnantes que si el Tribunal hubiere restringido el contradictorio en la forma dicha, habría confirmado la sentencia del juzgado que declaró la nulidad absoluta del citado reglamento con todos sus efectos arrasadores.



CONSIDERACIONES

1.- Como en ambos cargos los recurrentes controvierten la existencia del litisconsorcio necesario, esto justifica su estudio en conjunto, así la nominación de los errores sean opuestos, porque en realidad, según se verá, en uno y otro se denuncia es un error de juzgamiento.

2.- En principio, la ausencia de competencia implica, en primer término, que el superior no era el llamado a conocer de los recursos de apelación que interpusieron las partes contra la sentencia del juzgado, bien por estar adscritos a otra Sala del mismo o de otro Tribunal, ya por haberse integrado la Sala de Decisión de manera irregular¹.

En segundo lugar, que pese a estar facultada la Sala para decidir los recursos, extralimitó sus funciones. De un lado, al violar el principio de la congruencia fáctica u objetiva, en este último evento en las modalidades de *ultra* o *extra petita*, porque al fin de cuentas en ambos casos se actúa por fuera de los senderos trazados por el legislador, y de otro, al hacer más gravosa la situación del único apelante o de la parte en cuya protección se surtió la consulta, porque del mismo modo, en principio, la competencia del superior es limitada.

En la primera hipótesis, por supuesto, se estaría frente a una causal típica de nulidad procesal, como así se

¹ Cfr. Sentencia 100 de 25 de mayo de 2005, expediente 7198.



estatuye en el artículo 140, numeral 2º del Código de Procedimiento Civil, alegable en casación con base en el artículo 368, numeral 5º, *ibídem*. En cambio, para conjurar los demás errores de procedimiento de que se trata, al menos en el terreno reservado al recurso extraordinario en cuestión, así toquen con la competencia funcional del Tribunal, el legislador consagró motivos autónomos y propios para alegarlos, como se observa en los numerales 2º y 4º del precepto últimamente citado.

Por esto, las consecuencias en uno y otro evento no son las mismas. Si el error se encuentra en el exceso de función, el camino para enrostrarlo es distinto al de la nulidad procesal, porque si se trata de aquello, la competencia en casación se circunscribe a depurar la decisión, es decir, a ajustarla a los dictados de la ley, mientras que frente a una irregularidad que trasciende todo o parte de lo actuado, esto conlleva a retrotraer el proceso al motivo que la produjo.

3.- En ese orden de ideas, resulta equivocado fundar una causal de nulidad procesal, concretamente la falta de competencia funcional, por la extralimitación de funciones, mucho menos sobre una circunstancia ajena al desenvolvimiento mismo del proceso, como es la discrepancia entre el Tribunal y los recurrentes acerca de la existencia del litisconsorcio necesario.

El primero, al sostener que todos los adquirentes de unidades sujetas al régimen de propiedad horizontal, por ser sucesores o causahabientes a título singular de quien constituyó y protocolizó el reglamento respectivo, eran



“subordinados o adheridos como auténticas partes”. Los segundos, al concluir que esa calidad únicamente la tienen las *“personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos”* y no los *“terceros”* a que aludió el Tribunal.

4.- Luego, si el enfrentamiento de los recurrentes con el sentenciador no es en relación con el proceso, sino respecto del alcance que tiene el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, desde esa perspectiva se entra a analizar la cuestión.

Es cierto que el controvertido reglamento de propiedad horizontal lo constituyó y protocolizó la sociedad MAGNA LIMITADA. Sin embargo, debe precisarse que el Tribunal no tuvo por existente el contradictorio sobre la base de identificar qué personas habían intervenido en dicho acto, sino que a partir de establecer que la división del edificio por unidades privadas y la expedición del reglamento, fue *“un acto unilateral”* de la constructora-vendedora, expresamente señaló que al tenor del artículo 11 de la Ley 182 de 1948, *“esa clase de actos tenían entonces como hoy la virtualidad de devenir obligatorios respecto de los terceros adquirentes”*, de donde concluyó que éstos, con relación a ese reglamento, habían quedado *“subordinados o adheridos como auténticas partes”*.

