

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ
Magistrado Ponente

SC4415-2016

Exp.: 11001-02-03-000-2012-02126-00

(Aprobado en sesión de primero de marzo de dos mil dieciséis)

Bogotá D.C., trece (13) de abril de dos mil dieciséis (2016).

Se resuelve el recurso extraordinario de revisión que formuló el señor Alberto Ruiz Llano contra la sentencia proferida el primero de febrero de dos mil once por la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal.

I. ANTECEDENTES

A. La pretensión

Con fundamento en la causal octava del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, el impugnante pretende se declare sin valor la sentencia que es objeto de la revisión.

B. Los hechos

1. El 25 de agosto de 2005 Alberto Ruiz Llano formuló demanda ordinaria agraria de perturbación de la posesión

contra Camilo Luis Akl Moanack, con el fin de obtener la restitución del predio El Caimán o La Macumba, ubicado en el municipio de Orocué (Casanare), y la orden de respetar la posesión ejercida sobre el mismo.

2. Afirmó que el demandado le arrebató su posesión sobre el inmueble en agosto de 2004, mediante la expulsión de sus administradores, encargados y trabajadores, de lo cual tuvo conocimiento el 27 de ese mes y año.

3. La demanda se presentó el 25 de agosto de 2005.

4. En su contestación, el demandado se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de «*ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales*»; «*no se cita en la demanda a la persona que según la ley debe citarse*»; «*pleito pendiente*»; e «*inexistencia del derecho*». Adujo que el demandado jamás ejerció la posesión del predio conocido con el nombre de «*El Caimán*» o «*La Macumba*».

5. El 26 de febrero de 2010 se dictó sentencia que negó las pretensiones y condenó en costas al actor. En su motivación, el *a quo* consideró que de acuerdo con lo establecido en el artículo 976 del Código Civil, para la fecha en que se promovió el proceso «*la acción ya había prescrito*».

6. El demandante interpuso recurso de apelación con sustento en que no era viable declarar la prescripción, por cuanto ésta no se alegó. Sostuvo que las pruebas confirman que Camilo Luis Akl Moanack lo despojó de la posesión que ejercía, motivo por el que debió acogerse el *petitum*.

7. Mediante sentencia de 1 de febrero de 2011, el Tribunal confirmó la providencia de primera instancia porque el término previsto en el artículo 976 del estatuto civil es de caducidad y no de prescripción, por lo que era viable su decreto de oficio.

C. El recurso extraordinario de revisión

Con fundamento en la causal 8ª del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, el impugnante afirmó que existió nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso, toda vez que la competencia del Tribunal se circunscribía a lo que fue materia de la apelación, es decir a resolver si procedía o no la declaración de prescripción que no fue alegada por la parte demandada, sin que fuera viable pronunciarse sobre la caducidad.

De ahí que el *ad quem* incurrió en el motivo contemplado en el numeral 2º del artículo 140 del ordenamiento adjetivo, pues al exceder los límites de lo que fue objeto del recurso, traspasó la ‘competencia funcional’ que le había sido asignada.

Agregó que la decisión fue *caprichosa* porque el término extintivo contemplado en el artículo 976 del Código Civil claramente es de prescripción, como lo expresa esa norma, y no de caducidad, como erróneamente fuera interpretado por el Tribunal.

D. Trámite del recurso extraordinario

1. El 15 de marzo de 2013 se admitió la demanda y se ordenó correr el traslado de rigor.

2. El demandado solicitó negar las pretensiones porque, a su juicio, no se configuró la nulidad alegada.

3. Mediante proveído de 24 de mayo de 2013 se decretaron las pruebas solicitadas.

4. El 5 de julio de 2013 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, oportunidad que ambas aprovecharon.

II. CONSIDERACIONES

1. El recurso de revisión es un medio de impugnación extraordinario que tiene por finalidad corregir los errores evidentes y trascendentales en que haya incurrido una sentencia ejecutoriada. Es una excepción al principio de inmutabilidad de las sentencias en cuanto otorga primacía a la protección de la buena fe (causales 1^a, 2^a, 3^a, 4^a, 5^a, 6^a), el derecho de defensa (causales 7^a y 8^a) y la cosa juzgada anterior (causal 9^a).

Con relación al mecanismo procesal de desconocer de manera excepcional y justificada el principio de la inmutabilidad de las sentencias ejecutoriadas, Chiovenda explica:

Nada ofende en sí a la razón, que la ley admita la impugnación de la cosa juzgada; pues la autoridad misma de la cosa juzgada no es absoluta y necesaria, sino que se establece por consideraciones de utilidad y oportunidad; de tal suerte que esas mismas consideraciones pueden a veces aconsejar que sea sacrificada, para evitar la perturbación y el daño mayores que se producirían de conservarse una sentencia intolerablemente injusta. (Instituciones de derecho procesal civil. Vol. III. Madrid: 1940, p. 406)

Mas, el recurso que se analiza, precisamente por ser excepcional, requiere la delimitación precisa de su ejercicio, pues de otro modo se desfiguraría su naturaleza extraordinaria y la seguridad jurídica de los fallos legalmente en firme sufriría un grave menoscabo.

Por ello, el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil consagra los únicos nueve casos en los que es posible fundamentar la revisión de una sentencia. Dentro de éstos, se encuentra el que se alegó en la demanda que se examina (numeral 8º), correspondiente a la “*nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso*”.

2. Esta causal se refiere a la nulidad que surge en el acto mismo de dictar el fallo con que termina el juicio, siempre y cuando no procedan en su contra los recursos de apelación o de casación, pues ante esta posibilidad, la irregularidad deberá alegarse al sustentar tales mecanismos de defensa; de modo que si la respectiva impugnación no se interpuso, se produce el saneamiento del eventual vicio.

Respecto de esta causal, ha reiterado la Corte que *«...no se trata, pues, de alguna nulidad del proceso nacida antes de proferir en éste el fallo que decide el litigio, la que por tanto puede y debe alegarse antes de esta oportunidad, so pena de considerarla saneada; ni tampoco de indebida representación ni falta de notificación o emplazamiento, que constituye causal específica y autónoma de revisión, como lo indica el numeral 7º del texto citado, sino de las irregularidades en que, al tiempo de proferir la sentencia no susceptible del recurso de apelación o casación, pueda incurrir el fallador y que sean capaces de constituir nulidad, como lo sería, por ejemplo, el proferir sentencia en proceso terminado anormalmente por desistimiento, transacción o perención; o condenar en ella a quien no ha figurado como parte; o cuando dicha providencia se dicta estando suspendido el proceso»*. (CXLVIII, 1985)

De igual modo, la jurisprudencia ha aclarado que la nulidad que surge del fallo tiene que ser de naturaleza estrictamente procesal, en tanto la finalidad del recurso de revisión se dirige a *«abolir una sentencia cuando en ella misma o con ocasión de su pronunciamiento se ha vulnerado el debido proceso o menoscabado el derecho de defensa.»* (CSJ SC, 22 Sep. 1999. R. 7421)

Es decir que ha de tratarse de *«una irregularidad que pueda caber en los casos específicamente señalados por el legislador como motivos de anulación, puesto que en el punto rige en el procedimiento civil el principio de taxatividad, como es bien conocido. (SR 078 de 12 de marzo de 1991, sin publicar), lo cual significa que ‘los motivos de nulidad procesal de la sentencia son estrictamente aquellos que –a más de estar expresamente previstos en el Código de Procedimiento Civil– ...se hayan configurado exactamente en la sentencia y no antes»*. (CSJ SC, 29 oct. 2004. Rad. 03001)

La doctrina ha indicado que esta causal de nulidad puede originarse «*con la sentencia firmada con menor número de magistrados o adoptada con un número de votos diversos al previsto por la ley, o la pronunciada en proceso legalmente terminado por desistimiento, transacción, perención, o suspendido o interrumpido*» (Hernando MORALES MOLINA. Curso de derecho procesal civil. Parte general. 8ª ed. Bogotá: ABC, 1983. P. 652)

Adicionalmente, esta Corporación ha admitido que la irregularidad bajo análisis se presenta también cuando se condena a quien no ha figurado en el proceso como parte, o si al resolver la solicitud de aclaración del fallo se termina modificándolo, y cuando se dicta sentencia «*sin haberse abierto el proceso a pruebas o sin que se hayan corrido los traslados para alegar cuando el procedimiento así lo exija*». (CSJ SC, 29 Ago. 2008. Rad. 2004-00729)

La nulidad originada en la sentencia se refiere, de manera exclusiva, a la ausencia de alguno de los **requisitos formales** que la ley exige para la constitución de ese *acto procesal*, visto únicamente desde una perspectiva procedimental; es decir por faltar el presupuesto adjetivo que se requiere para que dicho fallo produzca los efectos jurídicos que la ley instrumental le atribuye. De ahí que pueda ser considerado como una *nulidad procesal* y no como un error en la argumentación, pues esto último podrá ser objeto de casación por vicios *in iudicando* en los casos en los que hubiere lugar, pero no de revisión.

Esta nulidad, por tanto, no puede confundirse con las deficiencias o excesos que pueda tener el contenido de la sentencia, y que dicen relación a su fundamentación

jurídica o probatoria, a la razonabilidad de sus conclusiones o, en fin, a cualquier tema relacionado con el fondo de la controversia.

3. Por regla general, la nulidad por falta de competencia no es un vicio que pueda originarse **en** la sentencia, pues la atribución de poder de decisión al funcionario legalmente facultado para conocer de un litigio determinado se realiza en el umbral del proceso y no al momento de adoptar la resolución de mérito.

Siendo la competencia la aptitud del juez para ejercer la jurisdicción del Estado en un caso concreto, de conformidad con las reglas establecidas por el Título II del Código de Procedimiento Civil, resulta incontestable que su fijación se da en las primeras etapas del juicio, teniendo el juez tres oportunidades para pronunciarse al respecto, a saber:

a) Al realizar el examen sobre la admisibilidad de la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en los incisos penúltimo y antepenúltimo del artículo 85 de la ley procesal:

El juez rechazará de plano la demanda cuando carezca de jurisdicción o de competencia, o exista término de caducidad para instaurarla, si de aquélla o sus anexos aparece que el término está vencido.

Si el rechazo se debe a falta de competencia o jurisdicción, el juez la enviará con sus anexos al que considere competente; en los demás casos, al rechazar la demanda se ordenará devolver los anexos, sin necesidad de desglose.

b) Al resolver la excepción de falta de competencia alegada por el demandado dentro del término de traslado de la demanda, según lo dispone el numeral 2° del artículo 97 *ejusdem*. Puede el juez, en efecto, haber pasado inadvertida la circunstancia prevista en el artículo 85 ya citado, lo que permite al demandado alegar la incompetencia como excepción previa.

c) Por último, si la excepción no es opuesta, debe el juez adoptar las medidas que considere necesarias para evitar nulidades y sentencias inhibitorias, según lo dispone el Parágrafo 5° del artículo 101 del estatuto adjetivo. Sin embargo, en tratándose de una situación de incompetencia, el deber que este precepto impone al juzgador se concreta exclusivamente al factor funcional –que es el único insaneable–, pues los demás motivos de incompetencia se entenderán saneados por la voluntad de las partes si éstas no los alegaron en su debida oportunidad procesal. De hecho, la ley procesal prohíbe al juez declarar la falta de competencia distinta de la funcional si la parte interesada no la invocó en la forma y términos previstos en ese ordenamiento (artículos 148 inciso 2° y 144 num. 5°).

Con todo, puede darse el caso que la nulidad por falta de competencia funcional no sea advertida en ninguna etapa previa a la sentencia de segunda instancia y, por

tanto, se dicte este acto procesal bajo la presencia del aludido vicio, lo que ameritaría la interposición del recurso extraordinario de casación, con invocación de la causal 5ª, si a ello hubiere lugar, a fin de corregir la anomalía procesal generadora de nulidad insaneable.

4. Con relación a la nulidad por falta de competencia funcional, esta Corporación tiene dicho lo siguiente:

Como bien se sabe, para la distribución de la competencia entre los distintos funcionarios judiciales, deben tenerse en cuenta ciertos criterios que en el derecho procesal se conocen como factores determinantes de competencia, uno de los cuales es el funcional, referido al repartimiento vertical o por grado de la competencia, en consideración a estadios procesales. Sin duda alguna, la noción distintiva entre jueces a quo y ad quem, nace de la aplicación de este criterio distributivo, porque entre uno de sus roles está, precisamente, el de poner en vigencia el principio constitucional de la doble instancia, según el cual al superior jerárquico funcional le corresponde conocer, entre otros, del recurso de apelación interpuesto contra las providencias dictadas por sus inferiores...

...ese conocimiento del 'superior', juez de segunda instancia, surge con ocasión de la presencia de las condiciones que el legislador ha establecido para la adquisición de esa competencia (funcional); exigencias que no son otras distintas a las señaladas por los arts. 351 y 352 ibidem, como requisitos para la concesión y admisibilidad del recurso de apelación, a los cuales deben aunarse los generales para todo recurso, siendo en su totalidad los siguientes: a) que la providencia sea apelable; b) que el apelante se encuentre procesalmente legitimado para recurrir; c) que la providencia impugnada cause perjuicio al recurrente, por

cuanto le fue total o parcialmente desfavorable, y d) que el recurso se interponga en la oportunidad señalada por la ley, consultando las formas por ella misma establecidas.

Si los citados requisitos no se cumplen, por referirse ellos a condiciones formales de procedibilidad que tocan con la admisibilidad del recurso y no con su fundabilidad, entonces, el inferior debe negar su concesión, pues de no proceder así el superior debe inadmitirlo, como expresamente lo indica el inciso 3º del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, cuando preceptúa: “Si no se cumplen los requisitos para la concesión del recurso, éste será declarado inadmisibile y se devolverá el expediente al inferior...”

Si no obstante las previsiones legales, el a quo y el ad quem, separándose de ellas, conceden y admiten un recurso de apelación con olvido de los requisitos vistos, no por ello se puede concluir en el abono o prórroga de la competencia funcional, porque siendo normas de orden público las reguladoras del recurso y por ende del factor funcional que opera, son de imperativo cumplimiento, lo cual a la postre implica que la competencia se adquiere pero bajo la pauta de un principio de reserva y estricta legalidad, que sólo tiene realización en tanto se agoten los requisitos mínimos para la admisibilidad del recurso. Por razones semejantes, la parte in fine del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, consagra como no saneable la nulidad derivada de la falta de competencia funcional, instituyéndola por consecuencia como una de las causas de nulidad que luego se puede aducir como motivo de casación (artículo 368, ord. 5º, ibídem), así la parte impugnante en el recurso extraordinario no lo haya denunciado en el curso de la segunda instancia... (CSJ SC 22 de septiembre de 2000. Rad. 5362)

Sin embargo, según nuestro ordenamiento procesal, la competencia funcional no se limita a los niveles (superior o inferior) en que los distintos jueces conocen de un recurso vertical, sino que se refiere, además, a una asignación de funciones específicas a cada uno ellos, sin atender al grado, cuando se trata de resolver un asunto distinto a una impugnación. Sobre el particular esta Sala ha aclarado:

En virtud del factor funcional en estricto sentido, que es el que aquí interesa, el legislador toma en cuenta la diversa índole de las funciones que deben cumplir los jueces que intervienen en las distintas instancias de un mismo proceso (competencia por grados), de modo que habrá jueces de primera y de segunda instancia; pero se sabe además que el Código de Procedimiento Civil colombiano aplica el factor funcional según la clase de función que el juez desempeña en un proceso, distinta del grado, y así por ejemplo tiene la Corte competencia funcional para conocer del recurso de casación o de revisión. (CS SC 26 Jun 2003, Rad. 7258)

Aunque comúnmente se le suele llamar competencia por razón del grado, es más apropiado denominarla por razón de la función, porque la ley la establece atendiendo la labor especial que desempeña el órgano judicial al administrar justicia y no únicamente por las distintas instancias en que el juicio se encuentre. Según Carnelutti, esta competencia se da «*por la especial actividad que le está encomendada a un tribunal, lo que da lugar a la conocida división en tribunales de primera, de segunda instancia y de casación.*» (Eduardo PAYARES. Diccionario de derecho procesal civil. p. 162)

Así, aunque la competencia funcional se circunscribe generalmente a la distribución de los procesos entre jueces

de primera, de segunda instancia y la Corte de Casación, también obedece a las precisas funciones que se les asignan a los distintos órganos judiciales sin atender al grado, como por ejemplo el exequátur de sentencias y laudos arbitrales proferidos en país extranjero, o los procesos contenciosos en que sea parte un agente diplomático acreditado ante el gobierno de la República, en los casos previstos por el derecho internacional, cuyo conocimiento corresponde a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Como resulta fácil advertir, la competencia funcional es un asunto esencialmente distinto a lo que ocurre cuando el juez, al momento de resolver la impugnación, incurre en yerros sobre el fondo del litigio, como acontece cuando extiende su decisión a puntos que no fueron materia de inconformidad por parte del recurrente.

De hecho, las reglas que fijan la competencia responden a necesidades de orden público, por lo que no son susceptibles de ser prorrogadas por la voluntad de las partes, cualquiera que sea el factor que la determine, tal como lo dispone el artículo 13 del Código de Procedimiento Civil. De ahí que ningún factor de competencia puede quedar supeditado al arbitrio de los litigantes expresado en la sustentación de sus recursos.

La atribución de competencia a un funcionario judicial para la resolución de un caso concreto no tiene nada que ver con las limitaciones a que aquél queda sujeto a la hora de resolver un extremo del litigio en razón de un recurso de apelación, porque ambas situaciones obedecen a

necesidades prácticas y a institutos procesales de distinta naturaleza y finalidad.

De manera que si el juez que conoció del recurso de apelación fue efectivamente el funcionario que la ley procesal tiene previsto para pronunciar el fallo de segunda instancia, entonces no es posible que se incurra en nulidad por el factor funcional.

La competencia funcional –se reitera– se concreta a los eventos descritos en el Capítulo IV del Título II (artículos 25 a 28) del ordenamiento procesal, y en él definitivamente no se incluye –como no puede estar incluida– una situación de *reformatio in pejus* o del principio *tantum devolutum quantum appellatum* consagrado en el artículo 357 de la ley adjetiva.

5. De conformidad con lo estipulado por este precepto, *«la 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 del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones».*

La citada disposición enuncia el postulado que la doctrina ha denominado '***tantum devolutum quantum appellatum***', por cuya virtud el conocimiento del juez que resuelve la impugnación formulada por un apelante único se encuentra circunscrito a las precisas cuestiones que hayan

sido objeto del recurso. Esta limitación es la expresión de un principio general del derecho procesal, según el cual el juez que conoce de un recurso está circunscrito a lo que es materia de agravios, dado que no está facultado para despojar al apelante único del derecho material que le fue reconocido en la providencia recurrida, y que fue aceptado por la contraparte que no impugnó un extremo del litigio que le desfavoreció. De este modo, lo que no es materia de impugnación se tiene como consentido, sea beneficioso o perjudicial, por lo que la alzada (y de hecho, cualquier recurso) se resuelve en la medida de los agravios expresados.

Este postulado reposa en el principio de congruencia, pues los jueces de apelación no pueden fallar sobre ningún asunto que no les haya sido propuesto, a menos que esté íntimamente ligado con el objeto de la impugnación. De suerte que cuando la apelación ha sido puntual, los demás aspectos de la sentencia -esto es los que no fueron objeto de recurso- adquieren la autoridad de la cosa juzgada.

No es, sin embargo, cualquier punto que al recurrente le interese dejar inalterado el que tiene la virtualidad de limitar la resolución del juzgador *ad quem*, sino que debe tratarse de una impugnación parcial en la que el extremo del litigio que no es recurrido no se relaciona con el tema que es materia de la censura; además, debe tratarse de una decisión que no fue atacada por la parte legitimada para ello, habiendo tenido la oportunidad de hacerlo.

Los poderes del ad quem para rescindir total o parcialmente la resolución impugnada –explica Eduardo PAYARES–, se determinan de acuerdo con la regla de Derecho que reza: Tantum

devolutun quantum appellatum. *Con ello quiere decirse que el tribunal ad quem, sólo puede reformar la sentencia impugnada dentro de los límites en que se impugnó: si fue atacada en su integridad, totalmente si así procede; si se objetó parcialmente, los poderes el tribunal mencionado quedan restringidos en la misma medida. **En otras palabras, la sentencia del ad quem, y, en general todas las que se dicten para resolver un recurso, deben ser congruentes con las pretensiones del recurrente***. (Diccionario de Derecho Procesal Civil, p. 681)

Este principio no puede confundirse con la prohibición de *reformatio in pejus* prevista en el artículo 31 de la Constitución Política, según la cual “*el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único*”; argumento éste que utilizó el recurrente para fundamentar la causal alegada en revisión.

Tanto si el recurso abre una segunda instancia –explica el referido autor–, como cuando no lo hace, rige el principio de la reformatio in pejus, que consiste en lo siguiente: si una de las partes impugna una resolución, y la otra se conforma con ella, tácita o expresamente, la sentencia que declare improcedente el recurso, no puede modificar la resolución impugnada dañando al recurrente. Este principio se funda en que los recursos los otorga la ley en beneficio de quien los utiliza, y no en su perjuicio. (Ibid, p. 682)

La *reformatio in pejus* presupone: **a)** que se trate de un apelante único, lo que implica que la parte perjudicada con la decisión se conforma con ella al no impugnarla; y **b)** que la sentencia que resuelve el recurso desmejore la situación del recurrente reconocida en la primera instancia. Para los efectos de esta figura resulta irrelevante si se trata de una

impugnación parcial (que ataca uno o algunos extremos del litigio, entendiendo por tales los puntos o temas que constituyen el centro de la controversia) o total, dado que el principio se viola cuando se empeora el derecho sustancial que la sentencia censurada reconoció al único recurrente.

El principio *tantum devolutum quantum appellatum*, en cambio, tiene su esencia en el desbordamiento del tema que fue materia de la apelación, por lo que su violación sólo puede presentarse cuando se trata de una impugnación parcial, esto es que el recurso no cuestiona todos los extremos o puntos resueltos por la sentencia y, a pesar de ello, el superior decide puntos distintos a los que se cuestionaron en la sustentación del recurso.

Aun cuando ambas figuras suelen confluír a menudo, no son esencial ni necesariamente coincidentes. De hecho, puede ocurrir que el juez *ad quem* traspase los límites de los temas fijados por el apelante único en la sustentación de su recurso, violando de esa manera la prohibición consagrada en el artículo 357, sin que ello implique reformar la decisión en perjuicio del único impugnante; como también puede acontecer que el fallador modifique la decisión en detrimento de los intereses del único apelante sin traspasar los contornos del tema que fue materia de ataque.

En ese orden, ni la *reformatio in pejus* invocada expresamente por el recurrente, ni el principio *tantum devolutum quantum appellatum*, al que hiciera alusión indirecta al citar el artículo 357 del ordenamiento adjetivo,

corresponden a supuestos jurídicos que puedan encuadrarse en la causal de nulidad por falta de competencia ‘funcional’ originada en la sentencia, porque no están referidos a la distribución del trabajo entre los distintos despachos judiciales en razón de la función que la ley adjetiva les atribuye, sino que comportan errores en el contenido material del fallo.

Ello es así aun cuando el artículo 357 lleve por título “*competencia del superior*”, lo cual no es más que una impropiedad terminológica, pues como quedó explicado con suficiencia al principio de esta parte motiva, pronunciarse sobre puntos o extremos del litigio que no fueron materia de la apelación –ni están íntimamente conectados con ella– no es un problema de competencia funcional del juez *ad quem* sino un asunto que atañe al derecho sustancial que tiene el recurrente para que la resolución de su impugnación no toque puntos que no quiso llevar al debate de la segunda instancia.

De ahí que cuando se pretende atacar la sentencia de segunda instancia por violación al principio de la no *reformatio in pejus*, tal acusación deberá plantearse en el ámbito de la causal cuarta del artículo 368 de la ley adjetiva. En tanto que si el fundamento de la acusación obedece a una desviación del tema que fue objeto de la pretensión deducida en la sustentación del recurso, el ataque deberá dirigirse por la senda de la causal segunda de casación, por vicio de incongruencia entre lo pedido por el impugnante y lo resuelto por el *ad quem*.

En efecto, el artículo 305 del estatuto procesal señala que *«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»*.

Luego, la incongruencia no se presenta solo cuando existe una disonancia entre lo invocado en las pretensiones de la demanda y lo fallado, sino que también se patentiza cuando la sentencia no armoniza con lo pedido en la sustentación del recurso (pretensión impugnaticia), que indudablemente corresponde a una invocación del derecho sustancial controvertido.

Para el ataque de ambos tipos de errores en la sentencia de segunda instancia, la ley procesal tiene reservado el recurso extraordinario de casación, toda vez que atañen al fondo de la decisión, sin que tengan ninguna relación con las nulidades procesales. De ahí que ninguna de esas figuras está enlistada como motivo de nulidad en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.

Por el contrario, se incurre en nulidad por falta de competencia funcional cuando un juez de segunda instancia resuelve la apelación formulada contra una sentencia dictada en un proceso de única instancia; o cuando el fallador de segundo grado no es el que la ley procesal tiene previsto para tal función; cuando un Tribunal resuelve una solicitud de exequátur; cuando un juez de circuito adelanta un proceso contra agente diplomático; o

cualquier otro evento que contravenga las disposiciones del Capítulo IV del Título II del Código de Procedimiento Civil.

En conclusión, y a modo de recapitulación: desde el momento que el juez asume el conocimiento de un proceso de conformidad con las reglas expresadas en los artículos 25 a 28 del ordenamiento procesal, se cumple con la voluntad de la ley instrumental en materia de asignación de competencia, sin que pueda aducirse una causal de nulidad 'por falta de competencia' con apoyo en un argumento relacionado con el tema que es objeto del fondo de la decisión. De manera que si el superior es el funcionario que la ley procesal tiene asignado para conocer del recurso de apelación, se satisface el factor de competencia funcional con total prescindencia de lo que llegue a decidir sobre el mérito del recurso.

6. Las anteriores razones no sólo marcan la pauta para resolver el recurso que en esta oportunidad ocupa la atención de la Corte, sino que ameritan una rectificación de la doctrina de esta Sala que en ocasiones anteriores ha identificado, de manera imprecisa, la violación del principio consagrado en el artículo 357 de la ley procesal con la prohibición de reformar la sentencia en perjuicio del apelante único, y confundir ambas figuras con una especie de falta de competencia funcional.

Así, en sentencia de 4 de julio de 1979 se indicó:

La competencia funcional en el sentenciador de 2º grado, originada por el recurso de apelación que se propuso contra el fallo pronunciado por el juez de primera instancia, unas veces es panorámica o lo suficientemente extensa como que le permite la revisión total de lo decidido por el a quo y, otras veces, es restringida con motivo de principios que rigen la alzada, como el de la reformatio in pejus. Éste, que se presenta con claro respaldo legal en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, consiste en que el recurso de ‘apelación se entiende interpuesto en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto, el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuera indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones’.

La reformatio in pejus, que se traduce en un principio negativo, por cuanto le prohíbe al juez ad quem modificar la providencia apelada en perjuicio del recurrente cuando la contraparte no ha interpuesto la apelación, ni ha adherido a dicho recurso, se configura mediante las condiciones siguientes: a) vencimiento parcial de un litigante; b) que solo una parte apele; c) que el sentenciador ad quem haya empeorado con su decisión al único recurrente; y d) que la reforma no se funde en puntos íntimamente ligados con ella. (...)

Empero, no sólo el principio antes aludido constituye una limitación a los poderes de decisión del sentenciador ad quem, puesto que no siendo absoluto o irrestricto, también se encuentra restringido por el objeto mismo sobre el cual versa el recurso de alzada, o sea, sobre la sujeta materia de la apelación. El sentenciador de segundo grado no tiene más poderes que los que le ha asignado el recurso formulado, pues no está autorizado para modificar las decisiones tomadas en la sentencia que no han sido impugnadas por la alzada, puesto que al efecto no tiene

competencia, como quiera que se trata de puntos que escapan a lo que es materia de ataque. (CSJ SC, 4 de julio de 1999. GJ N° 2400, p. 240)

En SC de 12 de octubre de 2004, en relación con el artículo 357 del ordenamiento procesal, esta Corporación sostuvo:

Fluye de lo anterior, entonces, que cuando el superior conoce de un proceso en virtud del recurso de apelación interpuesto por una sola de las partes, su competencia no es, en principio, panorámica ni absoluta, cuanto que queda restringida a los puntos de inconformidad del recurrente de quien se entiende, cuando como aquí se ha expresado en términos limitados, que consiente o acepta las demás determinaciones contenidas en la sentencia apelada. Esta limitación le impide al juez de segundo grado ir más allá de lo que se le propone (...)

*Ahora bien, si el juez **ad quem** en las circunstancias anotadas desborda los hitos o mojones que al recurso de apelación le ha propuesto el propio impugnante, incurre en un exceso reprochable que atenta contra la competencia funcional que puede ejercer, vicio del cual la ley procesal no otorga posibilidades de saneamiento. (Rad. 7922)*

En idéntico sentido, en SC de 8 de septiembre de 2009 se afirmó:

Del anterior recuento puede inferirse que la exigencia legal de sustentar el recurso de apelación, reserva al recurrente la tarea de denunciar explícitamente los aspectos de la decisión de primera instancia que le resultan desfavorables e implica que el impugnante tiene la opción de descartar algunas aristas de la decisión, siempre y cuando tales restricciones se deriven

nítidamente del contenido de la sustentación, caso en el cual la competencia del juzgador de segunda instancia se encuentra anudada a los intereses expresados por quien intenta aniquilar el fallo. En el fondo de lo que se trata es de poner dique al poder del juez de segundo grado para que éste no pueda irrumpir con su particular criterio para edificar una impugnación que el recurrente no hizo. (Rad. 2001-00585-01)

Los anteriores extractos jurisprudenciales, que en todo caso corresponden a sentencias dictadas en sede de casación, mas no de revisión, contienen varias inconsistencias, según quedó precisado líneas arriba, a saber:

a) Identifican plenamente la no *reformatio in pejus* con el principio *tantum devolutum quantum appellatum*, lo cual no es rigurosamente acertado, pues aunque ambos pueden llegar a coincidir, como en efecto ocurre con cierta frecuencia, la extralimitación del juez en el tema que es materia de la apelación no necesariamente conduce a una modificación de la decisión para desmejorar la situación del apelante único, como también puede acontecer que el juez perjudique la situación de éste, aun manteniéndose dentro de los límites del tema de la impugnación;

b) Pasan por alto que la competencia funcional es una sola y obedece a los criterios fijados por el Capítulo IV del Título II del Código de Procedimiento Civil, y en tal sentido carece de todo sustento legal la distinción entre una supuesta competencia “panorámica” y otra “restringida”;

c) Los temas que pueden ser materia de la decisión por parte del superior en virtud de los contornos fijados por el recurso no son un asunto que afecte la competencia, y por mucho que el juez llegue a traspasar tales confines sigue siendo el funcionario competente porque tiene el poder jurisdiccional del Estado para conocer del litigio en concreto, con total prescindencia de si su decisión es acertada, congruente o ajustada a lo pedido, lo cual es un asunto completamente distinto;

d) Hacen depender la competencia funcional del juzgador de segunda instancia de los intereses expresados por el impugnante, lo cual es a todas luces inapropiado porque ningún factor de competencia está supeditado a la voluntad de los litigantes, dado que la competencia es improrrogable, cualquiera que sea el factor que la determine. (Art. 13 C. de P.C.)

7. Por todas estas razones es preciso concluir que la situación fáctica descrita como fundamento del recurso extraordinario de revisión –alusiva a una supuesta extralimitación del juez *ad quem* frente al tema que fue objeto de la apelación–, no corresponde a ninguna de las causales enlistadas en el artículo 380 del estatuto adjetivo; y, específicamente, no tiene la aptitud de constituir una nulidad derivada de falta de competencia funcional.

En efecto, de conformidad con lo establecido por el artículo 26 del estatuto procesal, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en sala civil, conocen en segunda instancia, “*de los recursos de apelación y de las consultas en los*

procesos de que conocen en primera instancia los jueces civiles del circuito, y de los recursos de queja cuando se deniegue el de apelación”.

El proceso que es objeto de este pronunciamiento corresponde a un verbal agrario de perturbación de la posesión (artículo 63.1 Decreto 2303 de 1989), cuyo conocimiento correspondió en primera instancia al Juzgado Promiscuo del Circuito de Orocué (Casanare).

En consecuencia, resulta incontestable que el superior funcional que debió resolver la apelación debía ser, como lo fue, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, por lo que se cumplió con las reglas que fijan la competencia por el factor funcional.

De ahí que no sólo la vía escogida para sustentar el recurso de revisión fuera incorrecta sino que, de todos modos, no se produjo la nulidad alegada.

Por ello, no resulta procedente adentrarse, por vía de revisión, en el examen de fondo de la posible violación del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, ni mucho menos detenerse a analizar si el artículo 976 del Código Civil dispone un término de caducidad o de prescripción.

Ante el fracaso del recurso, se impone condenar al impugnante al pago de las costas y perjuicios, para cuyo pago se hará efectiva la caución prestada. Las costas se tasarán por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$3.000.000. Los eventuales perjuicios se liquidarán mediante incidente.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. DECLARAR INFUNDADO el recurso de revisión que formuló Alberto Ruiz Llano contra la sentencia proferida el primero de febrero de dos mil once por la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal.

SEGUNDO. Condenar al recurrente a pagar las costas y perjuicios a favor de la parte opositora. Las costas se tasarán por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$3.000.000. Los eventuales perjuicios se liquidarán mediante incidente. Para el pago de aquéllas y de éstos se hará efectiva la caución prestada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO
Presidente de la Sala Civil

MARGARITA CABELLO BLANCO
(Salva voto)

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ
(Salva voto)

JAIRO PARRA QUIJANO
(Conjuez)

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
(Salva voto)

ALEJANDRO VENEGAS FRANCO
(Conjuez)



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADA MARGARITA CABELLO BLANCO

Radicación n.° 11001-02-03-000-2012-02126-00

Con el acostumbrado respeto, a continuación expongo las razones por las cuales discrepo de los fundamentos tenidos en cuenta por la mayoría tanto para desestimar el recurso como para adoptar un nuevo criterio en punto de las nulidades originadas en la sentencia, causal de revisión establecida en el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil,.

1. Como se recordará, el Tribunal, en un asunto de amparo posesorio, confirmó la decisión del *a quo*, quien había negado las pretensiones al verificar, de oficio, que la acción estaba prescrita al tenor de lo dispuesto en el artículo 976¹ del Código Civil. Precisó el *ad quem*, en el despacho de la alzada, que aun cuando esa norma indica

¹ **ARTICULO 976. <PLAZOS DE PRESCRIPCION>**. Las acciones que tienen por objeto conservar la posesión, prescriben al cabo de un año completo, contado desde el acto de molestia o embarazo inferido a ella. Las que tienen por objeto recuperarla expiran al cabo de un año completo, contado desde que el poseedor anterior la ha perdido.

Si la nueva posesión ha sido violenta o clandestina, se contará este año desde el último acto de violencia, o desde que haya cesado la clandestinidad. Las reglas que sobre la continuación de la posesión se dan en los artículos [778](#), [779](#) y [780](#) se aplican a las acciones posesorias

que la acción que tiene por objeto la conservación de la posesión prescribe al cabo de un año, debía entenderse tal término como de caducidad y no propiamente de prescripción, de conformidad con dos precedentes jurisprudenciales de los tribunales de Santa Rosa de Viterbo (de 1993) y de Yopal (2006), que cita y transcribe. Concluyó entonces que la sentencia del juez de primera instancia debía mantenerse en la medida en que dicho precepto consagraba una caducidad, que era viable decretarla de oficio.

Sin mayor esfuerzo es evidente deducir que estos jueces interpretaron el artículo 976 del estatuto civil. El uno, con base en su tenor literal, concluyó que allí se establecía un plazo de prescripción. Y el otro, apoyándose en precedentes, avaló la denegación de las pretensiones al precisar que tal precepto lo que contenía era un plazo de caducidad, declarable de oficio.

Al margen de la pertinencia y justeza de la interpretación acogida por el Tribunal, para confirmar que se trata de hermenéutica, llamo la atención sobre el hecho de que el asunto no ha pasado inadvertido en la doctrina colombiana² y foránea, por cuanto en diversas legislaciones tal término es concluyentemente de caducidad. En el fondo de todo ello se aducen diversas razones como la de que para la época de redacción del Código Civil de Bello, la figura de

² Por ejemplo, Daniel Suárez Fernández, en el artículo titulado "la prueba en los procesos posesorios y reivindicatorios" asevera: En tratándose de la acción que busca conservar la posesión, la ley civil, (artículo 976), establece que "**prescribe** al cabo de un año completo, contado desde el acto de molestia o embarazo", cuando en verdad se trata de un fenómeno de CADUCIDAD. Si se busca recuperar el bien del cual fue desposeído, expirará "al cabo de un año completo, contado desde que el poseedor anterior lo ha perdido"; por supuesto que enfrentamos también otro preciso término de CADUCIDAD (resaltados del texto original). <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/2/DanielSuarez.pdf>

la caducidad, como instituto autónomo o diferente de la prescripción, no existía, al punto que autores como Ospina Fernández todavía la encasillan como una figura “*actualmente en proceso de formación*”³. En fin baste mencionar que Fernando Hinestrosa, después de pasar revista a las diferencias que se esfuerzan los autores por encontrar entre la caducidad y la prescripción, señala que

*“el acuerdo no pasa del aserto de que la caducidad es una figura diferente de la prescripción y que opera en forma más drástica que ella. De ahí en adelante, al calor de la posición adoptada y del énfasis que se desee ponerle a los rasgos propios usuarios de una y otra, se encarecen o se esfuman similitudes y diferencias. Que de ordinario los términos de caducidad son breves, cierto; pero ello no quiere decir que todo término corto sea de caducidad...”*⁴

De suerte que si en el recurso de revisión se manifiesta que la sentencia impugnada incurrió en una nulidad fincada en que el Tribunal examinó un asunto que no era materia de la apelación, al margen de la oportunidad que la Sala considera que se le presenta para proponer la rectificación doctrinal a la sazón acogida, lo cierto es que por ningún lado se está en presencia de un vicio *in procedendo* sino de una discrepancia en torno a la interpretación del precepto mencionado, íntimamente ligado con el sustento de la apelación como quiera que a partir del mismo el juzgado *a quo* declaró la prescripción y sobre ello recayó el ataque en la alzada.