Ahora, como el litisconsorcio necesario se determina por la *“naturaleza”* de la relación o del acto jurídico, o por *“disposición legal”*, tal cual lo enseña el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, es claro que el ataque en el punto anduvo



desenfocado, porque esta última hipótesis fue la que tuvo en cuenta el Tribunal para concluir en su existencia y no la primera, que es la que desarrolla la censura.

Así las cosas, a efectos de que se decretara la nulidad absoluta del reglamento, los recurrentes debieron enfilear la acusación a mostrar por qué el reglamento de propiedad horizontal, pese a lo señalado en el artículo 11, inciso 2º de la Ley 182 de 1948, según el cual *“Dicho reglamento tendrá fuerza obligatoria respecto de los terceros adquirentes a cualquier título”*, no vinculaba a las demás personas referidas por el Tribunal. Mas, como no lo hicieron esto es suficiente para el fracaso del cargo.

La Corte tiene dicho 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 desvirtuarlos o quebrantarlos”*. De ahí que *“cuando los cargos hechos en un recurso no se relacionan con esos fundamentos, son inoperantes”*, el recurrente no puede *“alegar con éxito, razones o aducir argumentos en que no se apoya el fallo recurrido”*².

5.- Los cargos primero y décimo, por lo tanto, no se abren paso.

² G. J. Tomo LVII-563, reiterada en sentencia 190 de 24 de mayo de 1990, sin publicar oficialmente.



CARGOS SEGUNDO Y TERCERO

1.- En el primero, los recurrentes acusan la falta de competencia del Tribunal, aduciendo que mientras el contradictorio obligatorio que se dejó establecido no se integrara, se carecía de competencia para proferir fallo de segunda instancia (artículo 140, numeral 2º del Código de Procedimiento Civil).

Por esto, ante todo, se imponía adoptar las medidas de saneamiento de rigor para conjurar la irregularidad, por ser un asunto de orden público, decretando la nulidad de lo actuado hasta donde se permitiere, para así restablecer el derecho que tienen las partes a obtener una decisión de mérito sobre las cuestiones planteadas y a esperar que el juez lo hiciera en todo aquello en que debe actuar inquisitivamente.

2.- En el otro cargo, los impugnantes alegan la causal de nulidad prevista en el artículo 140, numeral 9º del Código de Procedimiento Civil, por no haberse notificado o emplazado a los terceros por "*adhesión o subordinación*" que debían concurrir obligatoriamente como parte.

Lo anterior, porque pese a que el juzgador reconoció la existencia del contradictorio necesario, omitió adoptar las medidas indispensables para evitar una sentencia inhibitoria, decretando la nulidad de lo actuado a partir de la sentencia de primera instancia y permitir así integrar la litis, restableciendo de paso el derecho de las partes a una decisión de fondo sobre lo pedido y lo que se deba proveer de oficio.



3.- Solicitan que se retrotraiga la actuación hasta antes de la sentencia de primera instancia, para que, en lugar de un fallo inhibitorio, se integre el contradictorio necesario, y luego, en los mismos términos, se decrete la nulidad absoluta que de oficio reconoció el juzgado con todas sus consecuencias.

CONSIDERACIONES

1.- Las acusaciones en comento se aúnan para su estudio, porque fuera de que en ellas se acepta la existencia del litisconsorcio necesario, contrariamente a como se sostuvo en los dos cargos anteriores, atinan a lo mismo, y porque, básicamente, ponen de presente la violación del derecho fundamental a un debido proceso y a una tutela material efectiva.

2.- Si la falta de competencia se tipifica, en términos generales, cuando el conocimiento del asunto se encuentra atribuido a otra Sala del mismo o de otro Tribunal o en el evento en que la Sala de Decisión haya sido integrada irregularmente, tal cual quedó arriba explicado, es claro que como en el cargo segundo se solicita que se retrotraiga el proceso y se renueve la actuación viciada, pero no que se remita el expediente a la autoridad judicial competente o que se integre debidamente la Sala de Decisión, la falta de integración del contradictorio tipifica una causal de nulidad distinta a la que en ese cargo se invoca.

Concretamente, la prevista en el artículo 140, numeral 9º del Código de Procedimiento Civil, porque al decir de la Corte, la falta de notificación o emplazamiento de quienes



deben ser citados como parte, comprende a los “*litisconsortes que mencionados en la demanda y en el auto admisorio de la misma no fueron notificados de éste; como frente a quienes deben ser citados, y no lo han sido, a pesar de que por ley o por la naturaleza del litigio deben demandar o ser demandados*”³.

3.- Como esa causal, precisamente, se alega en el cargo tercero, se impone examinar ante todo si el vicio de procedimiento existe.

3.1.- Con ese propósito, pertinente resulta observar que la nulidad absoluta del reglamento de propiedad horizontal y de la escritura pública que lo contiene, no fue planteada expresamente en la demanda ni en su reforma, porque con independencia de la causa *petendi*, las pretensiones de nulidad absoluta, nulidad relativa, desistimiento y resolución, se dirigieron contra el contrato de compraventa de un apartamento.

El contradictorio obligatorio que echó de menos el Tribunal lo fue en relación con el reglamento de propiedad horizontal y no respecto del contrato de compraventa. Esto, sin embargo, no fue óbice para que de todas formas analizara la nulidad absoluta de aquél, en el entendido que constituía el “*debate fáctico central del pleito*”, nulidad que, con independencia del acierto, encontró estructurada, por que de su texto se desprendía que se omitió protocolizar los planos del edificio.

³ Sentencia 068 de 6 de octubre de 1999, CCLXI-535, segundo semestre, volumen II, reiterada en sentencia 205 de 15 de diciembre de 2006, entre otras.



Empero, el sentenciador consideró que esa nulidad “*no podía ser judicialmente pronunciada*”, con todas sus consecuencias, como lo hizo el juzgado, porque las personas que habían adquirido las demás unidades de propiedad horizontal, a quienes por disposición legal las vinculaba el referido reglamento, no habían sido citadas al proceso en la oportunidad debida.

3.2.- En esa medida, si la causal de nulidad procesal invocada tiende a evitar un fallo inhibitorio, el error de procedimiento es inexistente, porque esa no fue la decisión que adoptó el Tribunal, por el contrario, interpartes, reconoció la existencia del vicio absoluto del reglamento de propiedad horizontal, sin decretar la nulidad y el *statu quo*, en consideración a que para esto, que no para aquello, se requería, como lo tiene explicado la Corte, enlazando lo previsto en el “*artículo 306 del Código de Procedimiento Civil con lo dispuesto en el artículo 2° de la ley 50 de 1936*”, entre otros presupuestos, que “*todas las partes involucradas en el negocio jurídico hubiesen acudido al proceso*”⁴.

Desde luego que el Tribunal fue más allá, porque al adentrarse al estudio y decisión de las pretensiones de la demanda, entre ellas, la nulidad absoluta del contrato de compraventa, consideró que el vicio que afectaba el reglamento de propiedad horizontal, repercutía en la falta de causa y de objeto de dicho contrato, según se entendiera, respectivamente, que el propósito de los demandantes hubiere sido comprar un inmueble sujeto a dicho régimen, pero no lo hubo, o que el

⁴ Sentencia 173 de 10 de septiembre de 2001, expediente 5961.



“apartamento...no habría sido un inmueble distinto del edificio, sino apenas una parte inseparable de él”, “que lo que habría existido como tal inmueble habría sido éste y no aquél”.

Sin embargo, no decretó la pedida nulidad absoluta del contrato de compraventa, precisamente por falta de objeto y de causa, según el caso, al estimar que para ello *“previamente habría que dar por nulo el acto constitutivo de la propiedad horizontal”*. Decisión que, como lo dijo, no podía adoptar, porque, de un lado, esa nulidad no había *“sido pretendida en la demanda”*, y de otro, por no ser *“admisible, como antes se dijo, su expedición oficiosa”*.

4.- Lo cargos segundo y tercero, por lo tanto, sin más, están llamados al fracaso.

CARGO CUARTO

1.- Denuncia la sentencia del Tribunal por *“contener en su parte resolutive declaraciones o disposiciones contradictorias”*.

2.- En su desarrollo, los recurrentes insisten en que la nulidad absoluta del reglamento de propiedad horizontal, forzosamente repercutía sobre las pretensiones invocadas, pues declarada de oficio aquélla, irremisiblemente tenía que ser decretada la nulidad absoluta del contrato de compraventa y todo lo que giró a su alrededor, máxime cuando el fundamento de esto último se soportaba en dicho reglamento.