³ Régimen general de las obligaciones, pág. 620

⁴ La prescripción extintiva, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, página 244

En consecuencia, hubiera bastado acoger la inveterada jurisprudencia de la Sala, acerca de la impertinencia de la aducción de vicios *in iudicando* en el recurso de revisión. Y menos cuando se alega la causal octava que consagra el prototípico error *in procedendo*, desde luego que la nulidad procesal está instituida para sancionar irregularidades en el trámite, incluida la sentencia. Se dijo recientemente:

"(...) se ha descartado tajantemente que se puedan 'alegar errores de juicio atañaderos con la aplicación del derecho sustancial, la interpretación de las normas y la apreciación de los hechos y de las pruebas que puedan ser imputadas al sentenciador', pues su ámbito de aplicación reposa en la denuncia de vicios de estricto orden procesal', y en lo atinente a que la nulidad debe aparecer en la sentencia misma y nunca antes, se expone que ello, '(...) es apenas lógico porque si tal nulidad solamente aparece para las partes cuando éstas conocen la sentencia, no existiendo para ellas otra oportunidad para reclamar su conocimiento, lo procedente es que se les abra el campo de la revisión' (...), tal como sucede cuando en la sentencia última del proceso ejecutivo se decide sobre la carencia de exigibilidad del título (...)". SR del 10 de diciembre de 2010 (exp.11001-0203-000-2005-00951-00),

Y en ocasión anterior, de las muchas en que lo ha hecho, se pronunció así la Corte:

"Ha reiterado esta Corporación, que la razón u origen de la nulidad, como de sus mismos vocablos se desprende, tiene que estar ínsita en la sentencia. Esto es, debe ser el fallo en sí, el que contenga una causa de ineficacia. Por ello, invocar como motivo de nulidad originado en la sentencia, el que en esta se hubiesen hecho apreciaciones erradas al valorar las pruebas, o no se hubiese aplicado una determinada regla de derecho, o se hubiere hecho indebidamente, o interpretada torcidamente, no constituyen, en verdad, circunstancias que autoricen la revisión por la causal invocada" (SR038-1997 del 29 de julio de 1997).

2. No obstante, al abordar la mayoría el examen del alcance de la invalidación prevista en la causal octava de revisión, es menester que me pronuncie sobre algunas, en mi parecer, inconsistencias que figuran en el fallo, incluida la nueva posición.

En primer lugar, se afirma que *“el recurso de revisión es un medio de impugnación extraordinario que tiene por finalidad corregir los errores evidentes y trascendentales en que haya incurrido una sentencia ejecutoriada”* (página 4).

A tono con lo que la jurisprudencia ha dicho en numerosas ocasiones, la finalidad del recurso no solo apunta a hacer prevalecer la justicia removiendo sentencias inicuas proferidas con claro quebranto de la justicia y al margen de la autoridad de cosa juzgada material con la que se encuentren revestidas, sino también está instituido para invalidar las que se han obtenido con violación del derecho de defensa o en detrimento de la cosa juzgada. En forma negativa ha insistido en que el recurso no está consagrado para el reexamen de la causa ni, entre otras, para remediar vicios *in judicando*, como pueden ser aquellos fruto de errores probatorios o puramente jurídicos, por muy evidentes y trascendentales que sean.

3. El numeral 8° del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil establece como causal de revisión *“existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso”*.

Lo primero que debe resaltarse es que la nulidad, en el ámbito procesal, pasa a ser la sanción que la ley impone a un acto jurídico para privarlo de efectos por el alejamiento que presenta en relación con el conjunto de formas preestablecidas en la ley procesal, con lo cual se excluye toda connotación sustancial, como es obvio. Ese apartamiento de las formas no puede abarcar todo tipo de irregularidad, en una suerte de prurito ritualista, ya superado. Se trata de una desviación grave (principio de trascendencia) que el legislador colombiano ha precisado, mediante causales específicas de aplicación restrictiva y taxativas, acogiendo al respecto la orientación de la Francia revolucionaria, con su conocido apego a la ley, que difundió aquello de que *no hay nulidad sin ley que la establezca* (principio de la especificidad). Esas causales de invalidación están referidas al proceso, en todo o en parte, como lo establece el encabezado del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.

A poco de haberse expedido el Código de Procedimiento Civil, aplicó la Corte este principio (SR del 18 jul 1974, GJ TCXLVIII, n°s 2378 a 2389, pág. 185) y en consecuencia, indicó y así lo ha venido reiterando, que los motivos para dejar sin efectos una sentencia son aquellos que, con carácter taxativo, establece el estatuto procesal mencionado.

Pero puede registrarse que la misma Corporación se ha separado de esa jurisprudencia, pues ha considerado otros contados motivos para invalidar sentencias a pesar de

no estar contemplados a lo menos de manera explícita, en el artículo 140.

Con ánimo de síntesis, recordó en fallo del 1º de junio de 2010, rad. 11002030002008-00825-00, los motivos de anulación originados en la sentencia, en sede de revisión, entre los cuales incluyó varios no previstos en texto positivo, que a continuación subrayo:

De lo doctrinado por esta Sala se puede concluir que los motivos que dan lugar a una nulidad originada en la sentencia son los siguientes: a.-) cuando se dicta en un proceso terminado por desistimiento, transacción o perención, hoy parcialmente sustituida por el llamado “desistimiento tácito”, regulado por la Ley 1194 de 2008; b.-) se adelanta estando el litigio suspendido; c.-) se condena a una persona que no tiene la calidad de parte; d.-) si por la vía de la aclaración se reforma la misma; e.) se dicta por un número de magistrados menor al establecido por el ordenamiento jurídico; f.-) se resuelve sin haber abierto a pruebas el pleito; g.-) se desata sin correr traslado para que los litigantes aleguen en los eventos que así lo dispongan las normas procesales y h.-) la que tiene “deficiencias graves de motivación”.

De suerte que si la decisión aprobada persigue refrendar esa posición para, con base en ella, descartar la aplicación de la privación de efectos en sentencias sin recursos pero con decisiones proferidas en perjuicio de conquistas del apelante único, debe fincar su marco teórico en una tesis distinta a la que originalmente adoptó la Corte y que de modo general se repite hasta nuestros días.

3. Que esta alta Corporación, desde los inicios de la aplicación del precepto que se comenta, haya incluido, dentro de las irregularidades graves cometidas en la sentencia misma y sin recursos, la *reformatio in pejus* como

motivo de nulidad, no es más que el uso cabal de la interpretación que, como órgano cimero de la jurisdicción ordinaria, da al contexto del numeral 8° del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el precepto 357 del mismo cuerpo normativo, para buscar una salida o solución en el propio escenario del juez natural –la jurisdicción ordinaria- a un asunto anómalo, y en ese sentido estimo que es un contrasentido sugerir que sea el juez constitucional quien en sede de tutela – herramienta meramente subsidiaria ante decisiones judiciales arbitrarias- sea el llamado a solventar una irregularidad procesal -con efectos sustanciales, se reconoce- como es la reforma peyorativa, a semejanza de aquellas que, sin estar positivizadas han sido prohijadas, según se vio y lo reconoce la mayoría. Resulta en extremo delicado que se diga que por vía de tutela puede un apelante parcial, único y afectado por una sentencia que le redujo lo que había alcanzado en la primera instancia, obtener la enmienda de su agravio cuando de por medio hay decenas de sentencias en anales de jurisprudencia y doctrina que califica como una falta de competencia tal “exceso de poder”.

Pero más allá de esa sana hermenéutica que instituye un control jurisdiccional de notable sentido práctico -sobre todo para jueces singulares- la inclusión como vicio *in procedendo* de estas *desviaciones* procesales en el ámbito de la causal de revisión tiene claro asidero en el título y el contenido del artículo 357 del estatuto de enjuiciamiento civil, pues, bien vistas las cosas, y con apoyo en texto del maestro Hernando Devis, “*usurpa competencia no sólo el inferior que procede contra lo resuelto en el juicio por el superior* [actual

causal de nulidad autónoma], sino éste cuando usa de facultades privativas de aquel, razón por la cual se trata de un acto nulo por falta de competencia, pues la apelación no se otorga para modificar ese aspecto de la providencia”⁵, esto es, lo resuelto por el inferior que no ha sido impugnado por el perdedor parcial y apelante único.

4. El artículo 357, cuyo título proviene de su redacción original, establece:

*ARTÍCULO 357. **COMPETENCIA DEL SUPERIOR.** La 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 del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.*

***En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia** para tramitar y decidir el recurso, liquidar costas y decretar copias y desgloses. Si el superior observa que en la actuación ante el inferior se incurrió en causal de nulidad que no fuere objeto de la apelación, procederá en la forma prevista en el artículo 145. Para estos fines el superior podrá solicitar las copias adicionales y los informes del inferior que estime conveniente.*

Cuando se hubiere apelado de una sentencia inhibitoria y la revocare el superior, éste deberá proferir decisión de mérito aun cuando fuere desfavorable al apelante.

Estimo que no puede recurrirse, como lo hace la decisión, a atribuir el uso de la palabra *competencia* a una impropiedad terminológica, desde luego que su categórica y doble utilización no hace más que recordar el mandato del artículo 27 del Código Civil a tenor del cual, “cuando el

⁵ Nociones generales del derecho procesal civil, editorial Temis, segunda edición, Bogotá, 2009, páginas 793.

sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”.

Interpretación que, por lo demás, tiene amplio arraigo en el derecho patrio. Por vía de ejemplo, cito a la Corte Constitucional:

*“la competencia funcional se refiere a la distribución jerárquica de competencias. En este orden de ideas, comprende tanto los casos en los que recursos, como la apelación, no son resueltos por el superior competente, **como los casos en los que, pese a quien adopta la decisión es el funcionario competente, excede sus competencias funcionales, por ejemplo, porque desconoce las restricciones que impone el principio de no reformatio in pejus en la hipótesis de apelante único**” (C-037/98)*

O a uno de los redactores del Código de Procedimiento Civil, el maestro Hernando Morales Molina, quien, al comentar la anotada causal, expresa:

*“El caso ocurre como ya se dijo, con la sentencia firmada con mayor o menor número de magistrados; o adoptada con un número de votos diverso el previsto por la ley; o la pronunciada en proceso legalmente terminado por conciliación, desistimiento, transacción, perención, o suspendido o interrumpido; **o la que provee sobre puntos que no le corresponden por falta de competencia o jurisdicción**; una carente de motivación total; o la dictada sin atender el señalamiento de fecha para audiencia pedido por la parte en el término para alegar, que es una forma de hacerlo, como dice la Corte”⁶*

Y es que la competencia funcional, concepto introducido por Chiovenda en Italia⁷ con tres acepciones de la que perdura aquella que atiende a *“la distribución de funciones entre órganos judiciales de distinto tipo en fases*

⁶ Curso de derecho procesal civil, parte general, editorial ABC, 11ª edición, Bogotá, 1991, página 692

⁷ Dice el autor en su Curso de derecho procesal civil: "si las diversas funciones necesarias en un mismo proceso, o de algún modo coordinadas a la actuación de la misma voluntad de la ley, se atribuyen a jueces u órganos jurisdiccionales diversos (competencia por grados, conocimiento y ejecución, resoluciones provisionales y definitivas, etc.), página 294

*sucesivas del mismo proceso, en el mismo grado o bien grados distintos*⁸, como lo recuerda la sentencia, no puede quedar estrictamente referida a la determinación de quién es el superior del juez que profirió la decisión impugnada, sino además qué función ejerce uno y otro en el mismo proceso, siendo consecuencia de ello que otrora se hubiese afirmado, sin impropiedad, que el superior tenía “competencia panorámica” cuando ambas partes apelaban; o que si era un auto lo impugnado estaba limitado “*para tramitar y decidir el recurso, liquidar costas y decretar copias y desgloses*”, pues su función era ésa no más.

4. Por otro lado, la providencia de la que aclaro mi voto, afirma que es un asunto de incongruencia el atinente a incluir un Tribunal en su fallo asuntos no comprendidos en la apelación, para lo cual toma apoyo en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, a tenor del cual “*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 hubiesen sido alegadas si así lo exige la ley*” (resaltado de la sentencia). Estima la mayoría de la Sala que la incongruencia no se presenta únicamente en las pretensiones deducidas en la demanda sino también en aquellas otras formuladas, por ejemplo, en la sustentación del recurso. Pero se incurre aquí, en mi parecer, en una confusión respecto del concepto de pretensión. Porque, en palabras de la Corte, la que hace acopio de la doctrina más autorizada (Carnelutti), por tal término se entiende “*la exigencia de la subordinación del interés ajeno al interés*

⁸Calamandrei, Piero, Derecho procesal civil, editorial Pedagógica Iberoamericana, México, pág.134 y 135.

propio” (LXII), lo que supone que el sujeto activo de la pretensión es el demandante y el pasivo el demandado. Pero en un recurso interpuesto contra una providencia judicial no puede entenderse, sin desfigurar los términos, que quien lo propone sea demandante de una pretensión frente al juez cuya decisión es la opugnada. Este funcionario, como representante del Estado, es destinatario del derecho de acción, al paso que el demandado o resistente -el del interés ajeno- es el destinatario de la pretensión incoada por el actor que blande su interés propio.

Las demás oportunidades a que se refiere el precepto últimamente mencionado hacen referencia a la adición o a la reforma de la demanda, pero en modo alguno puede tildarse de incongruente un fallo por el hecho de no haber aludido por ejemplo, a otras peticiones elevadas por el demandante en los alegatos, sean éstos los de la primera instancia o ya los que sustentan un recurso.

En los anteriores términos dejó sentado mi criterio.

Margarita Cabello Blanco

Magistrada



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación n.º 11001-02-03-000-2012-02126-00

Con el debido respeto para con el M. ponente, y del mismo modo, para todos los demás magistrados integrantes de la Sala de casación civil, presento las razones de mi salvamento de voto, dentro del recurso de revisión formulado por Alberto Ruiz Llano contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, Sala Única, en el proceso agrario de perturbación a la posesión incoado por el ahora revisionista, contra Camilo Luis Akl Moanack, el cual debió declararse fundado.

Metodológicamente lo haré de la siguiente forma: En primer lugar, compendiaré la tesis central del fallo definitorio del litigio; en segundo momento, bosquejaré la sólida y reiterada línea jurisprudencial que ha

estructurado una auténtica doctrina probable en esta Corte, por décadas, al estimar como causal invalidante de la disputa la carencia de competencia funcional, tesis que considero la más coherente para hacer justicia y reconocer derechos en un sistema procesal en el Estado Constitucional y social de derecho, y que en definitiva permitiría declarar fundado el recurso, no solo en este caso, también en los análogos. Posteriormente, trataré de señalar los errores conceptuales de la nueva posición y sus efectos nocivos con relación a la seguridad jurídica que debe ofertar un Estado de derecho por medio de la administración de justicia. Finalmente, mostraré un problema sustancial central que recurrentemente ha asediado a jueces y abogados en relación con el término para formular acciones posesorias, que se abstuvo de encarar la Sala mayoritaria, y cuya consideración era perentoria por la función nomofiláctica que corresponde a esta Corte, y del mismo modo, nodal e ineludible para resolver el fondo de la revisión.

1. El litigio

El 25 de agosto de 2005 Alberto Ruiz Llano formuló demanda ordinaria agraria de perturbación de la posesión contra Camilo Luis Akl Moanack, con el fin de obtener la restitución de un predio rural ubicado en el municipio de Orocué (Casanare). Adujo el actor que el demandado le arrebató

su posesión sobre el inmueble en agosto de 2004, mediante la expulsión de sus administradores, encargados y trabajadores, de lo cual tuvo conocimiento el 27 de ese mes y año. El fallo de primer grado negó las pretensiones y condenó en costas al actor porque de acuerdo con lo establecido en el artículo 976 del Código Civil, para la fecha cuando se promovió el proceso “la acción ya había prescrito”. El demandante interpuso recurso de apelación emplazando la inviabilidad de declarar la prescripción, por no haber sido invocada.

El Tribunal, confirmó el fallo apelado, motivando erróneamente que *“(...) el término previsto en el artículo 976 del estatuto civil es de caducidad y no de prescripción, por lo que era viable su decreto de oficio”*⁹, de modo que para cuando se inició el litigio la acción se hallaba caducada.

2. La acción extraordinaria de revisión

2.1. El revisionista con fundamento en la causal 8 del canon 380 del C. de P. C. y del num. 2° del artículo 140 del mismo ordenamiento, acusó al Tribunal por desatar la alzada, excediendo los límites de la apelación; debió circunscribirse, al zanjar la apelación, a discernir si procedía o no la prescripción decretada por el fallador de primer grado, por tratarse de una defensa no alegada por la parte demandada al contestar y excepcionar. Añade, no era hacedero pronunciarse sobre la caducidad, incurriendo así en una flagrante nulidad, anidada desde entonces, en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso.

⁹ COLOMBIA. C.S.J Sala de Casación Civil. Sentencia de revisión del 13 de abril de 2016. Exp: 11001-02-03-000-2012-02126-00. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez. p. 3.

Advirtió que el fallo fue “*caprichoso*” puesto que el precepto 976 del Código Civil, contempla el término extintivo de la prescripción y no de caducidad, como erradamente dilucidó.

3. La *ratio decidendi* de la providencia de esta Sala al definir el recurso de revisión y de la cual me separo

Declaró infundado el recurso, aduciendo que si el *ad quem* es el funcionario que el plexo normativo procedimental determina para conocer de la impugnación, se satisfacía el factor de competencia funcional, con independencia de los argumentos que utilizados para resolver la instancia, de modo tal que el vicio invalidante denunciado no existió.

Advirtió que en el hipotético caso de pretender debatir la posible falta de competencia funcional, la vía procedimental idónea, no es la revisión, sino el recurso extraordinario de casación. Esa, es la solución correcta, por cuanto:

*“(...) Por regla general, la nulidad por falta de competencia no es un vicio que pueda originarse **en** la sentencia, pues la atribución de poder de decisión al funcionario legalmente facultado para conocer de un litigio determinado se realiza en el umbral del proceso y no al momento de adoptar la resolución de mérito.*

“(...).

“Con todo, puede darse el caso que la nulidad por falta de competencia funcional no sea advertida en ninguna etapa previa a la sentencia de segunda instancia y, por tanto se dicte este acto procesal bajo la presencia del aludido vicio, lo que ameritaría la interposición del recurso extraordinario de casación, con invocación de la causal 5ª, si a ello hubiere lugar, a fin de corregir la anomalía procesal.

“(...) la competencia funcional es un asunto esencialmente distinto a lo que ocurre cuando el juez, al momento de resolver la impugnación, incurre en yerros sobre el fondo del litigio, como acontece cuando extiende su decisión a puntos que no fueron materia de inconformidad por el recurrente”¹⁰.

¹⁰ COLOMBIA. C.S.J Sala de Casación Civil. Sentencia de revisión del 13 de abril de 2016. Exp: 11001-02-03-000-2012-02126-00. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez. p. 8.

4. La sólida y decantada doctrina construida por la Sala Civil de esta Corte, al estimar como causal invalidante de una sentencia, la carencia de competencia funcional

Deshilando la historia de la competencia funcional, la concepción que ha imperado en esta Corte hasta hoy como consistente doctrina probable, halla venero en la sentencia de casación del 4 de julio de 1979, con ponencia del Dr. Alberto Ospina Botero, en el juicio ordinario adelantado por el Establecimiento Público Zona Franca Industrial y Comercial contra los Bancos Cafetero y Franco Colombiano, con ocasión del reclamo de los perjuicios sufridos con el pago de unos cheques girados a favor del actor y consignados en la cuenta de un tercero. El pleito se presentó ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Barranquilla, quien absolvió al Banco Franco Colombiano y condenó al Cafetero a pagar los daños causados; apelado ese fallo por la entidad condenada, el Tribunal reformó la sentencia de primer grado, declarando responsables solidariamente a los Bancos convocados, incluyendo al no apelante, Banco Franco Colombiano. Tramitado el recurso de casación formulado por las dos demandadas, en una magistral sentencia sobre la exégesis de la competencia funcional y sus alcances, expuso la Corte:

“La competencia funcional en el sentenciador de segundo grado, originado por el recurso de apelación que se propuso contra el fallo pronunciado por el juez en primera instancia unas veces es panorámica o lo suficientemente extensa como que le permite la revisión total de lo decidido por el a quo y otras veces es restringido con motivo de principios que rigen la alzada, como el de la reformatio in peius. Este, que se presenta con claro respaldo legal en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, consiste en que el recurso de “apelación se entiende interpuesto en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto, el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuera indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado la que no apeló hubiere adherido el recurso, el superior resolverá sin limitaciones”.