El tribunal, pese a esa dependencia, hizo lo contrario, es decir, se abstuvo de resolver de oficio lo primero, argumentando la falta de integración del contradictorio obligatorio, y desestimó todas las pretensiones, incurriendo en contradicción, porque si estaba impedido para fallar aquello, no podía librar sentencia de mérito sobre lo consecuencial.

3.- Solicitan que se case totalmente el fallo recurrido y se proceda de conformidad.

CONSIDERACIONES

1.- La causal de casación de que se trata, como es sabido, debe verificarse en función de la ejecución de la sentencia, en el entendido que se instituyó para remover cualquier obstáculo que, por ser antagónico u oscuro, impida la eficacia del derecho en ella misma reconocido a las partes.

Por esto, de conformidad con lo previsto en el artículo 368, numeral 3º del Código de Procedimiento Civil, las disposiciones o declaraciones contradictorias deben buscarse en la parte “*resolutiva de la sentencia*”, que es donde, *stricto sensu*, se hacen las manifestaciones de certeza, con independencia de que se pueda acudir a las razones de la decisión para desentrañar la lógica del pronunciamiento.

Si bien, en principio, dice la Corte, “*debe examinarse la parte resolutiva del fallo a fin de establecer la existencia de las contradicciones que fundan la causal tercera de*



casación”, lo cierto es que como la “parte motiva y resolutive constituyen una unidad, no puede prescindirse de aquélla cuando de precisar el alcance y contenido de ésta se trata”⁵.

En coherencia, como la causal de casación en comento fue instituida para zanjar errores de procedimiento, es claro que esa vía tampoco puede utilizarse para controvertir el juzgamiento del caso. Como se tiene explicado, la *“discusión que esta causal plantea presupone la conformidad del recurrente con el derecho sustancial aplicado, sin que le sea permitido, por ende, cuestionar los fundamentos materiales de la decisión”⁶.*

2.- Frente a lo anterior, salta de bulto que la acusación resulta infundada, porque como arriba se señaló, el Tribunal de ninguna manera se inhibió para pronunciarse, de oficio, interpartes, sobre el vicio absoluto que afectaba la escritura pública que contiene el reglamento de propiedad horizontal, al punto que lo reconoció, pero sin efectos, respecto de las demás personas a quienes ese acto jurídico vinculaba.

Luego, si ello es así, como en efecto lo es, resulta totalmente equivocado sostener que las pretensiones de la demanda se negaron sobre la base de una decisión abstencionista. Por supuesto que el Tribunal ni siquiera consideró la nulidad absoluta del contrato de compraventa, como dependiente del vicio que afectaba el reglamento de propiedad

⁵ Cas. Civ. Sentencia de 20 de noviembre de 1995, CCXXXVII-1390.

⁶ Sentencia 005 de 3 de febrero de 2004, expediente 7374.



horizontal, que es la tesis defendida por los recurrentes, porque al constatarlo y reconocerlo, sin perjuicio de terceros, simplemente, al margen del resultado definitivo, lo ligó, autónomamente, al objeto y a la causa del referido contrato.

Lo primero, en el entendido de que el *“apartamento...no habría sido un inmueble distinto del edificio, sino apenas una parte inseparable de él; que lo que habría existido como tal inmueble habría sido éste y no aquél”*. Lo segundo, en el evento de que el propósito de los demandantes hubiere sido comprar un inmueble sujeto a ese derecho.

Con todo, no decretó la nulidad del contrato de compraventa, porque para ello *“previamente habría que dar por nulo el acto constitutivo de la propiedad horizontal”*. Decisión que no podía adoptar *“por no haber sido pretendida en la demanda ni ser admisible, como antes se dijo, su expedición oficiosa”*.

3.- Así las cosas, como ningún antagonismo u oscuridad se aprecia, el cargo está llamado al fracaso.

CARGOS QUINTO, SEXTO, SEPTIMO, OCTAVO y NOVENO

1.- En todos estos cargos se acusa la sentencia del Tribunal por *“no estar en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda y con las cuestiones que oficiosamente tenía que resolver el juez”*.