“La reformatio in peius, que se traduce en un principio negativo, por cuanto la prohíbe el juez ad quem modificar la providencia apelada en perjuicio del recurrente cuando la contraparte no ha interpuesto la apelación, ni ha adherido a dicho recurso, se configura mediante las condiciones siguientes: a) vencimiento parcial de un litigante; b) que solo una parte apele; c) que el sentenciador ad quem haya empeorado con su decisión al único recurrente; y d) que la reforma no se funde en puntos íntimamente ligados con ella.

“Empero no sólo el principio antes aludido constituye una limitación a los poderes de decisión del sentenciador ad quem, puesto que no siendo absoluto o irrestricto, también se encuentra restringido por el objeto mismo sobre el cual versa el recurso de alzada, o sea, sobre la sujeta materia de apelación. El sentenciador de segundo grado no tiene más poderes que los que le ha asignado el recurso formulado, pues no está autorizado para modificar las decisiones tomadas en la sentencia que no han sido impugnadas por la alzada, puesto que al efecto no tiene competencia, como quiera que se trata de puntos que escapan a lo que es materia del ataque.

“(…) no hay el menor asomo de duda acerca de que el objeto propio de la alzada quedó circunscrito definitivamente en este caso nada más que a la resolución adversa al apelante y en lo desfavorable a éste, y que dentro de este límite de competencia debió moverse la actividad jurisdiccional del ad quem, para no desbordar su ámbito de competencia funcional.

“En la especie de esta litis, el fallador de segundo grado se alejó del radio de su competencia al fenecer la segunda instancia, pues a pesar de que el a- quo atendió las súplicas de la demanda respecto del demandado Banco Cafetero y absolvió de ellas al codemandado Banco Franco Colombiano, y de esta resolución sólo apeló el banco condenado, lo cual implica que el ad-quem solo tenía competencia para revisar la decisión en lo desfavorable al recurrente, puesto que las otras decisiones alcanzaron firmeza por haber consentido el demandante al no apelar, resolvió revisar esta última decisión para condenar también al demandado absuelto por el a- quo, careciendo de competencia, por tratarse de puntos que escapaban a la materia de la apelación”¹¹.

Declaró entonces próspero el recurso por la causal de “nulidad” del proceso, por vicio procesal en la sentencia de segunda instancia, materia de acusación, al haberse resuelto punto restringido y ajeno a la competencia funcional del *ad quem* y por lo tanto prohibido de paso desconociendo el principio negativo de la *reformatio in peius*.

Posteriormente en una acción extraordinaria de revisión el 13 de junio de 1990, con ponencia del Dr. Rafael Romero, se usó

¹¹ COLOMBIA. C.S.J Sala de Casación Civil. Sentencia de casación del 4 de julio de 1979. M.P. Dr. Alberto Ospina Botero.

criterio similar, en el litigio de Sociedades Darco Ltda. contra Echeverri Henao Constructores y Cía. Ltda. Esta última, vino a esta Sala contra la decisión que resolvió el recurso de anulación del laudo arbitral del 1 de septiembre de 1987, con pábulos en la causal 8 del artículo 380 del estatuto procesal, fincando sus argumentos en falta de competencia funcional del *ad quem*, motivo que tornaba nula la sentencia acusada.

Las sociedades mencionadas suscribieron un contrato para la construcción del proyecto: “Urbanización Santa María La Antigua”, pactando una cláusula compromisoria. Acudieron las partes para dirimir diferencias, al Tribunal de Arbitramento, quien dispuso la controversia el 1 de septiembre de 1987. Empero, Darco Ltda., interpuso recurso de anulación, sustentado su inconformidad en los siguientes aspectos: a) Nulidad de la cláusula compromisoria; b) No haberse constituido legalmente el tribunal de arbitramento; c) Falta de competencia del tribunal de arbitramento, porque: *“el conflicto se centró en una liquidación. Las diferencias no eran, entonces, de aquellas que obligaban a ser desatadas por el rito de los procesos de conocimiento”*; d) Inexistencia del laudo por falta de motivación.

El Tribunal Superior de Medellín, para resolver analizó la nulidad e inexistencia del laudo arbitral; discurrió que no es dable estudiar las causales de nulidad del laudo al advertir de su inexistencia por falta de motivación.

Resumió los motivos del recurso de este modo:

“(…) Apoyándose en la octava causal del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, adujo el impugnador los hechos que en esencia, así se compendian:

“a) Para dirimir el litigio entre las partes con ocasión del contrato que celebraron el 13 de noviembre de 1984, y en vista de que no hubo acuerdo para la designación de árbitros, según la cláusula compromisoria pactada la sociedad Echeverri Henao Constructores y Cía. Limitada solicitó a la Cámara de Comercio de Medellín hiciese tal designación, como en efecto ocurrió. Ello en virtud de que se convino que el Tribunal “estará por tres árbitros designados así: dos de mutuo acuerdo entre las partes y el tercero por la Cámara de Comercio de Medellín. Si no hay acuerdo para la designación de los árbitros, este será nombrado (...) por la Cámara de Comercio de Medellín”.

“(...) d) – Es absurdo hablar de inexistencia del laudo, cuando “se pactó compromiso o arbitramento, se designaron los árbitros legalmente, se posesionaron y se adelantó el trámite completo, incluyendo el laudo”.

“e) – El recurso de anulación solamente pidió que se declarase nulo el laudo “y el H. Tribunal no podía pronunciarse sino sobre lo pedido, a saber si EL LAUDO, aislado de la actuación que lo procedió, era o no nulo”. Cualquier decisión del Tribunal Superior de Medellín “distinta a la de declarar si lo pedido por el recurrente (nulidad de solo el laudo era o no procedente por haberse invocado y probado alguna causal que la fundamente, tenía que quedar viciada de nulidad, por falta de competencia, ya que la que tenía era una competencia especial y específica, limitada a resolver acerca de la procedencia de la petición que se le formulo, SEGÚN SE HAYA PROBADO O NO alguna de las causales autorizadas taxativamente por el art. 672 del C.P.C y por su gemelo del C. de Co, que fundamenta dicha petición”.

“(...) g)- El Tribunal Superior, no obstante reconocer que el recurso de anulación no procede por la causal que como tal aparece enlistada para el recurso de revisión en el numeral 8 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil , hace actuar está en aquél, en una franca contradicción. Antagonismo que igualmente comete cuando dice que en la rituaría no se prevé la inexistencia de los actos procesales, pero sí la aplica para el caso litigado; y que pese a no figurar como nulidad la falta de motivación, sí resulto aplicándola al mismo.

“h)- “Nuevamente actúa la Sala sin competencia, burlándose de la limitación que esa especial norma (art. 672 C. de P.C) le impone a su competencia, al darle solamente para decidir si existe o no probada alguna de las causales taxativamente consagradas en el art. 672, y con una audacia increíble manifiesta que “ no empece” o sea no obstante, que la inexistencia no está consagrada como causal de anulación, ni como otra clase de causal para fines distintos, ni siquiera para su declaración en proceso ordinario ante los jueces permanentes del Órgano Judicial del Estado, y muchísimo menos para su declaración mediante el especial trámite del recurso de anulación, el cual por ser especialísimo resulta imposible extenderlo por vía jurisprudencia ya que debe interpretarse restrictivamente, dispone en esos cuatro finales renglones del último párrafo de sus motivaciones, que con la decisión que pronuncia enseguida, hará que el RECURSO DE ANULACION,

sin que haya prueba de alguna de las causales taxativamente consagradas en el artículo 672, TENDRA EL EFECTO DE HACER PROSPERAR EL RECURSO, ILEGALMENTE Y SIN TENER COMPETENCIA PARA ELLO, con el fin DE BORRAR EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL Y DAR PASO LIBRE A LA JURISDICCIÓN ORDINARIA”.

La Sala compendió la cuestión así:

“(…).

“En el presente caso, (...) alégase como motivo de nulidad la falta de competencia del Tribunal Superior de Medellín, surgida en la sentencia con que culminó el trámite del recurso de anulación de arbitramento, apoyada, fundamentalmente, en los siguientes razonamientos:

“a. No podía sobrevenir decisión distinta a la de si el laudo es, o no, nulo.

“b. La inexistencia del arbitramento no está erigida por la ley como causal que haga procedente el recurso de anulación del laudo, cuestión que no obstante, advertiría expresamente el Tribunal Superior, terminó olvidándola.

“c. Con ello, el Tribunal hizo las veces de legislador, usurpando las funciones de éste, pues su competencia específica y restringida no le permitía ir más allá “del estudio de la procedencia de las causales invocadas”¹².

La Corporación, entonces concluyó:

“Acerca de este medio de impugnación es preciso señalar que su procedencia está restringida en gran medida, y de manera particular porque sólo es dable alegar a través de él las precisas causales que taxativamente enumera la ley, con lo que es bastante para destacar que se trata de un recurso limitado y dispositivo. Su naturaleza jurídica especial así, advertida, sube más de punto si se observa que a través de dichas causales no es posible obtener, estricto sensu, que la cuestión material dirimida por los árbitros pueda ser reexaminada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial que conozca de la impugnación. No se trata, pues, de un recurso para revisar o replantear lo que ya fue objeto de decisión mediante arbitramento, como que en tal caso, entre otras cosas, muy fácil quedaría desnaturalizar la teleología de acudir a ese tipo de administración de justicia. Si tal se permitiese, ciertamente en nada habrían avanzado las partes.

“Por el contrario, las causales de anulación del laudo miran es el aspecto procedimental del arbitraje, y están inspiradas porque los más preciados derechos de los litigantes no hayan resultado conculcados por la desviación procesal del arbitramento.

¹²COLOMBIA. C.S.J Sala de Casación Civil- Sentencia de revisión del 13 de junio de 1990. M.P. Dr. Rafael Romero Sierra. p 8, 11 a 12.

“4- Pero no todo paró allí. No conforme con ello, el legislador fue aún más lejos y estableció que la sentencia con que culmina el recurso de anulación, que debe ser proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial del lugar de la sede del tribunal de arbitramento, es restricción de que quien interpuso el de anulación no puede invocar la causal séptima del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil.

“5- Ha de subrayarse, entonces, que el Tribunal superior a quien corresponda decidir el recurso de anulación del laudo, tiene en verdad una competencia específica, limitada y restringida, acorde justamente con la naturaleza indicada de la impugnación de que conoce. En la sentencia con que decida el recurso, pues, normalmente debe declarar si él alcanza, o no, prosperidad, y, en el primer supuesto, disponer lo que sea menester teniendo en mira lo que sobre el particular también dispuso expresamente la ley. Dicho en otros términos, en la sentencia debe haber un pronunciamiento acerca de si el laudo en verdad está afectado de nulidad, lo que sólo ocurrirá si a su turno se abren paso las causas legales invocadas; caso contrario, declarar infundado el recurso.

“6- En el presente caso, bien es verdad que el Tribunal Superior de Medellín, a despecho de lo dicho, se abstuvo de estudiar las causales de anulación formuladas en el recurso, para en su lugar, aunque no lo dijo explícitamente en la parte resolutive del fallo aquí impugnado en revisión, declarar que el laudo atacado por medio del recurso de revisión era inexistente. Obviamente que la decisión que el Tribunal resultó adoptando a la postre, desacompaña enteramente con lo que viene de exponerse, por supuesto que él no se pronunció en ninguno de los dos sentidos que quedaron dichos. Quepa repetirlo una vez más, dada la naturaleza jurídica del recurso de anulación del laudo, el trámite de éste no puede culminar con decisión diversa a la de declarar su nulidad, si es que se ha configurado una siquiera de las causas invocadas por el recurrente, de las taxativamente previstas en la ley, o, en caso contrario, denegar la nulidad impetrada por el impugnador. El legislador ha permitido que el arbitraje sea susceptible de recurrirse por un medio de impugnación ciertamente singular; y, en ese marco de ideas, le ha concedido competencia a la justicia ordinaria, y más exactamente el Tribunal Superior de Distrito Judicial correspondiente al lugar donde se pronuncie aquel; pero no es en modo alguno una competencia irrestricta, sino con las limitantes que de manera general quedaron atrás consignadas; en consideración a esto, el Tribunal no puede moverse sino dentro del preciso marco que la ley ha señalado; que no es otro que el de verificar si existe o no la nulidad que el recurrente somete a su consideración, y adoptar la decisión correspondiente.

“De suerte que cuando el sentenciador, como aquí sucedió, concluyó la tramitación, sin decir si el laudo es nulo o no, a todas luces franqueó los precisos linderos que le demarcan una competencia estricta. Y bien claro es que esa irregularidad invalidante tuvo como venero la sentencia misma, sin que a la sazón tal decisión fuese susceptible de recurso diverso al aquí interpuesto. Las cuales cosas, todas a una, estructuran como se dejó dicho desde las liminares consideraciones de este proveído,

la causal octava de revisión que ha sido invocada, cuya prosperidad, por lo mismo, no se hace esperar¹³.

En el mismo sentido, en providencia dictada el 21 de julio de 2005, esta Colegiatura, conoció el recurso de revisión formulado al abrigo de la causal octava del artículo 380 del C.P.C por “falta de competencia funcional”. Adujo el revisionista que el Tribunal Superior, al dirimir el recurso de anulación, abordó aspectos de fondo del litigio, en contravía de la autonomía de los árbitros en la resolución de la controversia.

Sintetizó la situación fáctica así:

“(...) en el episodio que ocupa transitoriamente la atención de la Corte, ocurrió que el tribunal de arbitramento decidió que la prosperidad no acompañaba a ninguna de las peticiones principales y subsidiarias hechas por el convocante, tampoco a las expresadas en la demanda de reconvencción, ante lo cual, aquella interpuso recurso de anulación invocando entre otras, la causal prevista en el numeral 9ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, proposición que declaró exitosa el Tribunal Superior en cuanto a las pretensiones “segundas subsidiarias” porque, según el sentenciador del recurso de anulación, los árbitros omitieron decidir “sobre las cuestiones pedidas, esto es, que es incongruente [el laudo] porque se apoyó en hechos no alegados en la demanda”, con base en lo anterior, dispuso: “ANULAR o REVOCAR los numerales 17º, 18º y 19º del laudo arbitral objeto del recurso de anulación proferido el 13 de febrero de 2001 por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá. En su lugar, el Tribunal Superior condenó a las convocadas a pagar a Petrocas Ltda. los valores que expresó en la providencia que ahora es materia del recurso de revisión.

“Dos problemas jurídicos íntimamente anudados plantea el presente asunto, que pueden formularse a partir de los siguientes interrogantes: ¿era incongruente el laudo proferido por el tribunal de arbitramento al resolver las pretensiones de la convocante?; y en consecuencia, ¿tenía competencia funcional el Tribunal Superior para decidir los puntos, que según su concepto, no habían sido fallados por los árbitros?”¹⁴.

La Sala razonó:

“De lo expuesto emerge sin dificultad que el Tribunal Superior efectivamente transgredió los límites de su competencia, al considerar que las pretensiones elevadas por Petrocas Ltda. y que tenían que ver con la aplicación del numeral 2º del artículo 2060 del Código Civil, no

¹³ COLOMBIA. C.S.J Sala de Casación Civil- Sentencia de revisión del 13 de junio de 1990. M.P. Dr. Rafael Romero Sierra. p 13 a 14.

¹⁴ COLOMBIA. C.S.J Sala de Casación Civil- Sentencia de revisión 21 de julio de 2005. Expediente No. 1101-02-03-000-2004-00034-01, M.P. Dr. Edgardo Villamil Portilla. p. 19 a 20.

habían sido decididas con fundamento en los hechos narrados por la sociedad convocante, porque los árbitros efectivamente tuvieron en cuenta las circunstancias expresadas por el demandante, sólo que no encontraron éxito en tales pedimentos, por estimar que los acontecimientos alegados como imprevisibles, no lo fueron, como se deduce de la siguiente afirmación que se hace en el laudo: “la aplicación de la teoría de la imprevisión se descarta, teniendo en cuenta que desde el punto de vista material no se cumple con los requisitos para considerar los hechos alegados como imprevistos, porque lo cierto es que, ante el vencimiento del contrato, no es esta la oportunidad para reclamar una imprevisión, conforme lo dispone el numeral 2 del artículo 2060 del Código Civil”.

“(…).

“En suma, nada correspondía resolver al Tribunal Superior, sobre la interpretación de los hechos de la demanda, labor ya agotadas a plenitud de los árbitros, porque si estos habían decidido el punto, al margen de ser “correcta o incorrecta” tal determinación, es lo cierto que estaba vedado al juzgador de la anulación fijar el significado del escrito inicial de convocatoria, en atención a que el ámbito de este recurso se encuentra restringido a aspectos in procedendo mediante parámetros estrictos de los cuales ya se dio cuenta.

“Además de lo anterior, es protuberante la paradoja creada por el error del Tribunal Superior, en cuanto asumió como verdad inconcusa que algo faltaba por decidir, pues en semejante situación lo que debería hacer era fallar ex nihilo lo antes nunca resuelto, a pesar de ello, lo que finalmente hizo el Tribunal Superior fue revocar lo decidido, para proveer en sentido contrario, con lo que de nuevo se arrogó una competencia que la ley no le reconoce y por ello incurrió en la nulidad que se le enrostra. Entonces, el juzgador de la anulación lejos de llenar un vacío del laudo, lo que hizo fue resolver en las antípodas de la decisión arbitral, lo que está vedado al juez de la anulación”¹⁵.

Tanto la incongruencia como la violación del principio negativo de la *reformatio in peius* afecta e incide en la carencia de la competencia funcional.

5. El motivo de revisión previsto en el artículo 380, numeral octavo del C. de P. C. Estructura de la causal.

El instituto jurídico previsto en la causal 8 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, y 8 del art. 355 del C. G. del P.: *“Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible*

¹⁵ COLOMBIA. CSJ Sala de Casación Civil- Sentencia de revisión 21 de julio de 2005. Expediente No. 1101-02-03-000-2004-00034-01, M.P. Dr. Edgardo Villamil Portilla. p. 22 a 24.

de recurso”, desde su génesis es causal autónoma de invalidación, tal cual lo refleja el precepto transcrito.

La doctrina y la jurisprudencia, para la prosperidad de la causal han considerado imprescindible la presencia cabal de dos presupuestos:

a. Que se incurra en nulidad pronunciada en la sentencia recurrida. Es el primer requerimiento. No se trata de nulidades anteriores a la sentencia, susceptibles de saneamiento, ni de las que puedan ser adecuadas en alguna de las otras causales de revisión, como la indebida representación, la falta de notificación o emplazamiento que se estructuran en la causal 7 de revisión del 380 del C. de P. C. o del 355 del C. G. del P. Podría ser por ejemplo, la falta de motivación de la sentencia. Es la nulidad que tiene su fuente en la sentencia misma, sin que tengan las partes, otra oportunidad, para denunciarla o para reclamar su reconocimiento.

b. Que contra el fallo así pronunciado no proceda recurso alguno. Es el segundo postulado. Significa que la irregularidad constitutiva de nulidad al tiempo de proferir sentencia, no sea susceptible de recurso de apelación o de casación, como cuando se dicta sentencia reviviendo un proceso luego de terminado por desistimiento, transacción o perención, o estando suspendido el proceso; cuando se condena a quien no figura como parte en el proceso, o cuando se firma por el número de magistrados inferior al mínimo que exige la Ley. Por tanto, si la sentencia era susceptible de los recursos y no se interpusieron, no procede la causal. El haber hecho uso del recurso ordinario o del extraordinario, cuando lo admite, es prerrequisito de esta causal porque, a diferencia de la causal séptima exige perentoriamente

la proposición o agotamiento de los recursos previamente admisibles.