2.- En su desarrollo, común a ese grupo de cargos, los recurrentes sostienen que lo relativo al reglamento de propiedad es un tema aducido en la causa *petendi*, y que, además, se encuentra demostrado que dicho régimen “no se constituyó”, pues no se protocolizaron los planos del edificio.

La certificación de 26 de septiembre de 1986, expedida por el Notario Quinto del Círculo de Barranquilla, a donde también se solicitó la remisión de los referidos planos, entre otras cosas omitida, pues la que se tuvo en cuenta fue otra, y la escritura pública respectiva, dan cuenta de ello. En los certificados de tradición de los apartamentos y del lote, ordenados de oficio, aparece una nota sobre el registro del reglamento. Los hechos 73 a 76 entroncan las pretensiones con ese acto jurídico.

3.- A partir de lo anterior, los recurrentes, en cada uno de los cargos, concretan así la inconsonancia:

3.1.- En el quinto, porque el sentenciador debió afrontar oficiosamente la “*inconstitución*” del régimen de propiedad horizontal, máxime cuando todo ello incidía, forzosamente, sobre las pretensiones y hechos de la demanda, pero como estos no se tuvieron en cuenta, ni aquello se resolvió, el “*fallo va por menos de lo debido*”.

3.2.- En el sexto, por cuanto alrededor de la prueba solemne del reglamento de propiedad horizontal se violó el derecho fundamental a un debido proceso, pues si no se protocolizaron los planos del edificio, esa prueba era nula de



pleno derecho, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política, y así debió reconocerse oficiosamente, con efectos sobre las pretensiones de la demanda, pero como no se hizo, se incurrió en “*mínima petita*”, inclusive al “*no tener en cuenta*” los hechos que se entroncaban con dicho reglamento.

3.3.- En el séptimo, por “*mínima petita*”, al no decretarse oficiosamente la citada nulidad constitucional, pero esta vez respecto del contrato de compraventa y de todo lo demás que estaba influenciado, pues si antes de la escritura pública que lo contiene no se había constituido el reglamento de propiedad horizontal, por las razones anotadas, esto significa que como el apartamento del caso no alcanzó a tener existencia cierta ni individualidad jurídica, no podía determinarse como lo exige la ley.

3.4.- En el octavo, porque si la pretensión de desistimiento del contrato de compraventa se fundamentó en el incumplimiento, en cuanto se vendió el derecho de dominio de un inmueble sujeto al régimen de propiedad horizontal, cosa que, por lo dicho, no ocurrió, esto significa que la sociedad vendedora no pudo transferir cosa cierta y determinada, pero en la sentencia no se tuvieron en cuenta los hechos del incumplimiento ni se resolvió sobre el particular.

3.5.- En el noveno, se reitera lo del cargo inmediatamente anterior, pero en relación con la pretensión de resolución del citado contrato.



4.- Solicitan, en consecuencia, que se case la sentencia y se proceda de conformidad, según sea el caso.

CONSIDERACIONES

1.- El estudio conjunto de estos cargos obedece a que tienen en común la misma causal de casación y porque si bien cada uno de ellos apunta a una finalidad distinta, lo cierto es que todos, con matices diversos, en términos generales, giran alrededor del vicio que afecta la escritura pública que contiene el reglamento de propiedad horizontal, circunstancia que los recurrentes dicen se encuentra demostrado con los mismos medios que calcados se repiten en cada una de las acusaciones.

2.- La congruencia, bien se sabe, es una regla de actividad, en cuanto le impone al juez la obligación de proferir la sentencia 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*" (artículo 305 del Código de Procedimiento Civil).

Por esto, la trasgresión de esa pauta de procedimiento no puede edificarse sobre la base de controvertirse el juzgamiento del caso, porque el error se estructura, únicamente, tratándose de la incongruencia objetiva, cuando se peca por exceso o por defecto (*ultra, extra o mínima petita*), y si



de los hechos se trata, cuando el sentenciador los imagina o inventa, pero no cuando los tergiversa⁷.

Precisamente, para diferenciar los errores que, respecto del libelo, en esos tópicos suelen presentarse, la Corte tiene explicado que el yerro *in procedendo* ocurre “cuando el fallador, sin referirse a los términos ni al contenido de la demanda, esto es sin mediar ningún juicio sobre la misma ni sobre la interpretación que debe dársele, decide el litigio a partir de peticiones no formuladas en la demanda, ni expresa ni implícitamente, a las cuales alude el fallo de sopetón y de modo inopinado para las partes. Revelándose allí un proceder que, por abrupto, muestra inmediatamente la transgresión de los límites que configuran el litigio a conocimiento de la jurisdicción.

“Si por el contrario, el sentenciador se pronuncia en un determinado sentido como consecuencia de haber apreciado e interpretado la demanda, a raíz de lo cual fija los hechos y peticiones de la misma que en su sentir estructuran la disputa judicial de que conoce, y como consecuencia de ese ejercicio cae en la equivocación consistente en considerar uno o varios hechos ajenos a la causa o en definir una petición que no le ha sido formulada, deviene la ocurrencia de un error de juicio - error injudicando-, como que en tal caso el fallador no ha obrado de manera impensada, para cuya enmienda se halla establecida la causal primera de casación”⁸.

⁷ Cfr. Sentencia 065 de 25 de abril de 2005, expediente 014115.

⁸ Sentencia 046 de 8 de abril de 2003, expediente 7844



3.- En todos los cargos acumulados para su estudio, los recurrentes denuncian la incongruencia objetiva y fáctica, aquello, básicamente, porque respecto de la demostrada "inconstitución" del reglamento de propiedad horizontal, de oficio no se resolvió lo que correspondía, y esto, porque no se tuvieron en cuenta los hechos de la demanda y de su reforma que se entroncaban con ese acto jurídico.

3.1.- Es incontestable, pues aparte de ser un hecho pacífico en casación, se trata de un tema que, por lo dicho, escapa al ámbito de la causal de incongruencia, que en el proceso aparece acreditado que los planos del edificio donde se encuentra el controvertido apartamento, inclusive, los títulos antecedentes del dominio, no fueron protocolizados conjuntamente con el aludido reglamento.

Sobre lo anterior, precisamente, el Tribunal concluyó, que esa omisión aparecía de manifiesto en la protocolización de ese acto jurídico, "*ostensibilidad que constituye el más significativo presupuesto de la facultad y el deber de declarar oficiosamente la nulidad absoluta que le atribuye al juez el artículo 1742 del Código Civil*", con la modificación que le introdujo el artículo 2º de la Ley 50 de 1936.

Con todo, pese a que reconoció el vicio absoluto que afectaba el mentado reglamento, el sentenciador consideró que la referida nulidad "*no podía ser judicialmente pronunciada*", porque las demás personas que habían adquirido unidades de propiedad, a quienes por disposición legal las



vinculaba el tantas veces referido acto jurídico, no habían sido citadas al proceso en la oportunidad debida.

En ese orden, no es cierto que, interpartes, el Tribunal hubiere omitido reconocer, de oficio, el vicio que afectaba el reglamento de propiedad horizontal, como se alega en los cargos quinto y sexto, razón de suyo suficiente para que no prosperen. Distinto es que no haya decretado la nulidad absoluta de ese acto jurídico, con todo lo que aparejaba, en atención a lo previsto en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, que exige para el efecto la integración del contradictorio necesario.

3.2.- En el cargo séptimo, en términos generales, se sostiene que la “*inconstitución*” del reglamento de propiedad horizontal, por el vicio absoluto que lo afectaba, repercutía en el contrato de compraventa, específicamente en cuanto a su objeto, pues no se podía hablar de que el apartamento tenía existencia cierta e individualidad jurídica.

Lo anterior, sin embargo, no fue extraño para el Tribunal, porque expresamente señaló que la falta del acto constitutivo del anotado reglamento, incidía en el objeto y en la causa del contrato de compraventa. Lo primero, en el entendido de que el “*apartamento...no habría sido un inmueble distinto del edificio, sino apenas una parte inseparable de él; que lo que habría existido como tal inmueble habría sido éste y no aquél*”. Lo segundo, en el evento de que el propósito de los demandantes hubiere sido comprar un inmueble sujeto a ese derecho.