Esta exigencia es pertinente porque la procedencia de la causal emerge frente a la sentencia que se profiere en un momento procesal en el cual no permite, procede o admite impugnación o la formulación de recursos diferentes al de revisión, como serían las sentencias de única instancia o las de segunda instancia. Se excluye, por antonomasia, la dictada en el trámite del recurso de revisión, ya que por vía de este medio extraordinario es como se pretende reparar la injusticia, de tal forma que permitir su revisión es tornar inagotable el recurso con desmedro de la seguridad jurídica para los asociados. En consecuencia, en los procesos en donde la decisión de fondo no sea susceptible de recurso de apelación, como el elenco de sentencias de única instancia, el conjunto de sentencias que han surtido la segunda instancia por apelación o consulta, siempre y cuando contra ellas no proceda el recurso de Casación¹⁶, como sería el caso de las dictadas en los ejecutivos, halla terreno fértil la causal para el correspondiente recurso de revisión. Del mismo modo procedía en el marco del C. de P. C. cuando se omitía la audiencia del artículo 360 *ejúsdem*.

La causal 8 según la doctrina de la Sala engloba una pluralidad de motivos que permiten formular un recurso de revisión con fundamento en esta senda.

- 1- Proferir sentencia en proceso terminado anormalmente por desistimiento, transacción o perención, y actualmente por el desistimiento tácito.

¹⁶ Si la sentencia admite casación y éste recurso no se formuló, opera un desistimiento tácito de la revisión por vía de este motivo de revisión por cuanto mediante la casación, el afectado, disponía de la causal quinta prevista en el art. 368 del C.P.C., para reparar la injusticia, en las hipótesis fácticas de nulidades procesales no saneadas, a fin de obtener la reparación del agravio. Igual razonamiento procede para la apelación y *a fortiori*, porque esos medios de impugnación permiten discutir a plenitud cualquier vicio *in procedendo*.

- 2- Dictar sentencia estando suspendido o interrumpido el proceso.
- 3- Condenar en ella a quien no ha figurado como parte.
- 4- La carencia de motivación de la sentencia, así se trate de sentencia dictada en equidad.
- 5- Dictar sentencia por un número de magistrados menor al exigido por ley. En términos de la Ley 270 de 1996, “(...) firmada con menor número de magistrados o adoptada con un número de votos diversos al previsto por la ley”.
- 6- Dictar sentencia sin abrir a pruebas el proceso.
- 7- Dictar sentencia sin correr traslado para alegar, cuando la ley así lo exija para el respectivo procedimiento¹⁷.
- 8- Cuando por vía de aclaración se reforma la demanda.
- 9- Cuando en la sentencia se incurre en un vicio de incompetencia funcional.

Observado el enlistamiento, dentro de las variadas razones que ha previsto la doctrina de esta Corte como se anunció, líneas atrás, para denunciar la nulidad de la sentencia se encuentra la carencia de competencia funcional.

6. El factor funcional para determinar la competencia. Incongruencia y *reformatio in peius*

Son factores para determinar la competencia: el objetivo, el subjetivo, el territorial, el funcional y el factor conexidad. La mayoría son saneables, pero el funcional entraña vicio de nulidad procesal no saneable (Art. 140 y 144 inciso final del C. de P. C., arts. 136 y 138 del C. G. del P.).

El ilustre tratadista, Hernando Devis Echandía explica:

¹⁷ COLOMBIA. C.S.J. S.C.C. 29 de agosto del 2008, radicado 2004 00729.

“Este factor determina la clase especial de funciones y poderes que desempeñan los varios jueces de distinta categoría que conocen de él, en diversos grados o en etapas sucesivas. En una distribución vertical de la competencia. También se habla de competencia por grados. Se refiere a las dos instancias y a los recursos extraordinarios de casación y revisión (Código de Procedimiento Civil, artículo 695; véase tomo I, numerales 59, 272 y 273). También se distribuye la competencia entre el ponente y las salas plurales, en los tribunales y la Corte.

“El juez de primera instancia conoce del proceso hasta la terminación de instancia, mediante la sentencia, y por eso se le **llama juez a quo, o sea hasta el tiempo o momento**. En cambio, el juez de segunda instancia sólo conoce del proceso **desde que** el inferior concluye la primera razón por la cual se llama juez **ad quem** o **desde tal tiempo**. Lo mismo sucede en los casos en que el negocio sube al superior por apelación contra un auto, es decir, una providencia distinta de la sentencia, que le ponga fin a la primera instancia, pues el superior conoce desde el momento en que el inferior agota la actuación del incidente o punto especial hasta que se ejecutoria el auto que resuelve la apelación; pero puede adelantar luego la liquidación de costas si hubo condena en ellas”¹⁸.

Francesco Carnelutti enseña:

“(…) La destinación del tipo para cada una de las litis o negocio puede hacerse en razón de la función que respecto de la litis o del negocio se trata de desempeñar, o en razón de la materia sobre la cual debe desplegarse la función. Según este criterio, la competencia jerárquica se distingue en competencia funcional y competencia material.

“Esta distinción y, en particular, la noción de la competencia funcional, como, por lo demás, la otra de la competencia jerárquica, son desconocidas en la técnica del Código de procedimiento civil, porque su construcción científica es totalmente reciente; existen sin duda, como veremos, las normas que responden a tales conceptos, pero los conceptos han sido usados por el legislador, que ha continuado confundiendo entre competencia material y competencia funcional (...)”¹⁹.

En el mismo sentido Giuseppe Chiovenda señala:

“(…) Se habla de competencia funcional en dos casos:

“1. Si las **diversas funciones** necesarias en un mismo proceso, o de algún modo coordinadas a la actuación de la misma voluntad de ley, se atribuyen a **jueces** u órganos jurisdiccionales diversos (competencia por grados, conocimiento y ejecución, resoluciones provisionales y definitivas, etcétera), y

“2. Cuando un litigio se atribuye al juez de un determinado territorio por el hecho de su **función** será allí más fácil o más eficaz (**ejecución**

¹⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *El Proceso Civil Parte General*. Compendio de Derecho Procesal Civil. Tomo II- . Volumen I. Medellín: Biblioteca jurídica Diké, 1994. p. 77.

¹⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Traducción de la quinta Italiana Santiago Sentis Melendo. Volumen I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973. p. 211.

en el lugar donde se sitúan los bienes, procedimientos de **quiebra** en el lugar del establecimiento mercantil principal, etcétera).

“Tanto el concepto como la denominación que introduje en la doctrina italiana, pueden considerarse ahora como de uso corriente, aunque no siempre correcto. Se ha aplicado el concepto en la práctica a casos de simple competencia territorial, sosteniéndose, por ejemplo, la improrrogabilidad del **fórum hereditatis**. No debería haber necesidad de advertir que cuando la ley menciona expresamente una competencia entre las **territoriales** quiere ponerla (con razón o sin ella) bajo el principio general de la prorrogabilidad. Nuestro **fórum re sitae**, por ejemplo, es prorrogable, incluso cuando se refiere a cosas inmuebles (Cód. Proc. Civ., art 93), si bien habría muchas razones para hacer de él en este caso un fuero exclusivo, como en la ley alemana.

“La importancia del concepto de competencia funcional y su verdadera contraposición con la competencia territorial aparece manifiesta incluso a los prácticos, como cuando se resuelve por el Tribunal de Casación que la competencia para el juicio del **exequátur** (Cód. Proc. Civ., art 941) es funcional y, por consiguiente, **improrrogable**, con lo que ha cesado el abuso de los juicios de **exequátur** de sentencias extranjeras de divorcio propuestas a elección y de acuerdo entre las partes ante los Tribunales de Apelación incompetentes, pero que se consideraban más benévolos en esta materia.

“La competencia funcional se parece por un lado, a la competencia por materia y, por el otro, a la competencia territorial. No obstante esta afinidad, la competencia funcional es siempre **absoluta e improrrogable**, y esto constituye su característica y explica la importancia práctica que tiene este concepto. Si en cada caso en concreto se trata de simple competencia territorial o de competencia funcional, hay que deducirlo de las disposiciones o de la intención de la ley (...)”

“La competencia funcional es el factor que apunta y define las diversas funciones que deben cumplir los jueces que intervienen en las distintas instancias de un mismo o diferente proceso, sea de primera, de segunda o de única, o eventualmente en la tercera (cuando el sistema procesal acepta la condena confirmatoria, como recurso adicional de garantía para los condenados). Del mismo modo se refiere a la materia que es objeto de instrucción y juzgamiento, de tal forma que si hay intromisión de un funcionario en conflictos que corresponde definir a otro juez en forma privativa, queda afectada la decisión o la actuación de nulidad procesal insaneable. Por ello los códigos procesales señalan en forma pormenorizada de qué conocen los jueces”²⁰.

El factor funcional es la forma de establecer la competencia teniendo en cuenta la función, la tarea u oficio que desempeñan los jueces para resolver un problema jurídico, según la adscripción legal que le otorgue el legislador. También cobija la distribución vertical o jerárquica del trabajo, entre

²⁰ GIUSEPPE, Chiovenda. *Curso de Derecho Procesal Civil*. México: Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1995. p. 294.

quienes administran justicia, según sean jueces de primera instancia (*a quo*, hasta cierto momento), de segunda (*ad quem*, desde cierto momento); así como a las categorías para efectos de resolver recursos, indicando quién o quiénes deben resolverlos, por ejemplo, apelación, casación, revisión, anulación, y cuál es el ámbito y marco de su decisión. Este factor permite inferir quien es el superior jerárquico investido de las atribuciones de revisar una decisión jurídica de un juez inferior. En estas hipótesis, obsérvese, las funciones de los jueces no son iguales sino diferenciadas por cuanto se encomienda según los grados, al de primera instancia resolver las pretensiones introductorias y los hechos que las soportan, y aquello que corresponde al de segunda por virtud de la pretensión impugnativa en la alzada porque el factor se refiere a las funciones que desempeña un juez y que debe cumplir en un proceso y a la distribución de tareas y límites para resolver. Corresponde a la atribución o la asignación de facultades para atender determinadas cuestiones en una especialidad en las diferentes instituciones o grados.

Por ello, igualmente se relaciona con el objeto jurídico sobre el cual versa la instrucción y juzgamiento que debe realizar cada juez de tal manera que aparece como un límite a la autonomía e independencia de que goza un fallador. En este sentido, un mismo proceso no puede ser conocido por diferentes funcionarios o especialidades a la vez, porque la competencia funcional de cada uno es únicamente la señalada por ley para las funciones que deba cumplir, de tal manera que una es la tarea del juez en la primera instancia cuyo radio funcional y marco lo constituyen la demanda, la contestación, las excepciones, llamamientos, etc.; mientras que el de segunda instancia debe concentrarse en la demanda impugnativa o a los aspectos o reparos propuestos o insertos en la apelación y, como corolario, su función no puede rebasar las fronteras demarcadas

por la pretensión impugnatoria porque las funciones de los jueces en los procesos no son la mismas, resultando diferente lo que hace cada juez.

Esto significa, que tanto la congruencia como la prohibición de la *reformatio in peius*, constituyen principios ligados íntimamente con la competencia funcional por cuanto el juez no puede infringir la simetría o congruencia que regula la construcción de la sentencia o de la providencia judicial porque desborda la competencia que las partes y el propio Estado entregan a los jueces. Al mismo tiempo, cuando se surte la apelación no puede infringirse el principio de la *reformatio in peius* en contra del único apelante, salvo en los casos expresamente autorizados por ley para resolver por fuera, o más allá de lo pedido o recurrido (familia, laboral etc.).

El análisis que presenta la sentencia de la que me aparto al ver tanto la congruencia como la *reformatio in peius* como fenómenos “*esencialmente distintos*”, que no tengan “(...) *nada que ver*” o que sean “*institutos procesales de distinta naturaleza y finalidad*” a la competencia funcional, ni que engendren “(...) *nulidad por el factor funcional*” desconoce la verdadera razón y sustancia que edifica este factor. Tampoco puede colegirse que el factor esté determinado únicamente al comienzo de la controversia como lo señala la sentencia, porque permanentemente en las diferentes fases procesales puede aparecer su menoscabo e infracción con efectos invalidantes; así por ejemplo, el interés para formular el recurso de casación no está determinado ni materializado desde el comienzo del juicio, porque su formulación únicamente deviene eventual, si ulteriormente se cometen yerros de índole funcional (causal quinta), o de otra naturaleza. La tesis de tan tajante exclusión resulta insostenible, basta uno que otro ejemplo: Si un Tribunal

Superior concede el recurso de casación y el mismo ente judicial lo tramita y decide, en el ordenamiento patrio, no puede decirse que se haya incurrido en un vicio de competencia funcional *ab initio* del juicio, *sino* que acaece o surge en sus postrimerías. Otro tanto, podría decirse si un tribunal de arbitramento recibe la interposición del recurso de anulación al propio laudo y pasa directa e inmediatamente tramitarlo y a resolverlo.

Tampoco es cierto que la incongruencia y el principio negativo de la *reformatio in peius*, constituyan yerros de fondo propiamente del litigio, porque el primero es un problema en la construcción de la decisión por falta de simetría entre la demanda, su reforma y la contestación, en relación con las pretensiones y las excepciones al momento de resolver el asunto, que como vicio procesal se arraigan en la sentencia, e inciden y se relacionan directa y causalmente en el factor funcional de la competencia porque afectan los puntos materia de la decisión.

No basta que ese sea el juez competente para fallar porque la ley le asigna el conocimiento de la primera o de la segunda instancia, la casación, la revisión o el exequátur, etc., que es sometido a su consideración o juzgamiento. La competencia funcional no se refiere únicamente al sujeto singular o plural que debe juzgar un determinado asunto, sino también al continente o contenido de la controversia que debe resolver; apunta también a la cuestión o problema jurídico que válidamente ese juez como atribución legal deba juzgar; es decir, ata también el continente, la materia, el asunto u objeto jurídico dentro de cuyas fronteras o límites le compete legítimamente resolver, prédica que también cobija cuando decide con gravamen perjudicando al único recurrente, porque así sea el juez competente para la instancia o recurso, adultera o se

extralimita en aquéllo cuanto le corresponde o se le atribuye sentenciar.

En otras palabras, hay circunstancias sobrevinientes que el juez o tribunal no están llamados a conocer en forma absoluta, sino dentro de los límites impuestos por el ordenamiento, por razones de incongruencia, por ejemplo, o de la no reforma en perjuicio, cuestiones que como se sabe no se materializan desde el comienzo.

7. La incompetencia funcional. Vicio insaneable y nulidad de la sentencia

Este defecto surge cuando el sentenciador se pronuncia sobre materia diferente, un hecho, una pretensión, una excepción por fuera de la esfera y función juzgadora prevista, según los factores de competencia de cada juez, distorsionando la pretensión y el modelo institucional procesal y la norma de orden público que le asigna el asunto o las facultades juzgadoras, la materia o función determinada por ley como competencia suya para decidir. La irregularidad no permite saneamiento, porque el juez, dispensa en la sentencia una solución por fuera de su resorte funcional o al margen de ella, en forma asimétrica o incongruente. Si se trata de juzgamiento de segunda instancia, excede el marco de la solución o de los puntos concretos materia de juzgamiento, así constituya un problema de *reformatio in peius*.

Sobre el tema, la Corporación, recientemente, expuso como la competencia obedece a la:

“(...) necesidad de repartir la labor judicial -bien por razones de interés público o privado, por economía funcional, por presunciones de mayor o menor idoneidad profesional de los dispensadores de justicia, por facilidad probatoria, etc.- determina la competencia, que viene a

constituir la aptitud que la ley reconoce en un juez o tribunal para ejercer la jurisdicción con respecto a una determinada categoría de asuntos o durante determinada etapa del proceso.- De ahí que se diga que la competencia es la ‘medida’ de la jurisdicción (Mattiolo).

“Es sabido que la competencia se clasifica sobre la base de cinco factores fundamentales: el objetivo, el subjetivo, el territorial, el funcional y el de conexión. En virtud del factor funcional en estricto sentido, que es el que aquí interesa, el legislador toma en cuenta la diversa índole de las funciones que deben cumplir los jueces que intervienen en las distintas instancias de un mismo proceso (competencia por grados), de modo que habrá jueces de primera y de segunda instancia; pero se sabe además que el Código de Procedimiento Civil Colombiano aplica el factor funcional según la clase de función que el juez desempeña en un proceso, distinta del grado, y así por ejemplo tiene la Corte competencia funcional para conocer del recurso de casación o de revisión” (fallo de 26 de junio de 2003, exp. 7050).

“Ahora bien, la “competencia funcional” según la doctrina especializada, (...) está determinada por aquel conjunto de funciones, actividades y poderes, que corresponden a determinado órgano judicial, personificado por determinado sujeto. Según cierto concepto, la competencia funcional se da cuando distintos órganos jurisdiccionales están llamados a conocer de la misma causa en estadios y fases sucesivas del mismo proceso. En este sentido suele hablarse de una competencia por grados, o bien, en las relaciones entre cognición y realización de los intereses tutelados por el derecho objetivo, de una competencia funcional, respecto a la ejecución, en contraposición con una competencia respecto a la cognición del derecho”. (Ugo Rocco, Tratado de Derecho Procesal Civil, Ed. Temis y Depalma, Bogotá y Buenos Aires, 1970, tomo II, pág. 42)”²¹.

En este mismo sentido ya, la Sala de Casación, había expresado:

“(...) con relación al límite objetivo referente a la extensión de la decisión jurisdiccional, debe tenerse presente que si la parte señaló el sendero por el que, a su turno trazó la “causa petendi”, génesis de la pretensión, a través de la utilización de determinada vía sustancial, las consideraciones jurídicas del juzgador no pueden desbordar ese camino seleccionado libre y soberanamente –con independencia de su real pertinencia- por el litigante, no obstante que aquel, en desarrollo de su celeberrimo principio de “iura novit curia”, podrá suplir o colmar determinados vacíos o yerros, eso sí, sin variar o distorsionar el contenido medular de lo pretendido por las partes, valga la reiteración, o lo que es lo mismo, sin desatender el axioma de la congruencia. Al fin y al cabo, la tarea judicial es reglada y, por contera, limitada, no sólo por obra de la ley, sino también con arreglo al pedimento de las partes, concretamente del actor, artífice señero del marco dentro del cual, “a posteriori”, deberá el fallador inscribir su resolución”²².

La frecuente incursión en defectos procesales y sustanciales que afectan el debido proceso constitutivo de

²¹ COLOMBIA. CSJ Sala de Casación Civil- Sentencia de casación del 26 de julio de 2013. Exp. N° 05001-31-03-009-2004-00263-01, M.P. Dra. Ruth Marina Díaz Rueda. p. 27 a 31.

²² COLOMBIA. CSJ Sala de Casación Civil- Sentencia 4 de septiembre de 2000. Exp No 5602. M.P. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. p. 16 a 17.

incompetencia funcional, ha permitido a las partes edificar cargos por vía de la causal quinta de casación y a la Sala, hallarlos prósperos al “*Haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 140, siempre que no se hubiere saneado*”. Y en materia de revisión es la causal 8 la última ratio procesal para denunciar la incompetencia funcional.

No solamente, aquéllas decisiones que *ab initio* he citado, gestaron la doctrina de la competencia funcional como motivo invalidante de la decisión, cuando el vicio surge en la propia sentencia. Hay otro grueso de decisiones de similar calado, donde la Corte ha sostenido, que situaciones como la descrita en la que es objeto de revisión, constituyen, sin dilación, causal de nulidad insaneable cuando se atenta contra el factor funcional de modo que se produce, sin tapujos, la invalidación de la decisión, y en todas estas hipótesis el único mecanismo idóneo para denunciar el error judicial respectivo y restablecer el derecho resulta ser el recurso de revisión.