El sentenciador, desde luego, al decir que para hablar de falta de objeto o de causa, según el caso, respecto del contrato de compraventa, "*previamente habría que dar por nulo el acto constitutivo de la propiedad horizontal*", estaba significando, de un lado, que la nulidad de dicho contrato, contrariamente a lo que sostienen los recurrentes, no dependía de que, por cualquier circunstancia, se dejara sin valor ni efecto el anotado reglamento.

De otro, que como esta última determinación no podía adoptarse en el presente asunto, "*por no haber sido pretendida en la demanda ni ser admisible, como antes se dijo, su expedición oficiosa*", igualmente estaba denotando que tampoco podía fulminar la nulidad absoluta del contrato de compraventa, al menos de manera oficiosa, seguramente porque lo relativo a la falta de objeto o de causa no emergía del mismo contrato, sino que había que buscarla en otro documento.

En ese orden, como el sentenciador, frente al vicio absoluto que afectaba el reglamento de propiedad horizontal, no decretó la nulidad del contrato de compraventa, por razones que explicitó, es claro que en ningún yerro de incongruencia objetiva incurrió. Distinto es que esas razones sean equivocadas, pero esto de ninguna manera constituye un yerro de actividad.

Lo mismo debe decirse en el evento de que a esa conclusión hubiere llegado a raíz de la comisión de errores probatorios, concretamente al apreciar pruebas ilícitas, es decir, que trascienden el plano constitucional, como se denuncia en este cargo, inclusive en el sexto, pues al decir de la Corte, a propósito



de la incongruencia, cuando se procede a "*enjuiciar la actividad del sentenciador en el campo probatorio*" esto es "*más que suficiente para que la censura no prospere*"⁹.

3.3.- Con relación a las pretensiones de desistimiento y de resolución del contrato de compraventa, en los cargos octavo y noveno, los recurrentes sostienen que existe incongruencia objetiva y fáctica, porque, respecto de lo primero, el Tribunal omitió resolver sobre dichos tópicos, y de lo segundo, porque no se tuvieron en cuenta los hechos del incumplimiento, es decir, que se vendió un inmueble sujeto al régimen de propiedad horizontal, cuando, por lo reiterado, no lo estaba.

3.3.1.- Cuanto que no se resolvieron dichas pretensiones, es de notar que el Tribunal, una vez hizo el análisis por separado de cada una de ellas, en el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia, desestimó las mismas.

El desistimiento, por no haberse alegado en la demanda que habiéndose comprado cosa futura, sólo tuvo existencia parcial, y porque no se demostró que en el edificio no había los doce garajes prometidos en el reglamento, aunque sí las imperfecciones y deficiencias de la zona de garajes, pero no que estuviera incompleta. La resolución, porque si bien hubo cumplimiento defectuoso, esto no era suficiente para el efecto, sino que se requería un incumplimiento que trascendiera la causa final o el móvil subjetivo determinante.

⁹ Sentencia 112 de 21 de octubre de 2003, Exp. 7486, citando doctrina anterior.



Frente a lo anterior, claramente se pone de presente que el Tribunal no omitió pronunciarse sobre dichos aspectos, sino que simplemente los negó. Por esto, la incongruencia objetiva no se estructura, porque al decir de la Corte, *“Cosa distinta de no decidir un extremo de la litis es resolverlo en forma adversa al peticionario. En el primer supuesto el fallo sería incongruente y, en consecuencia, atacable en casación con base en la causal segunda; en el segundo no, puesto que la sentencia desfavorable implica un pronunciamiento del sentenciador sobre la pretensión de la parte, que sólo podría ser impugnada a través de al causal primera, si ella viola directa o indirectamente la ley sustancial”*¹⁰.

3.3.2.- Igual resultado debe predicarse de la inconsonancia fáctica, porque diciéndose que los hechos del incumplimiento, determinantes del desistimiento del contrato de compraventa y de su resolución, no fueron tenidos en cuenta, esto, en el eventual caso de ser cierto, configura es un error de juzgamiento, pues como *supra* se indicó, el yerro de procedimiento, en tal caso, tiene lugar únicamente cuando hay imaginación o invención de hechos.

4.- Por lo dicho, los cargos quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno, no se abren paso.

¹⁰ Sentencia 107 de 9 de junio de 2001, Exp. 5719, reiterando doctrina anterior.