Por ello, nuevamente insisto, la sentencia de la que me separo, afrenta el derecho fundamental de tutela judicial efectiva, porque separa lo inseparable: competencia funcional, congruencia y *reformatio y peius*; para señalar y adoctrinar, además erróneamente, que cuando la nulidad se presenta en la sentencia, el camino correcto es denunciar el yerro por vía de la incongruencia o de la adulteración de la *reformatio in peius*, mediante el recurso de casación. Esa nueva doctrina es inaceptable porque de tajo desconoce la excepcionalidad del recurso de casación, el cual, por su naturaleza política y de coherencia del sistema jurídico está restringido a un número determinado de decisiones susceptibles de esa impugnación. De tal modo que todo el cúmulo grande de decisiones que no son objeto de casación, y que contengan el yerro analizado, los

justiciables carecerán de un instrumento para reclamar sus derechos y denunciar la injusticia. Es la revisión el recurso idóneo que por su universalidad procede contra toda sentencia en esos casos; empero, la nueva doctrina impide que esos vicios se judicialicen por el sendero de la causal 8 de revisión prevista en el derogado C. de P. C. y en el nuevo C. G. del P. La decisión entonces, inhuma una doctrina garantista, para dar lugar a la injusticia. ¿Qué decir ante la presencia de estos quebrantos, en las sentencias de única instancia que constituyen los más numerosos fallos para las mayorías de nuestro país? So pretexto de un extremado tecnicismo procesal se ofende el derecho fundamental de acceso a la justicia.

Memoro otras decisiones de esta Corte, que apostaron por un garantismo judicial dinámico, pero que por fuerza de una interpretación equívoca, con la presente decisión se abandona, dejando ejecutoriadas decisiones judiciales injustas.

La sentencia de 26 de junio de 2003, con ponencia del Dr. Jorge Santos Ballesteros, en el proceso ordinario adelantado por Raúl Vernaza Garcés contra el Banco del Estado sucursal Popayán. Al pleito fue llamado en garantía al Banco de la República, con asidero en la negación del redescuento del crédito en términos de la Ley 132 de 1985, por parte de las entidades financieras, situación que condujo a la entrega de un inmueble en dación en pago. El Juez de primera instancia, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación de refinanciar conforme a la Ley 132 de 1985, así como la de falta de legitimación en causa del demandante. Apelado el fallo por la promotora del litigio, el Tribunal desató el recurso, revocando la sentencia de primer grado, concediendo las pretensiones de la demanda.

El Banco de la República, llamado en garantía interpuso recurso de casación, con fundamento en la causal quinta del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, aduciendo nulidad de conformidad al numeral segundo del precepto 140 del mismo Estatuto, fincando su impugnación en que el juez colegiado usurpó la competencia al condenar al Banco de la República. El casacionista argumentó:

“(...) si en un proceso con llamamiento en garantía el demandante recurre en apelación contra la sentencia que absuelve al demandado, su interés como apelante queda estrictamente reducido y limitado a lo resuelto y decidido acerca de las pretensiones de su demanda. Vale aclarar y precisar que como en la hipótesis en referencia la cuestión planteada en el llamamiento en garantía es absolutamente irrelevante y ajena al interés jurídico del demandante recurrente en apelación, queda en consecuencia fuera de los alcances del recurso de alzada y correlativamente de la competencia del juzgador de segunda instancia. En ese evento, por consiguiente, la situación en que la sentencia apelada ha colocado al tercero llamado en garantía, que es la arriba señalada, está destinada a quedar en firme y a que quede también procesalmente agotada toda actuación sobre la misma, salvo el caso, claro está de que el demandado llamante, ante la perspectiva eventual de que el superior revoque la decisión de primera instancia y resurja con ello su interés en el llamamiento, apele o adhiera a la apelación del demandante, y cautele preventivamente, de ese modo, aquel interés eventual.

“Como el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil determina que el Tribunal en la apelación “no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso”, dice el recurrente que el Tribunal no tiene competencia para estudiar la situación de terceros ajenos al recurso, como en este caso”²³.

La Corte analizando el problema propuesto, consideró:

“1. A juicio del recurrente, como el demandante fue el único que apeló y él dirigió su pretensión contra el demandado Banco del Estado, la relación jurídico procesal a la cual debía limitarse el Tribunal en la apelación era a ésa formada entre el demandante y el aludido Banco, de modo que no podía incluir de ninguna manera al Banco de la República, llamado en garantía, salvo que el llamante, esto es, el BANCO DEL ESTADO, hubiese apelado en forma precautelativa.

“Y como al dictar sentencia incompleta ordenó al juez a quo que la terminara le trasladó esa función indelegable, inventándose además el procedimiento. En los dos primeros casos la nulidad impetrada tiene su apoyo en el numeral segundo del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil (falta de competencia), solo que, en relación con el primer motivo la órbita de competencia funcional del Tribunal ha de buscarse en el artículo 357 ibídem, al paso que en el segundo motivo,

²³ COLOMBIA. C.S.J Sala de Casación Civil- Sentencia de casación del 26 de junio de 2003. Exp. No 7058 M.P. Dr. Jorge Santos Ballesteros.

el recurrente la hace residir en que ese desprendimiento de la función del Tribunal hace nula “la actuación procesal surtida desde ese momento en adelante”. Ya en el tercer motivo, también enfocado en esa actuación procesal, el recurrente lo fundamenta en el numeral cuarto del artículo 140 (nulidad del proceso por haberse tramitado la demanda por proceso diferente al que corresponde).

“2. La necesidad de repartir la labor judicial -bien por razones de interés público o privado, por economía funcional, por presunciones de mayor o menor idoneidad profesional de los dispensadores de justicia, por facilidad probatoria, etc.- determina la competencia, que viene a constituir la aptitud que la ley reconoce en un juez o tribunal para ejercer la jurisdicción con respecto a una determinada categoría de asuntos o durante determinada etapa del proceso De ahí que se diga que la competencia es la “medida” de la jurisdicción (Mattiolo).

“Es sabido que la competencia se clasifica sobre la base de cinco factores fundamentales: el objetivo, el subjetivo, el territorial, el funcional y el de conexión. En virtud del factor funcional en estricto sentido, que es el que aquí interesa, el legislador toma en cuenta la diversa índole de las funciones que deben cumplir los jueces que intervienen en las distintas instancias de un mismo proceso (competencia por grados), de modo que habrá jueces de primera y de segunda instancia; pero se sabe además que el Código de Procedimiento Civil Colombiano aplica el factor funcional según la clase de función que el juez desempeña en un proceso, distinta del grado, y así por ejemplo tiene la Corte competencia funcional para conocer del recurso de casación o de revisión.

“En relación con la competencia del Tribunal como juez ad quem o de segunda instancia en el conocimiento del proceso en virtud de apelación de la sentencia, es el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil el que señala la órbita de la misma, al indicar que “la 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 del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente ligados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”. De lo que se sigue que son dos las limitantes del Tribunal: en primer lugar, la materia sobre la que versa el estudio del Tribunal la puede circunscribir el recurrente a precisas materias, de modo que sólo sobre ellas habrá de pronunciarse el ad quem; y en segundo lugar la sentencia no puede ser reformada por el Tribunal en perjuicio del apelante único (reformatio in peius).

“Sin embargo, si ambas partes apelaron o la que no lo hizo adhirió al recurso, o si es indispensable la reforma de un punto no impugnado por estar él ligado de modo íntimo con otro que ha de ser modificado, el Tribunal tiene competencia para modificar el punto o, en el primer evento, para conocer de modo panorámico el proceso. Sobre esto dijo la Corte recientemente: “Este recurso al no ser limitado expresa o implícitamente por sus proponentes, a determinadas resoluciones del fallo, otorgaba al órgano jurisdiccional de segundo grado, amplia facultad para revisar la resolución judicial apelada en todo aquello que agraviase sus intereses, sin otra restricción que la resultante de la prohibición de reformar en perjuicio del apelante único, pues al tenor del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, el recurso de apelación debe considerarse interpuesto en tal extensión, es decir, en

lo que desfavorezca al impugnante, pues esa es la regla que se aviene no sólo con el interés, sino con la personalidad del recurso” (Sentencia de Casación Civil 020 del 24 de febrero de 2003 Exp 6610).

“3. En punto del llamamiento en garantía, de tiempo atrás la Corte ha señalado, a tono además con claras pautas doctrinales, que se trata en el fondo de una acumulación de procesos, dado que el demandante entabla uno contra el demandado y éste emprende otro contra un tercero, sólo que ahí mismo, en ese primer proceso, por razón de existir ley o contrato que le permite exigir a ese tercero la indemnización del perjuicio que la resolución de esa litis le irroge o el reembolso total o parcial del pago que en tal virtud deba hacer. Se ha dicho por la Corte, en efecto, que “se produce un evento de acoplamiento o reunión de una causa litigiosa principal con otra de garantía que le es colateral, dando lugar a una modalidad acumulativa cuyos alcances precisa el Art. 57 del C. de P.C de modo tal que, ‘...una vez concluida la tramitación del proceso y aunque el garante no se haya apersonado en él, el juez proferirá su decisión estudiando en primer término la relación sustancial existente entre demandante y demandado, y si encuentra que las pretensiones de aquél están llamadas a prosperar, procederá entonces a considerar las del segundo con el garante ...’(G.J, t.CLII, pág. 147).”(Sentencia 064 del 12 de julio de 1995 Exp 4439).

“La aplicación de los anteriores asertos al caso presente permite deducir con facilidad que en esa particular acumulación de procesos que implicó el llamamiento en garantía que el BANCO DEL ESTADO (demandado por Vernaza) le hizo al BANCO DE LA REPÚBLICA (demandado por el Banco del Estado), el Tribunal, ante apelación del demandante Vernaza, asumió la competencia para conocer de ese proceso todo, en toda su dimensión, esto es, de las dos causas acumuladas, sobre las cuales debía decidir, dado que la primera fallada adversamente al apelante impulsaba a la segunda, que está condicionada por aquella. Podía haber decidido condenando al BANCO DEL ESTADO, y entonces afloraba sin duda la razón del llamamiento (esto es, que el BANCO DE LA REPÚBLICA le garantizara al del Estado el pago de los perjuicios que debía éste hacer al demandante) y por tanto debía el Tribunal entrar a analizar si tenía derecho legal o contractual el BANCO DEL ESTADO para ser indemnizado del BANCO DE LA REPÚBLICA. O podía decidirse que se absolvía al BANCO DEL ESTADO, en cuyo caso era claro que no se daba el presupuesto para abordar el estudio del llamamiento, pero no por falta de competencia, pues ya se vio que sí la tiene, sino por simple sustracción de materia, dado que la prosperidad de ese llamamiento en garantía estaba sujeto, a más de otras condiciones subsiguientes, a que la causa principal fuese adversa al garantizado, presupuesto legal éste para el estudio de la relación sustancial colateral que el demandado y condenado invoca contra su garante.

“Por lo demás, imponer al BANCO DEL ESTADO, como lo sugiere la censura, la carga de interponer apelación para el evento de resultar condenado en la segunda instancia, so pena de ver frustrado su llamamiento, no se aviene con el principio general que se predica de todo recurso y en general de toda impugnación: sin interés no hay recursos, principio consagrado en el inciso segundo del artículo 350 del C. de P.C.(“ podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia”). Y ese interés no puede ser eventual, hipotético o precautelativo como lo tilda la censura, sino real, concreto y actual, traducido en el perjuicio que la sentencia le irroga al demandado. Es claro que una sentencia totalmente absolutoria para el

BANCO DEL ESTADO no le irroga a éste perjuicio alguno. Ni, para apelar, podría aducir siquiera un interés académico sustentado en su discrepancia de las razones del Tribunal para la absolución.

“En cuanto al segundo motivo de nulidad consistente en haber delegado en el a quo el proferimiento de la sentencia, resulta claro -a pesar del exótico trámite que se llevó a cabo-, que a fin de cuentas, como ya se dijo en este fallo, el Tribunal vino a asumir como propia la decisión de la condena en concreto que el juez había adoptado, de lo que se sigue que se debe tener al Tribunal y no al juez (con todo y lo ilegal que puede parecer ese procedimiento del Tribunal) como autor tanto de la sentencia complementada como de la complementaria, en lo cual no hay sino un solo fallo, proferido en dos tiempos distintos, el segundo de los cuales precedido de un trámite espurio. El tercer motivo de nulidad que aduce el recurrente recae en ese anómalo procedimiento que ordenó el Tribunal a partir de su sentencia de 1994, correspondiente a un trámite no previsto en la ley tendiente a la liquidación concreta de la condena a cargo del BANCO DE LA REPÚBLICA.

“Pero ese específico trámite no puede subsumirse en la causal de nulidad contenida en el numeral cuarto del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, de cuya lectura desprevenida se deduce su inaplicabilidad al caso. Porque si el motivo de nulidad del proceso consagrado en ese precepto estriba en que “la demanda se tramite por proceso diferente al que corresponde”, salta a la vista que en el caso de estos autos no fue la demanda la que recibió el trámite singular a que aquí se ha hecho referencia, sino la concreción de los perjuicios a que fue condenado el Banco. Por lo demás, es lo que la Corte siempre ha venido afirmando: “La causal de nulidad contemplada en el numeral 4º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, se configura cuando se tramita la demanda por proceso diferente al que corresponde, nulidad que encuentra su fundamento en el artículo 29 de la Constitución: ‘nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio’; no obstante, ‘el motivo de nulidad previsto en la norma transcrita no puede hallarse sino en los casos en que, para su composición por la justicia, un conflicto de intereses se somete a procedimiento distinto del indicado por la ley para él, como cuando, debiéndosele imprimir el trámite ordinario se lo hace transitar por el sendero del abreviado o del especial, en todo o en parte; o cuando, siendo de una de estas dos clases, se tramita indistintamente por una o por la otra vía, o se acude a las formas esquemáticas del proceso ordinario’ (sent. 19 noviembre 1973. G. J. CXLVII, pág. 115).

“En orden a precisar el campo de acción de la referida causal, posteriormente esta corporación apuntó: ‘no hay cambio de procedimiento adecuado cuando se omite una etapa del mismo, cuando se altera el orden de los actos procesales que deben cumplirse, cuando se deja de ordenar un traslado, cuando no se abre un incidente, cuando se deja de tramitar una tacha de falsedad etc. Mientras el procedimiento adecuado no sea íntegramente sustituido por otro procedimiento (el verbal por el ordinario, este por el abreviado, o aquél por éste o por el ordinario, o el abreviado por éste o por el verbal), entonces no se dará la causal cuarta del artículo 152 -hoy 140’. (Sent. 20 de noviembre de 1980, G. J. t. CLXVI, pág. 227)”.

*(Sentencia de Casación Civil 218 del 14 de noviembre de 2000 Exp. 6281)*²⁴.

Recientemente en decisión de casación el 30 de junio de 2015, en el proceso ordinario de Francisco Luis Almonacid Urrego contra Elizabeth Pachón de Velandia, Jeimy Elizabeth y Raúl Andrés Velandia Pachón, con motivo del negocio jurídico comprendido en la Escritura Pública 595 de 24 de junio de 1999, de la Notaria Única de Funza, donde Manuel Almonacid vende el predio El Milagro a los demandados, cuando en realidad se efectuó una permuta, razón por la cual se solicitó la declaración de inexistencia de la enajenación, el Juez de primera instancia, denegó las pretensiones de la demanda; apelado el fallo por la parte gestora, la Sala Civil del Tribunal de Descongestión de Bogotá, confirmó la decisión de primer grado.

La parte demandante, interpuso recurso extraordinario de casación, con fundamento en la causal quinta del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, por haberse incurrido en la nulidad consagrada en el numeral 2 del canon 140 *ibídem*, expuso el recurrente que la decisión de segundo grado, estaba viciada de nulidad, al haber sido proferida por un juzgador diferente al que inicialmente avocó conocimiento, sin auto remisorio del primer Magistrado sustanciador, ni manifestación del Magistrado de descongestión que recibió la actuación, coligiendo una falta de competencia funcional.

La Sala de Casación Civil, razonó:

“(...) 5.- La «competencia», que define el DRAE como la «atribución legítima a un juez u otra autoridad para el conocimiento o resolución de un asunto», es la respuesta a la necesidad de los asociados de saber dónde encontrarán solución sus conflictos, ya sea en consideración a su naturaleza, localización geográfica, cuantía u otros factores determinantes, así terminen concurriendo o excluyéndose entre ellos.

²⁴ COLOMBIA. C.S.J Sala de Casación Civil- Sentencia de casación del 26 de junio de 2003. Exp. No 7058 M.P. Dr. Jorge Santos Ballesteros.

“Si está vinculada al campo funcional, de que tratan los artículos 25 al 28 ejúsdem, se circunscribe a la asignación de facultades para atender cuestiones de cierta relevancia, como corresponde a los recursos extraordinarios de revisión y casación, así como las solicitudes de exequátur, o fungir como superior jerárquico dentro de una misma especialidad.

“La Corporación se pronunció sobre el particular en SC de 26 jun. 2003, rad. 7058, citada en SC 26 jul. 2013, rad. 2004-00263 y SC4809-2014, resaltando como

“[l]a necesidad de repartir la labor judicial -bien por razones de interés público o privado, por economía funcional, por presunciones de mayor o menor idoneidad profesional de los dispensadores de justicia, por facilidad probatoria, etc.- determina la competencia, que viene a constituir la aptitud que la ley reconoce en un juez o tribunal para ejercer la jurisdicción con respecto a una determinada categoría de asuntos o durante determinada etapa del proceso. De ahí que se diga que la competencia es la “medida” de la jurisdicción (Mattirolo) (...). Es sabido que la competencia se clasifica sobre la base de cinco factores fundamentales: el objetivo, el subjetivo, el territorial, el funcional y el de conexión. En virtud del factor funcional en estricto sentido, que es el que aquí interesa, el legislador toma en cuenta la diversa índole de las funciones que deben cumplir los jueces que intervienen en las distintas instancias de un mismo proceso (competencia por grados), de modo que habrá jueces de primera y de segunda instancia; pero se sabe además que el Código de Procedimiento Civil Colombiano aplica el factor funcional según la clase de función que el juez desempeña en un proceso, distinta del grado, y así por ejemplo tiene la Corte competencia funcional para conocer del recurso de casación o de revisión.

“La intromisión de un funcionario en conflictos que corresponde definir a otro de manera privativa, invadiendo su «competencia funcional», configura el segundo evento de anulación del referido artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, sin que sea saneable a la luz del inciso final del 144 ibídem.

“La ocurrencia de tal arbitrariedad o desvío constituye razón suficiente para invalidar lo actuado, con el propósito de tomar los correctivos necesarios.

“En SC17175-2014, dijo la Corporación que

“(...) el ejercicio monopolístico del Estado respecto de la resolución de los conflictos surgidos, impuso la creación de toda una organización o sistema judicial que pudiera satisfacer ese compromiso institucional. Dentro de dicha concepción, devino la necesidad de crear jueces en las diferentes especialidades o eventos litigiosos, de igual categoría y en número apropiado para atender la demanda de justicia; así mismo, funcionarios que cumplieran actividades de conocimiento, juzgamiento, ejecución, segunda instancia y, recursos extraordinarios. Desde luego, todo ello en función de realizar una distribución apropiada de la carga laboral. Esa particular circunstancia libera, en función de materializar aquel objetivo, el concepto de competencia, que no es otra cosa que la facultad asignada a cada juzgador para conocer de una determinada controversia.

“(...).

“En ese orden, cuando el juez asume el conocimiento de un asunto sin que le esté atribuido por la ley; cuando avoca una función que a otro le compete, transgrede una regla de orden público en cuanto que todo asunto relativo a la competencia o potestad para resolver un determinado conflicto es un tema, por excelencia, restringido a la normatividad vigente. Tal proceder, bajo dichas características, aparece censurado por la propia ley, hoy vigente, siendo la nulidad de lo actuado por el agente que ha usurpado funciones, parcial o total, la consecuencia prevista, salvo las excepciones que la misma normatividad contempla (arts. 144 y ss. C. de P.C.), es decir, las actuaciones cumplidas deben rehacerse observando, con sumo rigor, lo regulado en las disposiciones pertinentes sobre el juez natural de la causa litigiosa.

“6.- La Constitución Política de 1991, en sus artículos 254 al 257, estableció el Consejo Superior de la Judicatura como parte integrante de la Rama Judicial, con atribuciones para administrar la «carrera judicial», lo que comprende «fijar la división del territorio para efectos judiciales y ubicar y redistribuir los despachos judiciales», así como «crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la administración de justicia».

“(…) 8.- No prospera el ataque porque la manera como se produjo el fallo del ad quem está lejos de configurar la falta de «competencia funcional» que acusa el censor.

Es así como el cambio de Tribunal no fue caprichoso ni abusivo, sino el producto de la aplicación de medidas de descongestión tomadas por el organismo integrante de la Rama Judicial facultado para hacerlo”²⁵.

Esa doctrina, como se infiere de los trasuntos jurisprudenciales presentados se halla vaciada en forma coherente indistintamente en decisiones de casación y de revisión, porque la Sala no es propiamente juez de instancia, sino órgano límite en lo civil, lo agrario, la familia, lo mercantil y cuestiones conexas. Se ha desarrollado en casación también por cuanto la causal 8 de revisión exige que contra la sentencia no proceda recurso alguno; de tal modo, que si el vicio de incompetencia funcional nace en la sentencia y el asunto admite casación, quien pretenda acudir en revisión debe previamente haber agotado el juicio casacional. Esto explica, porque también la doctrina en cuestión aparece desarrollada y expuesta en sentencias de casación, y por tanto, no debe representar sorpresa alguna, ni motivo para hacer *tabula rasa* de ella.

²⁵ COLOMBIA. C.S.J Sala de Casación Civil- Sentencia de casación del 30 de noviembre de 2015. Exp. No. 25286-31-03-001-2007-00335-01, M.P. Dr. Fernando Giraldo Gutiérrez.

8. Motivos para no rectificar la doctrina hasta entonces vigente

En la providencia de la cual me aparto, la mayoría de la Sala y los honorables conjuces del caso, tomaron la senda errada de rectificar la doctrina de esta Corte frente a la interpretación de la competencia funcional como causal de nulidad generada en la sentencia. De este modo, se declaró infundado el recurso extraordinario, no obstante, la existencia de la evidente nulidad de la providencia que confirmó la decisión de primer grado.

Señala la providencia aprobada por la mayoría, que competencia funcional es un evento jurídico divergente, a los fenómenos cuando el fallador extiende su decisión a puntos que no fueron materia de inconformidad por parte del recurrente incurriendo en yerros sobre el fondo del proceso. Además, resalta que dicha tesis solamente ha sido válida en decisiones de casación.

Sienta como premisa que la extralimitación del juez al dirimir esta decisión el recurso formulado no transgrede la competencia funcional atribuida al juzgador en las hipótesis de incongruencia y de prohibición de la *reformatio in peius*. Infiere que la doctrina de la Sala es errónea, toda vez que la misma, se centra en las restricciones que se tienen para resolver la alzada, como suceso que surge solamente en el escenario de la decisión que pone fin al litigio, y por tanto, no se puede aducir que florezca al momento de iniciar el proceso.

Al señalar las características de la competencia funcional, se expuso la inseparable relación entre este factor, la

incongruencia y la *reformatio in peius*; en consecuencia, no son motivos apartados o incomunicados ni menos contrarios. La gran mayoría de las hipótesis de incongruencia derivan en vicios de competencia funcional, porque se desborda la pretensión inicial o la pretensión impugnatoria, como acontece en el asunto propuesto en la sentencia objeto de revisión.

También se dejó sentado, que casos como el presente no pueden decidirse por vía del recurso de casación, porque el vicio procesal puede anidar en cualquier tipo de sentencia y no todas admiten o son susceptibles del recurso de casación. Precisamente para la época del fallo impugnado en el asunto debatido la casación en su contra resultaba improcedente.

La tesis desconoce las particularidades del recurso de casación y la universalidad de la revisión contra las sentencias inicuas, aún, contra las de única instancia.

Por consiguiente, la nulidad presente en la sentencia por extralimitación de la competencia funcional, debió prosperar, por cuanto el superior se pronunció respecto de un punto que no tenía nada que ver con el motivo de la impugnación afectando los derechos fundamentales del revisionista y de paso, renunciando injustificadamente a una rigurosa doctrina construida por la Sala.

9. El fondo material de la cuestión no abordado por la sentencia de revisión: ¿El término previsto en el artículo 976 C.C., para el ejercicio de la acción de recuperación de la posesión, es de prescripción o de caducidad?

Como la sentencia declaró infundado el recurso, omitió analizar el fondo del asunto, el fundamento y *quid* directo del error *in procedendo*, constitutivo de la causal 8 de revisión por

carencia de competencia funcional del Tribunal al declarar la caducidad, en la controversia posesoria gobernada exclusivamente por la prescripción y no por la caducidad.

En efecto, el recurrente apeló la providencia de primer grado dictada por el juez de primera instancia al haber declarado oficiosamente la prescripción, centrando la disputa en: a) la interpretación dada por Tribunal al artículo 976²⁶ del Código Civil, y b) en la declaración oficiosa de la prescripción por parte del juez de primera instancia; c) El error del Tribunal al confirmar la decisión de primer grado fundado en la tesis de la caducidad, como instituto que gobernaba la regla 976 del C.C.

Sin duda, el Tribunal desbordó la competencia funcional otorgada por el legislador, al declarar la caducidad del litigio, incurriendo rectamente en un error jurídico, omitiendo decidir el motivo real y concreto de la apelación, el cual se circunscribía a verificar si era procedente la declaración de prescripción de forma oficiosa. Agravó al asimilar el plazo prescriptivo del art. 976 del C.C. como si se tratara de un término de caducidad.

La sentencia materia de revisión, epílogo de la actividad dialéctica elaboró una hermenéutica contraria del artículo 976 del Código Civil, lo cual de paso, lo hizo reo de injusticia, dictando una sentencia viciada de nulidad por incompetencia funcional no saneable, al haber

²⁶ El artículo 976, reza: “Plazos de prescripción. Las acciones que tienen por objeto conservar la posesión, prescriben al cabo de un año completo, contado desde el acto de molestia o embarazo inferido a ella. Las que tienen por objeto recuperarla expiran al cabo de un año completo, contado desde que el poseedor anterior la ha perdido. Si la nueva posesión ha sido violenta o clandestina, se contará este año desde el último acto de violencia, o desde que haya cesado la clandestinidad. Las reglas que sobre la continuación de la posesión se dan en los artículos 778, 779 y 780 se aplican a las acciones posesorias”.

confirmado el decreto oficioso de la prescripción bajo el equívoco manto de la caducidad.

9.1. Don Andrés Bello no fue traductor ni plagiaro del Código de Napoleón, y así dijo, en controversia con Miguel María Güemes. Su espíritu y su creatividad son patentes. Se inspiró en el derecho romano; en las Siete Partidas con las glosas de Gregorio López; en la Novísima Recopilación; en el Fuero Juzgo; en los códigos luisiano, sardo, austríaco, prusiano, siciliano; en la tradición, en las costumbres y lengua de los pueblos sudamericanos; en su genio de humanista. Consultó a Delvincourt, Pothier y Merlin, no desdeñó a Savigny ni a Escriche, leyó a Tapia y a Gómez y se solazó con Molina, Matienzo y Goyena. No recibió a pie juntillas cuanto dice el Código de Francia como muchos creen. Insertó ideas propias con suficiente holgura para vestirlas en distinguido traje. No temió irse solo y desacompañado por algunas regiones del derecho civil para innovar. Hizo un código que apuntaló con los de mayor fama, y se adelantó más de medio siglo al pensamiento francés.

El gran exmagistrado de ésta Sala, Miguel Moreno Jaramillo²⁷, así lo advirtió al expresar su profundo respeto y admiración por la obra de Andrés Bello, que encontró fiel reflejo en el Código Civil chileno y que luego, con ligeras modificaciones, fue incorporada *in íntegram* como ley civil nacional en nuestro país, en 1887. La originalidad del señor Bello, que tanto fascinó al ilustre profesor antioqueño, se vio reflejada en numerosas áreas del Derecho Civil: una de ellas, precisamente, la atinente a la protección de la posesión y sus términos de prescripción.

²⁷ MORENO JARAMILLO, Miguel. Prólogo a la obra de Valerio Botero Isaza intitulada “*Régimen Legal de Aguas*”. Publicado en la Gaceta Judicial Tomo 45. Págs. 207-208.

El Código Civil francés poco se refirió a la tutela, mediante mecanismos judiciales específicos para la posesión: en su redacción original, fragmentarias fueron las normas y dispersas las alusiones que se hicieron respecto de las acciones que el poseedor podría instaurar en aras de recuperar o conservar la posesión de la cosa sobre la cual ejercía un poder de hecho²⁸.

El pensamiento de Bello que, como se dijo, en este punto se apartó del Derecho francés, para complementarlo y perfeccionarlo, se cristalizó en el Código chileno que entrara a regir en 1857²⁹. Dedicó numerosas disposiciones –que en lo sustancial se mantienen aún hoy inalteradas– tendientes a regular cuanto en la doctrina jurídica, se conoce con el nombre de interdictos, cuya finalidad fue y sigue siendo la de conservar o recuperar la posesión perdida o inquietada³⁰.

Con entusiasmo las nacientes Repúblicas procedieron a adoptar sucesivos códigos nacionales inspirados en el chileno. Su fuerza expansiva, sin duda espoleada por la exquisitez en numerosas de sus líneas, alcanzaron en la práctica totalidad del continente americano. No es de extrañar, entonces, que en los Códigos de El Salvador de 1858 (arts. 918-930); del Uruguay de 1868 (arts. 620-637); de Panamá de 1916 (arts. 597-610); o del Brasil de 1916 (art. 523) ya encuentren consagración y sustento normativo los supuestos en los que procede el amparo posesorio, la legitimación y sus presupuestos. Y es muy probable que también sirviese de inspiración para la obra de Dalmacio Vélez Sarfield, el otro gran codificador latinoamericano, plasmada en el Código Civil de la Argentina de 1869 (arts. 2468-2501)³¹.

²⁸ Ver, entre otros: MALAURIE, Philippe/AYNES, Laurent. *Droit Civil. Les Biens*. 2013. Pág. 155.

²⁹ BRAVO LIRA, Bernardino. *La Difusión del Código Civil de Bello en los Países de Derecho Castellano y Portugués*. En: Revista de Estudios Histórico Jurídicos No. 7. 1982. Pág. 71

³⁰ Véanse, específicamente, los artículos 930 a 950 C.C.

³¹ Me refiero, y así debe entenderse, a las acciones posesorias “generales”, que son las que tienen por objeto recobrar o conservar la posesión de la cosa; en contraposición con aquellas que los códigos suelen catalogar como “especiales”, por proceder en supuestos

Nuestro Código Civil, adoptado, en su segunda vigencia, en 1887 como Ley de la República, no se sustrajo a la regla: el artículo 972, luego de determinar el objeto de estas acciones, es complementado por multitud de normas tendientes a definir quién podrá ejercerlas y en qué condiciones (arts. 974 y 975 y 984); contra quién se interponen (art. 983); sobre cuáles derechos se conceden (art. 978); la incidencia del derecho de dominio en estos juicios (art. 979); la prueba de la posesión de los derechos inscritos y no inscritos (arts. 980 y 981); y la procedencia de la indemnización de perjuicios por perturbación o despojo (arts. 977 y 982 y 984).

9.2. La regulación sustantiva y procesal de las acciones posesorias, exhaustiva como lo es, también encontró reflejo en los plazos en los cuales quien se viese turbado o despojado de su posesión puede intentar el amparo.

El artículo 976 C.C. cristalina y fijamente un plazo prescriptivo:

*“Las acciones que tienen por objeto conservar la posesión, **prescriben** al cabo de un año completo, contado desde el acto de molestia o embarazo inferido a ella (...) Las que tienen por objeto recuperarla expiran al cabo de un año completo, contado desde que el poseedor la ha perdido (...) Si la nueva posesión ha sido violenta o clandestina, se contará este año desde el último acto de violencia, o desde que haya cesado la clandestinidad (...)” (resaltado s.n.).*

La norma, a su vez, es complementada por el 2545 C.C., según el cual **“Las prescripciones** de corto tiempo a que están sujetas las acciones especiales que nacen de ciertos actos o contratos, se mencionan en los títulos respectivos, y corren también contra toda persona; salvo que expresamente se establezca otra regla” (*subrayas mías*).

excepcionalísimos y responder –al menos teóricamente– a una dinámica y filosofía diferente a las generales. Consecuente con dicha distinción, nuestro Código Civil les regula en normas separadas: los artículos 972 a 985 para las primeras y los 986 a 1007 para éstas últimas.

Los dos preceptos, complementarios entre sí, históricamente apostaron en forma expresa por imponer como término para proteger o recuperar la posesión, el de prescripción.

Las legislaciones latinoamericanas³² y europeas³³ consagran reglas similares.

9.3. Por supuesto, no puedo ser ingenuo. Se discute si el plazo de un año, contemplado en los artículos 946 y 2545 C.C., corresponde a un término de caducidad o si, por el contrario, es de prescripción³⁴.

La doctrina nacional, en lo tocante, se ha mantenido dividida: para algunos, la mayoría, se trata de un término de prescripción³⁵; para otros, no obstante, es un plazo de caducidad³⁶. Los autores antiguos tienden a utilizar indistintamente ambas locuciones³⁷.

9.4. A pesar de la parquedad con la que los expositores, representantes de la primera postura³⁸, se han referido a los

³² Véanse: artículos 920 y 2524.1 del Código Civil chileno; 2.493 del antiguo Código Civil argentino y 2.564 (literal b) del más reciente; 662 del actual Código Civil uruguayo; 782 y 783 del C.C. de Venezuela de 1982; 1.947 del paraguayo de 1985; 601 del Código Civil de Panamá de 1916; 964 del Código ecuatoriano de 2005.

³³ En España, véanse los artículos 446 y 1.968 C.C., en conjunción con el 439.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000; el 1.168 del Codice italiano de 1942; el 864 del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) alemán; 929 del Código Civil suizo; 2.278 y 2.279 del Code Civil francés, en concordancia con el 1.264 del Code de Procedure Civile; y el 3:125 del Código Civil de Holanda.

³⁴ Son estas dos normas las que regulan, en nuestro Derecho, lo relativo al término para interponer las acciones posesorias generales: ni el Código de Procedimiento Civil de 1971 ni el actual Código General del Proceso traen referencia alguna al respecto.

³⁵ Peña Quiñones, Ernesto. *Curso De Derecho Civil Bienes. Los Derechos Reales Y La Posesión, Tomo II*. 1992. Págs. 162-163; Velásquez Jaramillo. *Luis Guillermo. Bienes*. 2010. Pág. 529; Rodríguez Piñeres, Eduardo. *Derecho Civil Colombiano, Tomo II*. 1990. Pág. 132; Ternera Barrios, Francisco. *Derechos Reales*. 2015. Pág. 456; Ternera Barrios, Francisco. *La Realidad De Los Derechos Reales*. 2007. Pág. 360; Vélez, Fernando. *Estudio Sobre El Derecho Civil Colombiano, Tomo III*. 1926. Págs. 528-530.

³⁶ Medina Pabón, Juan Enrique. *Derecho Civil. Bienes*. 2016. Pág. 773.

³⁷ Véase: Anzola, Nicasio. *Lecciones Elementales De Derecho Civil Colombiano. Curso Primero*. 1918. Pág. 446;

³⁸ Sin embargo, en la obra, *Estudios de Derecho Procesal*, que contiene una compilación de artículos de diferentes procesalistas colombianos, publicada por Jurídica Radar en Bogotá en 1983, se halla un ensayo en las páginas 240 y siguientes, del profesor, Alfredo Azuero Hermida, de los pocos que polemiza coherente y razonadamente del porqué, el precepto 976

plazos contenidos en los artículos citados; no hay duda, como atrás lo anuncié, se trata de un plazo prescriptivo.

10. Otras razones que apalancan la tesis: La regla 976 consigna un término de prescripción

1. Tanto el 976 como el 2545 C.C. son claros en disponer que la acción posesoria (en sus dos vertientes) prescribirá en el término allí mismo indicado. Y, como es bien sabido, allí donde el legislador no distingue al intérprete tampoco le es dado realizar ejercicio hermenéutico alguno en contra, menos uno que contravenga el claro tenor de la ley. Aun cuando un juez tiene la facultad de interpretar la normas, no puede rebasar los límites expuestos en ella de conformidad con el artículo 27 del Código Civil, cuando la norma materia de aplicación no presenta nociones, ni vocablos dudosos u oscuros para su aplicación; por tanto, no es permitido deducir un sentido diferente al señalado allí como de prescripción.

2. La propia arquitectura normativa de las acciones posesorias y, más aún, del fundamento de la posesión y de las razones por las cuales el legislador la protege, únicamente hallan asidero seguro en el contexto de la prescripción.

Dispone el artículo 762 C.C., definitorio de este fenómeno jurídico, que *“La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él (...)”*.

La consecuencia práctica - y quizás la más vigorosa- de la posesión y de los altos valores de utilidad social que encarna

del C.C debe interpretarse como términos constitutivo de caducidad por referirse a plazos para acciones especiales que nacen de ciertos actos y contratos, así como los previstos en otras prescripciones cortas del C.C. colombiano; añadiendo, además, que por no admitir suspensión ni interrupción.

reside en la posibilidad, de que cumplidos los requisitos de ley, se otorgue a quien la ejerce, el título de dominio (2.518 C.C.).

Son numerosas las normas del Código Civil que protegen al individuo que ejerce la posesión sobre las cosas, sin importar si ya cumplido el término para adquirir por el modo de la usucapión. La tutela deviene de la calidad subjetiva de poseedor, consecuencia apenas obvia del ejercicio de la posesión y de la creación de una situación de hecho merecedora de amparo, por hallarse en tránsito la prescripción adquisitiva.

Así, el artículo 762 (inc. 2) le concede a su favor la presunción de propietario, que el *dominus - domini*, en acción reivindicatoria, deberá destruir si pretende que la cosa le sea restituida (arts. 956 y 952); el 792 determina los efectos que tendrá la recuperación de la posesión para quien, injustamente, la perdió; al poseedor regular que está en vías de usucapir se le otorga el ejercicio de la acción publiciana, cuandoquiera que otro poseedor de peor derecho le desconozca o vulnere su situación (art. 951); los artículos 778 y 2521 C.C facultan para sumar las posesiones antecedentes, a efectos de completar el tiempo para intentar la pretensión de prescripción adquisitiva.

Al margen de estas prerrogativas, el ordenamiento privilegió a algunas posesiones por encima de otras. Las posesiones de más de un año, además de estar protegidas por todos los mecanismos y de estar rodeadas de todas las ventajas enunciadas, también son susceptibles de ampararse a través de las acciones posesorias (arts. 974 y 980 C.C.). De este modo, se trata -la anual- y es de ella que nace el *ius ad interdicta adversus omnes*.

La posición especialmente privilegiada de las posesiones anuales, de las que se derivan los interdictos posesorios contemplados en los artículos 972 y siguientes del Código,

explica a su vez, el porqué sea indispensable, para destruirla, demostrar una pretensión más respetable basada, por ejemplo, en la prescripción de la acción que la protege; o en no reunir el requisito de la anualidad respecto del contradictor. De tal manera, una vez acreditada la posesión anual del actor (y por parte de éste), cualquier defensa tendiente a paralizar una acción recuperatoria propiamente dicha deberá ser probada por el demandado que la invoca³⁹.

3. Si ello es así, como en efecto lo es, mal podría interpretarse el término previsto ex artículo 976 como de caducidad: permitir que el juez, de oficio, rechace la demanda por haberse vencido el plazo del año desconoce la totalidad del sistema de protección de la posesión consagrado en el Código Civil y, más aún, contradice la propia filosofía de la institución, así como la concreta alusión del texto en comento a la prescripción misma.

De acuerdo con el artículo 167 del Código General del Proceso: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (...)”*. Las excepciones a este precepto son de aplicación restrictiva y requieren, las más de las veces, de norma expresa que las consagre.

En asuntos de este linaje, admitir la caducidad, comportaría una excepción inadmisibles al principio dispositivo que impregna la totalidad del ordenamiento procesal civil en los juicios interdictales y al principio de la carga de la prueba. Si se acepta jurídicamente viable declararla de oficio, nota distintiva de las caducidades, y se da lugar a la emisión de sentencia anticipada (art. 278 C.G.P.) sin necesidad de alegación ni de acreditación de parte, no hay lugar a exigirle al demandado que

³⁹ BENEDETTI, Julio César. *La Posesión. Teoría y Práctica de su Amparo*. 1978. Pág. 412. Véase, en doctrina colombiana: VÉLEZ, Fernando. *Estudio Sobre el Derecho Civil Colombiano, Tomo III*. 1926. Pág. 520.

la solicite, ni menos que aporte prueba tendiente a acreditar los hechos en los que se funda.

Ahora bien, al no existir, disposición que de manera inequívoca erija a los plazos para interponer las acciones posesorias previéndolos como de caducidad, no puede aplicársele tan rigurosa sanción que excepciona el principio general de carga de la prueba, máxime si la plausibilidad de gobernar la situación de facto con caducidad es anómica y de silencio total en el plexo normativo.

Por el contrario, las disposiciones de los arts. 972 al 1007, son preceptos claros en referirse en forma tajante a la prescripción. La Corte Suprema por medio de la antigua Sala de Negocio Generales, el 23 de noviembre de 1923 en un litigio por cambio de cauce de las aguas del Río Cali, en un asunto relacionado directamente con estas acciones y en donde se propuso la prescripción, declaró sin dilaciones esta excepción perentoria, y ordenó retornar el cauce del Río. Razonó para entonces:

*“La acción de indemnización de perjuicios proveniente de obras ejecutadas en suelo ajeno y de paredes construidas en suelo propio, de que tratan los artículos 986 y 993 del Código Civil, justificada por el mandato del artículo 2341 del mismo Código para el caso de daños ocasionados por culpas y delitos, **“prescribe para siempre”** según expresión del artículo 1007 de la misma obra, “al cabo de un año completo”. Y como las obras de que se trata fueron ejecutadas en el año de 1910, según el escrito de la demanda, y éste fue presentado el diez y seis de mayo de mil novecientos diez y seis, **transcurrió mucho más del tiempo fijado para la prescripción** de la acción de perjuicios”⁴⁰ (realzado es mío).*

La Corte Constitucional colombiana, también ha visto el término del art. 976 del C. C., en el marco de la prescripción:

“(…) la Sala debe señalar que uno de los principales efectos de la posesión es la legitimación del poseedor para obtener por vía judicial la protección de su condición. Entre los mecanismos con los que cuenta⁵,

⁴⁰ COLOMBIA, CSJ., Sala de Negocios Generales, Sent. 23 de noviembre de 1923, GJ. Tomo XXX de junio 25 de 1924, Números 1584 y 1585, p. 359.

*es el principal el ejercicio de las llamadas acciones posesorias. Estas, consagradas en los artículos 972 y siguientes del Código Civil, tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en ellos. Son, pues, acciones judiciales de carácter civil entabladas ante la jurisdicción ordinaria por el poseedor de bienes raíces o de derechos reales constituidos sobre ellos, por causa de perturbaciones o despojos de la posesión material. De allí que se las clasifique en las dos categorías relacionadas, cada una de ellas, con el acto que atenta contra la posesión. Las primeras, que son interdictos de conservación o amparo, están relacionadas con los simples actos de molestia. Las segundas, interdictos de recuperación, son las que tienen lugar cuando hay un acto de despojo. **Unas y otras prescriben** en un término de un (1) año, contado como allí se indica (art. 976)”⁴¹. (Subrayas mías)*

En otra oportunidad, la misma Corporación calificó como término de prescripción, el plazo previsto en el lanzamiento por ocupación de hecho, del Decreto 992 de 1930, reglamentario de la Ley 57 de 1905; recuérdese prescripción definitivamente corta:

“(vii) Prescripción de la acción. Conforme al artículo 15 del Dto. 992/30 la acción administrativa sumaria de lanzamiento prescribe a los treinta (30) días, contados desde el primer acto de ocupación o desde el día en que tuvo conocimiento del hecho el querellante, según el caso”.

Así mismo, en las acciones policivas para el amparo a la posesión o a la mera tenencia, dijo:

“(iv) Prescripción de la acción. Conforme al inciso primero del artículo 976 del Código Civil: “Las acciones que tienen por objeto conservar la posesión, prescriben al cabo de un año completo, contado desde el acto de molestia o embarazo”. Esta disposición se aplica ante la falta de norma sobre el particular en el Código Nacional de Policía, y la ausencia de regulación en el respectivo código local o departamental de policía”⁴².

Y esa referencia expresa a la prescripción en estas acciones en la jurisprudencia hallan asiento también en la Sala de consulta del Consejo de Estado, en concepto sobre estas acciones tanto policivas como judiciales para proteger la posesión y recuperar bienes fiscales aludió expresamente a la

⁴¹ COLOMBIA, CCONST. Sentencia T-751/04, Referencia: expediente T-861850, Acción de tutela instaurada por Mara Bechara de Zuleta contra la Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araújo Rentería, Bogotá, D. C., veintinueve (29) de julio de dos mil cuatro (2004).

⁴² COLOMBIA. C. Const. T- 331 DE 2008, Referencia: expediente T-1.738.086, Acción de tutela interpuesta por Carmelo Alberto Pérez Mejía contra la Inspección Décima de Policía Urbana de Barranquilla. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño, Bogotá, D.C., quince (15) de abril de dos mil ocho (2008).

prescripción, como fenómeno extintivo, al conceptuar sobre la competencia y procesos para recuperar bienes fiscales⁴³.

En el derecho comparado del *civil law*, encontramos legislaciones que ven ese término puntualmente como de prescripción y no de otra forma; por ejemplo, en la Chilena. Claro Solar, intérprete genuino de ese ordenamiento, expone:

“(...) Prescripción de las acciones posesorias 1848.- Las acciones posesorias prescriben en un año. Pasado el año completo sin haberse restituido la cosa por el usurpador, tendría éste la posesión de un año completo que le da derecho a ser amparado en el juicio posesorio, desde que ninguna otra persona podría probar que ha tenido la posesión inmediatamente anterior al despojo; y pasado el año completo desde que se efectuó el acto o actos de turbación sin que se haya repetido, el poseedor que fue por esos actos turbado en su posesión tendría posesión tranquila de un año completo. El año se cuenta, por lo mismo, desde que se efectuó el acto contrario a la posesión.

“Dice el art. 220: “Las acciones que tiene por objeto conservar la posesión, prescriben al cabo de un año completo, contado desde el acto de molestia o embarazo inferido a ella. Las que tiene por objeto recuperar, expiran al cabo de un año completo, contado desde que el poseedor anterior la ha perdido.

“1849.- Hemos visto que en el Derecho romano de la época de Justinianus dentro del año contado desde el acto de turbación o el acto de turbación o el acto de violencia. Si no se promovían dentro del año, estas acciones prescribían.

“Según las leyes españolas existía la prescripción especial de año y día en materia de posesión. Si después de un acto de turbación, pasaba un año y día sin que hubiera existido otro acto de esta clase, el poseedor descansaba en su posesión tranquila de más de un año, y no tenía para qué promover una acción que el hecho había llegado a ser innecesaria contra ese turbador que renunciaba a seguir perturbando al poseedor. Si después de consumado el despojo de la posesión el desposeído dejaba transcurrir el año y día sin instaurar el interdicto restitutorio, el poseedor actual de la cosa objeto del despojo prescribía la posesión y podía por este medio rechazar la acción tardíamente interpuesta, desde que él pasaba a ser poseedor de año y día que podía ejercitar la acción posesoria para conservar su posesión y que el juez tenía, por lo mismo, que amparar. Era de suponer en vista de la inacción del despojado que, o había desistido de la posesión que antes tenía y que perdió por el

⁴³ COLOMBIA. C. E. Santa Fe de Bogotá, veintinueve (29) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995). Consejero Ponente: Doctor *Javier Henao Hidrón*. Radicación número 745.

despojo, o que se había arreglado con el usurpador, autor del despojo.

“Según las leyes francesas las acciones posesorias deben ser entabladas también, so pena de caducidad, en el año de la turbación o de la desposesión; y en el caso de la turbaciones sucesivas, la querrela deducida para la represión de las que han sido cometidas en el año, es admisible aunque los primeros hechos de turbación hayan tenido lugar más de un año antes (133).

“El Código ha mantenido esta prescripción anual de las acciones posesorias del antiguo derecho. Los interdictos son un remedio sumario, de efectos transitorios, para la posesión de los inmuebles o de los derechos reales en ellos; y pasado el año sólo queda al propietario la acción ordinaria reivindicatoria que deberá hacer valer, si lo desea, en juicio petitorio de lato conocimiento.

“1850.- El año de prescripción de la acción posesoria, destinada a conservar la posesión, se cuenta desde el acto de molestia o embarazo inferido a la posesión, si ha sido uno solo, o desde el último acto de molestia o embarazo que ha experimentado el poseedor de parte del turbador”⁴⁴.

En forma equivalente el Código Civil Alemán (BGB),
reglamenta:

“864 Extinción de las pretensiones posesorias

“Una pretensión basada en lo dispuesto en los artículos 861 y 862 se extingue con el transcurso de un año desde la comisión de la privación ilícita, si no se ha hecho valer antes la pretensión mediante la interposición de una demanda. La extinción también se produce si, después de la comisión de la privación ilícita, se constata mediante sentencia firme que a quien la perpetró le corresponde un derecho sobre la cosa, en cuya virtud puede exigir el restablecimiento de un estado posesorio adecuado a su proceder”⁴⁵.

El Código Civil Argentino con mayor claridad plasma
la prescripción:

“Art. 2564. Plazo de prescripción de un año: Prescriben al año:

- a) el reclamo por vicios redhibitorios;*
- b) las acciones posesorias;*
- c) el reclamo contra el constructor por responsabilidad por ruina total o parcial, sea por vicio de construcción, del suelo o de mala calidad de los materiales, siempre que se trate de obras*

⁴⁴ CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Tomo IV. Chile: 1992. p.511 a 513.

⁴⁵ ALEMANIA. *Código Civil Alemán y Ley de Introducción al Código Civil*. Traducción de Lamarca Marqués Albert. Marcial Pons. Madrid: 2008. p. 246 a 247.

destinadas a la larga duración. El plazo se cuenta desde que se produjo la ruina;
d) los reclamos procedentes de cualquier documento endosable o al portador, cuyo plazo comienza a correr desde el día del vencimiento de la obligación;
e) los reclamos a los otros obligados por repetición de lo pago en concepto de alimentos;
f) la acción autónoma de revisión de la cosa juzgada”⁴⁶.

Ahora bien, tratándose de un término de prescripción no podía el Tribunal dar por demostrado el fenómeno extintivo en forma oficiosa, acudiendo fictamente a la caducidad, desconociendo que la prescripción sofoca los derechos (la posesión) del poseedor para reclamar su protección judicial, al paso que la caducidad simplemente extingue o imposibilita ejercer una acción.

Para la jurisprudencia de la Sala, ha sido un imperativo invariable la obligación de invocar la prescripción para que la autoridad judicial pueda declararla, siguiendo la preceptiva 2513 del C.C. *el que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio”.*

La Corte en decisión del 26 de agosto de 1985, M.P. Humberto Murcia Ballén, con plasticidad razonó:

“Bien es cierto que los demandados no propusieron la excepción de caducidad, ni menos la de prescripción al contestar la demanda. Empero, el Tribunal en su sentencia declaró probado oficiosamente aquella y no ésta, que es únicamente la que para reconocer tiene que estar alegada. Precisamente una de las diferencias entre tales dos instituciones jurídicas radica en eso: que la prescripción, para reconocerla judicialmente, tiene que ser invocada por el favorecido con ella, mientras que la caducidad puede y debe ser reconocida oficiosamente por el fallador”⁴⁷.

Posteriormente en sentencia del 29 de septiembre de 1993, M.P. Rafael Romero Sierra, expuso:

⁴⁶ ARGENTINA. Código Civil y Comercial de la Nación. Ed. Lajouane. Buenos Aires: 2015. p. 480.

⁴⁷ COLOMBIA. C.S.J S. C. C. Sentencia de casación del 26 de agosto de 1985. M.P. Dr. Humberto Murcia Ballén. Gaceta Judicial: Tomo CLXXX n.º 2419. p. 325 a 333.

“(...) Sin embargo, la precitada exigencia, si bien se predica respecto de todas las excepciones de mérito, es de rigurosa observancia en tratándose de excepciones que, como la compensación, la nulidad relativa y la prescripción no pueden declararse de oficio, como quiera que no tratándose de ninguna de ellas, nada importa que el demandado le hubiera dado un determinado fundamento a la excepción propuesta y que el fallador la hubiere declarado probada apoyándose en otras razones, porque si conforme al artículo 306 del Código de Procedimiento Civil el juzgador puede declarar probada de oficio cualquier otra excepción, aunque no haya sido propuesta ni alegada, es incuestionable que también puede declararla probada por motivos distintos de los aducidos por el excepcionante.

“(...) De tal suerte que, cuando se trata de excepciones que no pueden declararse de oficio, como las prenombradas, por cuanto emanan de circunstancias que podrían originar una pretensión autónoma que el demandado puede renunciar a ejercer como tal, es, de un lado, forzoso proponerla y de otro, ineludible alegar y probar el hecho o hechos que la constituyan, y en los cuales pudiera deducirse la razón que invocara el excepcionante para atacar la existencia de la acción o reclamar su extinción, si alguna vez hubiese existido, por cuanto su no es obligación del juez declararla de oficio, cuando encuentre probado el hecho de la estructura, tampoco es deber suyo declararlo por hechos o circunstancias no propuestos por el excepcionante como quiera que de no ser así, la precitada restricción carecería de función alguna.

“Tales precisiones, bien pronto ponen de presente que la conclusión del ad quem, en cuanto declaró la improsperidad de la excepción de prescripción, por estimar de un lado, que el excepcionante no fue “...claro y conciso en el planteamiento de su defensa...”, ni señaló “...cuál es la usucapión que aduce, si la ordinaria o la extraordinaria y apoyarla en los correspondientes hechos. Y si pretende hacer uso de la facultad de sumar o agregar a su posesión la de sus antecesores ...” y, de otro, que en fin “... no apoyó en ningún hecho su excepción”, no se resiente arbitrariedad o contraevidencia alguna, pues es el resultado del examen objetivo de la pieza procesal referida a la contestación de la demanda, en la que se aprecia sin necesidad de mayor esfuerzo que la gestión exceptiva propuesta por el demandado se contrajo escuetamente a proponer “...como excepción de fondo la de prescripción, para el caso que a la parte demandante le hubiese existido algún derecho o alguna excepción...”, dejando de lado, inobjetablemente, tanto la calificación de la modalidad de usucapión alegada como la relación circunstanciada de los hechos configuradores de la misma, amén de la indicación de otros factores que son igualmente importantes cuando se alega como la relación circunstanciada de los hechos configuradores de la misma, amén de la indicación de otros factores que son igualmente importantes cuando se alega el fenómeno de la prescripción, bien sea adquisitiva o liberatoria como la agregación de posesiones, para uno u otro afecto, omisiones, que como es fácil entenderlo, dada la naturaleza del recurso que no pueden

enmendarse ahora con la aclaración del censor, enderezada a precisar que la prescripción alegada era la ordinaria extintiva de la acción extintiva de la acción reivindicatoria incoada por la demandante, fundada en que "...precisamente por eso se aceptó al contestar la demanda todos los hechos, que decían que el demandado tenía los títulos, entonces se estaba alegando y planteando, todos los elementos constitutivos de la prescripción ordinaria".

Sobre el particular dijo la Corte en sentencia de 14 de diciembre de 1992, lo siguiente:

"II. 1) De conformidad con el artículo 2513 del C.C. el que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio".

"El precepto anterior se encuentra íntimamente ligado con el siguiente, o sea el artículo 2514, el cual si se quiere es el que le brinda su razón de ser, pues allí en el inciso 1o, dispónese que "la prescripción debe ser renunciada expresa o tácitamente, pero solo después de cumplida".

"Por lo tanto, viene a ser del todo lógico afirmar que la razón de ser para que al juez no le sea permisible declarar de oficio la prescripción, sin embargo de que llegue a encontrarla probada, estriba en que el beneficiado con ella pueda renunciarla, incluso tácitamente. Que a esto equivale el abstenerse de alegarla dentro del respectivo proceso.

"II. 2) Por otra parte, establécese en el inciso 1º del artículo 306 del C. de P. C. que "Cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente (sic) en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa que deberán alegarse en la contestación de la demanda"⁴⁸.

Conclusión:

Sin duda, el juez de primera instancia transgredió los criterios sustantivos, procedimentales y jurisprudenciales, que regulan el fenómeno extintivo de la prescripción, puesto que por expresa prohibición legal (artículo 306 del Código de Procedimiento Civil y 282 Código General del Proceso), no podía reconocer, ni discrecionalmente declarar la "*prescripción*", por cuanto para su declaración era requisito ineludible alegarla (artículo 2513 Código Civil) por el demandado en la contestación del libelo

⁴⁸ COLOMBIA. C.S.J Sala de Casación Civil- Sentencia de casación del 29 de septiembre de 1993. M.P. Dr. Rafael Romero Sierra. p. 48.

introdutorio o a la reforma del mismo, si la hubiere, *en concordancia con el artículo 25 del C.C.* Criterio en sentido contrario desvertebra la confianza legítima y la seguridad jurídica que debe ofrecer el Estado.

Al haber sido apelada esa decisión, la respuesta del juzgador de segundo grado debió estar encaminada a esclarecer si en efecto el fenómeno prescriptivo operaba, y no inferir erróneamente con una figura de raigambre y consecuencias diferentes como es la caducidad. El demandante contaba con razones jurídicas sobradas para obtener la revocatoria de la decisión en segunda instancia, pero como no ocurrió de ese modo, se abría espacio fértil para la prosperidad de la revisión.

Los yerros *in procedendo* e interpretativos condujeron al sentenciador de segundo grado a la confirmación del equívoco fallo de primera instancia, y de contera a dar por demostrada la prescripción oficiosamente, resquebrajando "*in rádice*" el sistema prescriptivo.

En otras palabras, el error de juicio, al interpretar la prescripción por caducidad, sirvió de medio para violar el derecho fundamental a un debido proceso, en particular, el principio de la prohibición de reforma en perjuicio del único apelante.

Finalmente, debe resaltarse que la rectificación o mutación en las fuentes formales del derecho para resolver casos concretos, llámense ley o doctrina jurisprudencial (doctrina probable o eventualmente precedente), deben surtir efectos hacia el futuro y no hacia el pasado en forma retroactiva con relación a los asuntos o litigios ya planteados con antelación al cambio intempestivo que se pretende introducir. En consecuencia, el juzgamiento debe realizarse, como máxima y regla general, con base en la

jurisprudencia o doctrina probable para entonces vigente, porque de lo contrario de plano se afectan los principios de confianza legítima y de la seguridad jurídica que amparan a todo el conglomerado social en el Estado democrático; máxime cuando se modifica o cambia sustancialmente una teoría, una institución o un criterio doctrinal con alcances restrictivos o sancionatorios en el derecho fundamental de acceso a la justicia.

Por consiguiente, la Sala ha debido declarar fundado el recurso, invalidando la sentencia y ordenando un nuevo pronunciamiento limitándolo a los argumentos de la apelación.

Dejo así salvado mi voto.

Fecha *ut supra*

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA