



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

RUTH MARINA DÍAZ RUEDA
Magistrada Ponente

SC9167-2014

Radicación n° 08001-31-03-008-2005-00209-01

Bogotá D.C., quince (15) de julio de dos mil catorce (2014).

(Aprobado en sesión de tres de junio de dos mil catorce)

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la sociedad Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A. E.P.S. «Triple A de Barranquilla S. A. E.S.P.» frente a la sentencia de 16 de agosto de 2012 proferida por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, dentro del proceso ordinario que Hernando Franco Carbonell instauró contra la recurrente.

I. ANTECEDENTES

1. En el libelo introductor, el demandante pidió declarar que en *«desarrolló [de] la solicitud y posterior otorgamiento de la licencia de construcción amparada por la resolución No. 554 del 13 de diciembre de 2001, [se] generó a [su] favor»,* luego de realizadas las retenciones o tributos de orden legal, un *«valor neto a cancelar (...) por parte de la entidad demandada (...) de Cuatrocientos Treinta y Tres Millones Cuatrocientos Cuarenta y Cinco Mil Setenta y Dos Pesos M.L. (\$433.445.072,00), de los cuales [ésta] (...) solo [le] canceló la suma de Ciento Diecinueve Millones Diez Mil Setecientos Cuarenta y Nueve Pesos M.L. (\$119.010.749,00)»*

En consecuencia, solicita que como la convocada *«le quedó debiendo (...) la suma de Trescientos Catorce Millones Cuatrocientos Treinta y Cuatro Mil Trescientos Veintiocho Pesos M.L. (\$314.434.328,00) (sic) (...) por concepto de las expensas causadas y no pagadas en su totalidad»* le sufrague dicha cantidad con *«los intereses legales y moratorios desde que se hizo exigible la obligación (13 de diciembre de 2001) (...) liquidados a la tasa máxima legal de conformidad con los artículos 883 y 884 del Código de Comercio».*

2. El fundamento de lo impetrado admite la siguiente síntesis:

a). Hernando Franco Carbonell *«ejerció la función de Curador Urbano N° 2 de Barranquilla por un período de 5 años desde el 1° de enero de 1997 a enero 3 de 2002»,* lapso durante el cual *«facturó expensas causadas por el otorgamiento de la licencia de construcción (...) amparada por la resolución No. 554 de fecha 13 de diciembre de 2001, [que fue expedida] a favor de la sociedad de*

Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A. E.S.P. (TRIPLE AAA) para la construcción de unas obras».

b). El valor correspondiente a tal expedición fue de \$551.311.714, del que se descontó y pagó \$117.866.642,00, por concepto de tributaciones legales, quedando como valor neto a pagar por parte de la entidad demandada y a favor del demandante, la suma de \$433.445.072,00, como expensas legítimas de acuerdo a la ley.

c). Del último valor señalado, la convocada abonó \$119.010.749,00 y se comprometió a pagarle al accionante el saldo de \$314.434.323,00, una vez quedara en firme la citada resolución; sin embargo, después de resuelta la apelación que interpuso un tercero, aquella no honró su compromiso.

d). Agrega que las cifras que *«reciben los Curadores Urbanos están reglamentadas nacionalmente por el artículo 58 de decreto N° 1052 de 1998»,* pues ellos *«no tienen salarios sino expensas que salen de una tabla que establece el gobierno y acogen los alcaldes distritales».*

e). Finalmente, manifiesta que convocó a audiencia de conciliación prejudicial ante la Cámara de Comercio, con resultados negativos (fls. 1-7 c. 1).

3. El asunto le fue repartido al Juzgado Octavo Civil del Circuito de Barranquilla, quien repelió su competencia

por considerar que se trataba de una discusión de carácter laboral y recibido por el Séptimo de esta especialidad, tampoco avocó el conocimiento al estimar que comportaba «una relación de derecho privado» (fls. 33, 36-37 c. 1).

4. El 25 de julio de 2007, la Sala Mixta del Tribunal Superior del Distrito Judicial de dicha capital dirimió el conflicto suscitado, determinando que como en el «*sub lite no se procura el reconocimiento de honorarios o remuneraciones por servicios de carácter privado y mucho menos resultantes de un contrato de trabajo (...) no [es] dable pregonar que la justicia ordinaria laboral sea la competente para conocer de este asunto*», por lo que lo asignó al estrado inicialmente repartido (fls. 4-7 c.2).

5. Notificada la convocada, se opuso a las pretensiones, negó deberle al actor la suma reclamada, dado que éste «*expidió (...) un documento de paz y salvo por todo concepto de los pagos correspondientes a la Resolución N° 545 de 2001*», y planteó las «*excepciones previas*» de «*falta de jurisdicción y falta de competencia*», «*incapacidad o indebida representación del demandante*», y «*caducidad de la acción*», las cuales fueron decididas adversamente, en proveído de 26 de noviembre de 2008 (fls. 1-4 y 14-18 c.3).

Igualmente formuló las anteriores defensas como de mérito, junto con la de «*inexistencia de la obligación*» por razón del paz y salvo expedido por aquel respecto de la mencionada resolución.

6. El juzgado de conocimiento, con fallo de 8 de agosto de 2011, luego de indicar que no se pronunciaría respecto de las tres iniciales «defensas», porque el fundamento de ellas había sido analizado al resolver las «excepciones previas», procedió a examinar la de fondo denominada «inexistencia de la obligación» para desestimarla, declarando civilmente responsable a Triple A «en lo que se refiere al pago de expensas con ocasión de la licencia de construcción otorgada mediante la Resolución N°. 554 de fecha 13 de diciembre de 2001, que se le concediera a dicha entidad por parte del Curador Urbano No. 2 de Barranquilla», la condenó a «pagar la suma de \$498'587.434 a favor del señor HERNANDO FRANCO CARBONELL (...) dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, por concepto de expensas con ocasión de la licencia de construcción mencionada» y le impuso al actor el pago de las costas del proceso (fls. 259-271 c.1).

Mediante providencia complementaria precisó que «las costas son a cargo de la (...) demandada», a quien además le ordenó reconocer «intereses civiles al 6% anual en caso de mora, sobre la suma reconocida en la sentencia objeto de adición» (fls. 278-280 c.1).

7. La sentencia de primer grado y su adición fueron apeladas por la empresa vencida, decidiendo el *ad quem* «modificarla», en cuanto a precisar que la accionada le adeuda al demandante el saldo de la factura n° 10 de 22 de octubre de 2001, por lo que le ordenó cancelarle a éste, dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de tal proveído, «\$498.587.434, más los intereses legales al 6% anual,

desde el 8 de julio de 2002, y hasta que se efectuó el pago total de la obligación».

II.- FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

El Tribunal partió de aceptar que el demandante, en calidad de Curador Urbano n° 2 del Distrito de Barranquilla, conforme a los artículos 5°, 52, 53 y 55 del Decreto 1052 de 1998 vigentes para el momento, expidió la Resolución n° 554 del 13 de diciembre de 2001, a través de la cual concedió la licencia de construcción impetrada por la accionada.

Que por dicho trámite, aquel liquidó las respectivas expensas y según la cuenta de cobro por él presentada a la convocada arrojó un total de \$551.311.714 del que se dedujo la suma de \$117.866.642 por concepto de tributaciones legales, lo que indica que el saldo fue de \$433.445.072 al que se abonaron \$119.010.749, quedando un remanente por pagar de \$314.434.323, rubro este que constituye la «*discusión*», pues el actor afirma que no le ha sido sufragado y la «*sociedad demandada*» que no lo adeuda «*teniendo en cuenta el paz y salvo expedido por el demandante*».

Tras analizar los medios de persuasión y con sustento en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, el sentenciador establece que «*el saldo reclamado por el demandante no ha sido cancelado por la sociedad demandada, ya que el paz y salvo se expidió de buena fe por parte del demandante antes de que efectivamente se le cancelara la suma de dinero adeudada,*

debiendo reconocer que la sociedad demandada adeuda a [aqué] la suma de \$309.681.636 quedando de esta forma desvirtuada la excepción de mérito planteada por la parte demandada de inexistencia de la obligación».

La anterior conclusión la extrae a partir de examinar la factura de venta de 22 de octubre de 2001 por \$551.311.714,56 y las erogaciones acreditadas, dentro de ellas el abono que figura efectuado con cheque n° 007216 del 13 de diciembre de la misma anualidad girado por la accionada al promotor del juicio en cuantía de \$119.010.749.

Así mismo, con base en los dictámenes practicados por los peritos contadores María Antonia Parra Núñez y Pedro Bujato Polo, los testimonios de Diana Donado Caro y Frederich de Jesús Vence Bermúdez y el interrogatorio de parte vertido por el accionante, el *ad quem* le da crédito a lo expuesto por este, en cuanto a que sin haber recibido el pago del saldo aquí pretendido, entregó el «paz y salvo» que sirvió de soporte para que la convocada, sin efectuar desembolso dinerario, descargara en su contabilidad la obligación por \$309.681.636 «en el rubro ingresos (recuperaciones) cuenta contable 4810 es decir a favor de Triple AAA».

También encuentra creíble las aseveraciones del demandante atinentes a que los motivos para entregar el «paz y salvo» fueron los requerimientos efectuados por la convocada consistentes en que para poderle pagar, debía llevar junto con la licencia, el citado documento liberador,

lo que así hizo; no obstante, se le indicó que le sería cancelado por partes, siendo girado el aludido título valor por \$119.010.749 y se le prometió que el resto quedaría solucionado una vez en firme la resolución, pues esta había sido apelada, pacto que fue incumplido.

Para el fallador, lo *«manifestado por el demandante tiene pleno respaldo probatorio»*, dado que el *«monto a pagar era considerable, ya que alcanzaba la suma de \$428.692.385 (...), [c]ontra la Resolución 554 del 13 de diciembre de 2001, se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación y según lo señalado por la misma demandada al contestar la demanda, [el primero] fue resuelto el 9 de enero de 2002 y el [segundo] el 27 de junio de 2002», [e]l requerimiento que el demandante le hace a la empresa demandada es de fecha julio 8 de 2002 [y] el demandante ha declarado ante la DIAN, la existencia de la deuda en mención»*.

Igualmente considera el Tribunal que ante un compromiso económico de la indicada cuantía *«no era de extrañar que el pago se hiciera por partes»*, con posterioridad a que se *«resolvió el recurso de apelación, en junio 27 de 2002, [ante] el requerimiento realizado (...) el 8 de julio de 2002 (...) por el demandante para la cancelación del saldo (...) y no tendría sentido que la acreencia ya no existiera y el demandante la declarara ante la DIAN»*. Destaca que *«los testigos solicitados por la demandada hablan de un posible acuerdo, que trajo como consecuencia la rebaja de la suma a cancelar, y siguiendo las reglas de la experiencia, no es factible que por una deuda que alcanza la suma de \$428.692.385 se haga una rebaja hasta la suma de \$119.010.749, suma que solo representa el 27.76%, o sea que está haciendo un descuento de un 72.24%, algo que en la práctica comercial no se presenta»*.

En punto a los «dictámenes periciales» practicados indica que *«ambos concluyen que con base en el paz y salvo expedido por el demandante desde el punto de vista contable se hizo el asiento correspondiente, pero dejan (...) en claro que dicha suma de dinero, nunca salió del patrimonio de la sociedad demandada»* (fls. 39-49 c-4).

III. DEMANDA DE CASACIÓN

La convocada formula tres cargos contra la sentencia proferida por el Tribunal; el inicial, con fundamento en el quinto motivo de casación al incurrir en nulidad; el siguiente en el primero de ellos por *«violación indirecta de normas de carácter probatorio»* y, el último, sustentado en el ordinal segundo *ibídem*, por incongruencia. Para su estudio, la Corte abordará en principio los que denuncian vicios de actividad, comenzando por el de *«nulidad procesal»*, luego el relativo a la inconsonancia y, terminará con el atinente a la infracción de la ley sustancial.

CARGO PRIMERO

1. Con sustento en la causal prevista en el numeral 5° del precepto 368 del Código de Procedimiento Civil, se acusa el fallo de haber incurrido en el motivo de *«nulidad»* previsto en el ordinal 8° del canon 140 de la obra citada, por falta de jurisdicción y competencia.

2. En dirección a demostrar el reproche, el censor, en compendio, expone lo que a continuación se registra:

Luego de aludir a la declaratoria de incompetencia por parte del Juzgado Octavo Civil del Circuito de Barranquilla, lo mismo que del Séptimo Laboral de dicho lugar a quien le fue remitido el diligenciamiento por aquel y a la decisión de la Sala Mixta del Tribunal Superior de dicha ciudad, que al desatar el conflicto de competencias suscitado entre ellos, la asignó al primero de los estrados mencionados, el casacionista señala que este último pronunciamiento fue realizado sin el análisis y la argumentación suficiente, encarrilando la demanda por una senda procesal equivocada, no obstante la advertencia efectuada por la demandada.

Agrega que ese error *in procedendo* fue prohiado por el accionante al presentar su libelo y descorrer el traslado de las excepciones de mérito, pues señaló que lo cobrado era una deuda civil por vía ordinaria, surgida entre dos particulares, y no la reparación de un daño, cuando según lo ha precisado el Consejo de Estado, en conceptos que transcribe, los Curadores Urbanos «*son particulares que ejercen funciones públicas y manejan recursos públicos*», de donde «*las expensas que reciben (...) son fondos de naturaleza pública, en tanto surgen de la soberanía impositiva del Estado, provienen del ejercicio de funciones públicas y corresponden materialmente al concepto de tasas*», por lo que están sujetos al control y vigilancia fiscal que ejercen las contralorías distritales y municipales.

A partir de lo anterior señala que conforme a la contabilidad que debía llevar, el actor estaba en la obligación de precisar qué cantidad del valor facturado

correspondía a sus honorarios, pues dichos ingresos estaban supeditados al «control fiscal» y debía cobrarlos de contado al facturarlos, no podía parcelarlos en su pago o canjearlos, por lo que *«para cobrarlos, tenía que utilizar una vía en la jurisdicción contenciosa administrativa y una acción propia de esta naturaleza, como quiera que se trata de una función pública. De ninguna manera estaba en la posibilidad jurídica de emplear la jurisdicción civil o laboral. Ha debido también contemplar la posibilidad de emplear el procedimiento previsto en el C. de P.C., ‘ejecución para el cobro de deudas fiscales’, en los artículos 561 a 568»*.

Que en esas condiciones, al haber iniciado un proceso ordinario civil, *«como si se tratara de un particular a otro particular»*, el Tribunal incurrió en las señaladas causales de nulidad.

Culmina manifestando que si los \$314.434.323 supuestamente faltantes por pagar correspondieran a la porción de sus honorarios, el curador *«debía cobrarlos por la jurisdicción laboral; mientras que la porción correspondiente al cargo fijo, si quedaba, debía cobrarlos por la jurisdicción contenciosa administrativa, pues esos son fondos públicos, y por ende la deuda era de naturaleza fiscal»*.

Con base en lo anterior pide que se decrete la invalidez de todo lo actuado incluyendo el auto admisorio de la demanda, *«por falta absoluta de jurisdicción»*.

CONSIDERACIONES

1. Se memora que el actor, en síntesis solicitó declarar que en *«desarrolló [de] la solicitud y posterior otorgamiento de la*

licencia de construcción amparada por la resolución No. 554 del 13 de diciembre de 2001», se generó a su favor y a cargo de la demandada, luego de realizadas las retenciones o tributos de orden legal, un valor neto a sufragar de \$433.445.072,00, de los cuales ésta solo le canceló \$119.010.749,00, quedando un saldo de \$314.434.323,00 que debe solucionarlo junto con «los intereses legales y moratorios desde que se hizo exigible la obligación».

2. La accionada niega la citada deuda, basada en un paz y salvo expedido por el promotor del juicio.

3. El Tribunal acogió las súplicas, pues con sustento en las pruebas determinó que *«el saldo reclamado por el demandante no ha sido cancelado por la sociedad demandada, ya que el paz y salvo se expidió de buena fe por parte del demandante antes de que efectivamente se le cancelara la suma de dinero adeudada».*

4. La impugnante extraordinaria considera que se incurrió en nulidad insaneable, dado que el conocimiento del presente asunto le compete a la jurisdicción contencioso administrativa, pues según conceptos del Consejo de Estado que transcribe, las expensas cobradas por el curador urbano son *«fondos de naturaleza pública»*, al corresponder al concepto de *«tasas»*, o en el evento de que lo cobrado corresponda a sus honorarios, sería *«la jurisdicción laboral»* la llamada a definir esa controversia.

5. El motivo de casación en que se cimienta el cargo se estructura por *«haberse incurrido en alguna de las causales de*

nulidad consagradas en el artículo 140, siempre que no se hubiere saneado» y, acerca de su entendimiento y alcances, la Sala, en fallo CSJ SC, 17 jul. 2012, rad. 2003-00574-01 reiteró:

(...) a este recurso únicamente pueden traerse las irregularidades constitutivas de nulidad pendientes de saneamiento, o que sean insaneables, resultando del todo improcedente un ataque contra un fallo definitivo, susceptible de dicho recurso, edificado en tal causa, si las irregularidades invocadas como determinantes de la invalidez no existen, si existiendo no están contempladas taxativamente en el artículo 140 ibídem, o si estándolo y siendo por esencia saneables, no fueron alegadas o aparecen convalidadas expresa o tácitamente por la parte afectada con ellas».

6. La irregularidad procesal que se considera afecta la actuación, atañe a la primera del citado canon 140, según la cual, el proceso es nulo, en todo o en parte, «[c]uando corresponda a distinta jurisdicción», estimándose por el censor que en este caso se configura dado que las expensas cuyo pago pretende el accionante «son fondos públicos, y por ende la deuda era de naturaleza fiscal», debiendo acudir, para su recaudo, a la jurisdicción contencioso administrativa o a la justicia laboral, si lo pretendido hace parte de sus honorarios.

7. La «jurisdicción» ha sido entendida como la potestad soberana de impartir o administrar justicia mediante la aplicación del derecho a los casos concretos, función que la Constitución Política, en aras de racionalizar su ejercicio fraccionó en ordinaria, «contencioso administrativa»,

constitucional y en las denominadas especiales (capítulos 2° a 5°, título VIII).

Ahora bien, en razón a que la «*jurisdicción*» está íntimamente ligada a la estructura y funcionamiento del Estado, la misma se halla regulada en normas que involucran el interés general y el orden público, por lo que ostentan carácter obligatorio y absoluto, al igual que aplicabilidad inmediata e interpretación restrictiva. Por ello, la invalidez de la actuación derivada de la carencia de «*jurisdicción*», no tiene posibilidad de saneamiento, así se haya omitido su invocación por la parte interesada, según lo previsto en el inciso final del artículo 144 del Estatuto Procesal Civil, toda vez que su presencia lesiona en forma directa y sustancial el derecho fundamental al debido proceso previsto en el canon 29 Constitucional, particularmente, el principio del «*juez natural*» y el «*derecho de defensa*», pues según lo recordó la Sala en sentencia CSJ SC, 2 oct. 2008, rad. 2002-00034-01 «*... el juez no puede adquirir una jurisdicción que no tiene por el sólo hecho de que las partes acudan a él y guarden silencio sobre la falta de potestad de que adolece para fallar su controversia ...*».

De acuerdo con el precepto 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el 30 de la ley 446 de 1998, vigente para el momento en que se presentó la demanda (31 de agosto de 2005), «*[l]a Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida por la Constitución para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones*

administrativas. Se ejerce por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos de conformidad con la Constitución y la Ley.

De la anterior definición se desprende que para la atribución de la aludida «jurisdicción» se adoptó un criterio material, consistente en que el carácter de la función génesis del debate debía revestir naturaleza pública.

Así lo planteó esta Corporación cuando al analizar la mencionada norma, en fallo CSJ SC, 2 oct. 2008, rad. 2002-00034-01 dijo:

Se estableció así un criterio material para efectos de delimitar el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, consistente en que el ámbito de la misma está determinado por el hecho de que la controversia o el litigio pueda ser calificado como ‘administrativo’, es decir, que haya tenido origen en el ejercicio de la función administrativa por parte de la entidad pública, que no en el desempeño de otro tipo de actividades, o, si se tratare de un particular, que se encontrare en desarrollo de ‘funciones propias de los distintos órganos del Estado’.

Igualmente, en sentencia de 5 jul. 2007, Rad. 1989-09134-01, expuso:

La cláusula general, empero, no supone que cualquier controversia con la administración inexorablemente sea de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, toda vez que el Código Contencioso Administrativo estatuye que ésta juzga, ‘las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas’ (art. 82), pero concretamente vinculada con ‘los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las

operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas’ (art. 83; se subraya).

(...)

Partiendo de tal premisa, se excluye de la jurisdicción administrativa, entre otros actos, los ‘regulados por el derecho común’, en relación con los cuales se observa que ‘la administración en ejercicio de su gestión, además de los actos administrativos, expide otros actos y cumple con ciertas actividades que están sometidas al derecho común y sus contenciones se ventilan ante la justicia ordinaria. En estos casos la administración actúa despojada de sus prerrogativas de poder público o exorbitantes... En otros términos, la regla se refiere a los contenciosos de la nación y entes estatales en general, en los que se ventilen cuestiones de mero derecho privado. Vgr. las controversias derivadas de los contratos privados de la administración no dotados de cláusula de caducidad; las acciones de responsabilidad contra las empresas industriales o comerciales por las actividades propias de su papel comercial o industrial.... Cabe observar, entonces, para evitar equívocos, que el conocimiento de la jurisdicción administrativa no se define por el solo hecho de ser parte la administración, sino porque la controversia gire en torno a actos o hechos expedidos o cumplidos en desarrollo de su actividad administrativa (...). (El resaltado del texto original fue retirado).

8. Pues bien, revisada la queja que concita la atención de la Corte, se advierte que no se configura la hipótesis nulitiva planteada, al no ser la «jurisdicción contencioso administrativa» la llamada a dirimir la controversia planteada por Hernando Franco Carbonell contra la empresa de

Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A. E.P.S., sino la ordinaria civil, como lo dejó definido la Sala Mixta del Tribunal Superior de la capital del Atlántico en auto de 25 de julio de 2007, al resolver el conflicto de competencia suscitado entre los «*Juzgados 8° Civil del Circuito y 7° Laboral*» del aludido lugar.

En efecto, ha quedado claro que el origen del litigio fue la falta de pago de la integridad de las expensas causadas por la expedición de la licencia de construcción que el actor, en calidad de «*curador urbano n° 2 de Barranquilla*», al amparo de la «*resolución No. 554 del 13 de diciembre de 2001*» efectuó en favor de la accionada, quien según aquel, deducidas las cargas tributarias y un abono efectuado a tales «*expensas*», le quedó debiendo la suma de \$314.434.323,00, por lo que pide que así se declare y se disponga su pago.

En esas condiciones, debido a que las aspiraciones del demandante carecen de los elementos establecidos en los artículos 82 y 83 del Código Contencioso Administrativo vigente al promoverse el juicio, debido a que mediante ellas no se controvierten, ni atañen a actos administrativos, hechos, omisiones, «*operaciones administrativas o contratos administrativos*» y privados con cláusula de caducidad, que constituyen las fuentes vinculantes de la «*administración*» o generadoras de su responsabilidad, no hay forma de predicar la ausencia de «*jurisdicción*» que se plantea.

9. Ahora bien, como el fundamento de la nulidad esgrimida como causal de casación es la aludida *«falta de jurisdicción de la justicia civil»*, pues según el impugnante, la llamada a definir la controversia es la *«contencioso administrativa»* por razón de la naturaleza pública de las *«expensas»* cobradas por el accionante, conviene tener presente la reglamentación vigente al momento de la causación de ellas, para así clarificar el tema debatido.

La figura del curador urbano fue creada según decreto 2150 de 5 de diciembre de 1995, que en su artículo 50 fue definido como *«un particular encargado de estudiar, tramitar y expedir las Licencias de Urbanismo o de Construcción, a petición del interesado en adelantar proyectos de urbanización o de edificación, en las zonas o áreas de la ciudad que la administración municipal le haya determinado como de su jurisdicción»*, concepto este recogido por el precepto 101 la Ley 388 de 1997, que modificó aquella normatividad.

En punto de la remuneración de los citados profesionales, la norma 52 del señalado *«Decreto 2150»* dispuso que *«el Gobierno Nacional reglamentará todo lo relacionado con las expensas a cargo de los particulares que realicen trámites ante las Curadurías Urbanas, al igual que lo relativo con la remuneración de quienes ejercen esta función, teniendo en cuenta, entre otros, la cuantía y naturaleza de las obras que requieren licencia y las actuaciones que sean necesarias para expedirla»*, previsión que también acogió el canon y *«Ley»* últimamente citados.

En desarrollo de dicho mandato, el gobierno nacional expidió, inicialmente el *«Decreto 992 de 4 de junio de 1996»*, que

en su artículo 22 determinó: *«Expensas de las Curadurías Urbanas. Los municipios y distritos procurarán que el ejercicio de las curadurías urbanas sean rentables económicamente, para lo cual deberán valorar los trámites por realizar en las curadurías con el fin de establecer las expensas que los interesados deban cancelar por la prestación de los servicios (...).»* y seguidamente, el «Decreto 1753 de 26 de septiembre» del mismo año, *«por el cual se reglamentan las expensas y honorarios de los curadores urbanos»*, que entre otros aspectos estableció la fórmula para liquidarlas, y en su canon 10° dispuso:

«Remuneración de los curadores urbanos. Las expensas percibidas por las curadurías urbanas se destinarán al sostenimiento de las mismas, incluyendo el pago de su personal y constituyéndose el remanente en la remuneración del curador urbano».

Posteriormente, el Decreto 1052 de 10 de junio de 1998 *«[p]or el cual se reglamentan las disposiciones referentes a licencias de construcción y urbanismo, al ejercicio de la curaduría urbana, y las sanciones urbanísticas, consagró un sistema de cobro de expensas que se calcula en razón de los costos fijos y variables generados por el trámite de una licencia.*

Además, en su canon 53 previó: *«Las expensas por los trámites ante las curadurías urbanas serán liquidadas por el curador urbano y pagadas a éste por el solicitante del trámite o la licencia, de conformidad con los términos que se establecen en este decreto».*

Igualmente, la Resolución n° 0687 de 1998 del otrora Ministerio de Desarrollo, respecto de los señalados «costos» estableció que la tarifa relativa a las «expensas» cobradas al usuario debe contemplar: *«i) los costos de personal que incluye*

salarios, honorarios, prestaciones sociales; ii) los costos de operación que incluye arrendamientos, servicios, suministros y otros. Iii) los costos financieros que incluye créditos y amortizaciones (se debe determinar la cuota mensual por este concepto); y iv) la remuneración que le corresponde al curador urbano».

10. De lo anterior se desprende que si bien las «*expensas*» que el legislador estableció a favor de los curadores urbanos con miras a recuperar los valores del servicio público administrativo de licenciamiento, constituyen recursos públicos, dada su imposición Estatal, esa sola circunstancia, no permite radicar en cabeza de la jurisdicción de lo contencioso administrativa, la competencia para resolver controversias como la actual, en razón a que la ley y mucho menos la constitución se la han asignado expresamente.

Ha quedado visto que conforme a la normatividad vigente para el momento de iniciación del proceso, los asuntos de conocimiento de la «*jurisdicción de lo contencioso administrativa*» debían estar vinculados a la «*función administrativa*» en razón del criterio material adoptado, supuesto que al no estructurarse en este asunto, aquella no podía asumir tal «*competencia*», dado que se repite, lo buscado por el «*particular*» Franco Carbonel, es que se declare y pague una obligación surgida de la expedición de una licencia de construcción, aspecto que nada tiene que ver con la referida «*función*».

Como adicionalmente, el caso tampoco se subsume dentro de los que la sección III del capítulo I, título III de la

ley 446 de 1998, reformatoria de los preceptos 128 a 134D del Código Contencioso Administrativo, le asigna a dicha «jurisdicción», a la misma no le era dable dirimirlo.

Dado que la pretensión del actor tampoco resulta ubicable en aquellos temas atribuidos a la indicada «jurisdicción» por las leyes 80 de 1993 y 142 de 1994, a través de las cuales, respectivamente *«se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública»* y *«se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios (...)»*, ni en la *«Ley 689 de 2001»*, modificatoria de la última normatividad citada, o por alguna otra preceptiva, se confirma la ausencia de irregularidad procesal que se plantea por carencia de «jurisdicción».

En razón a que la impugnante, al proponer las excepciones previas y de mérito planteó que la acción que debió promover Hernando Franco Carbonel era la de reparación directa, consagrada en el artículo 86 del C.C.A., es de indicar que con base en las pretensiones integrantes del libelo introductor, ella tampoco resultaba idónea para dirimir tales aspiraciones, pues tal «acción», consagrada en el precepto antes citado, modificado por el 31 de la ley 446 de 1998, es adecuada en aquellos eventos en los que se busca el resarcimiento del daño irrogado por *«un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa»*, siempre que ese origen no sea un acto administrativo, puesto que en tal hipótesis, la ley prevé

expresamente la pertinente es la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Como los anteriores supuestos se hallan ausentes de las súplicas demandatorias, se descarta la nulidad de la actuación surtida ante la justicia civil.

Si adicionalmente se repara en que este juicio no es de naturaleza ejecutiva, menos por no derivar de obligaciones provenientes de un contrato estatal, ni de sentencias de condena proferidas por la «*jurisdicción contencioso administrativa*», según lo previsto en los cánones 75 de la ley 80 de 1993 y 87 del C.C.A., modificado por el 32 de la Ley 446 de 1998, se reitera, la competencia para conocer del mismo se halla adscrita a la «*jurisdicción ordinaria*», en su especialidad civil, mayor aún, si se tiene en cuenta que conforme al canon 12 del Código de Procedimiento Civil «*[c]orresponde a la jurisdicción civil todo asunto que no esté atribuido por la ley a otras jurisdicciones*».

Es más, como en el presente caso, se halla involucrada como demandada la empresa de «*Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A. E.P.S.*», encargada de la prestación de servicios públicos, dada la «*declaración*» pretendida por el accionante, conviene recordar las reflexiones que esta Corporación efectuó al decidir un recurso de casación fundado en la causal de «*nulidad por falta de jurisdicción*», debido a que el proceso fue tramitado por la justicia ordinaria civil, y el recurrente estimaba que correspondía a la contencioso administrativa, al hallarse

vinculada una entidad de las características de la aquí convocada, de quien se pidió declarar responsable por la falla de un servicio a su cargo y por lo mismo obligada a pagar una suma de dinero.

Al respecto, la Corte, en sentencia CSJ SC, 28 abr. 2009, rad. 2001-00902-01, sostuvo:

Para comenzar, resulta apropiado recordar que a partir de la vigencia de la Ley 142 de 1994, la Corte ha entendido que el conocimiento de los procesos de responsabilidad civil extracontractual seguidos contra las empresas prestadoras de servicios públicos, corresponde a los jueces civiles de la jurisdicción ordinaria, en tanto que según el artículo 32 de dicha normatividad, los actos desarrollados por ese tipo de empresas se sujetan a las reglas del derecho privado, como quiera que según explicó la Corte Constitucional, ‘...pretende la ley objeto de control someter a un régimen de derecho privado los actos y contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios (...).

(...)

Las anteriores premisas, si bien con alguna imprecisión, fijaron, de todas maneras, los derroteros para establecer quién debía asumir competencia en asuntos en los que estuvieran involucradas empresas públicas, de una parte, se adoptó, como definidor de tales competencias, la inclusión, voluntaria u obligatoria, de cláusulas exorbitantes; de otro, que los contratos «que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esa Ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios»; y, por último, aquellos respecto de

los cuales la misma ley disponía que su juzgamiento lo hiciera la jurisdicción especializada (art. 31 ley 142 de 1994).

(...)

Refulge, entonces, de manera constante, que el legislador atribuyó competencia, de manera francamente excepcional, a los jueces de lo contencioso administrativo, en eventos como el que se estudia, siempre y cuando: a) los contratos contuvieran cláusulas exorbitantes; b) que la misma ley así lo dispusiera; y, c) según las circunstancias, que dicho contrato tuviese vinculación directa con el servicio que presta la entidad oficial.

Refiriéndose al punto, el Consejo de Estado puntualizó: «En vigencia de ese artículo, 31 original de la Ley 142 de 1994, el Consejo de Estado ha explicado con fundamento en la ley, en su Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y en la Sección Tercera, que la Justicia Ordinaria es la que debe conocer, por lo general, de las controversias en las cuales hagan parte las empresas de servicios públicos domiciliarios -estatales o no- o como demandantes o como demandadas; y que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa conoce sólo de los conflictos en los cuales esté presente cualquiera empresa de servicios públicos domiciliarios, igualmente o como demandante o como demandada, siempre y cuando la conducta que se le impute sea una de las siguientes: de los actos precontractuales cuando en los pliegos de la licitación se indique en la minuta del contrato, que ésta contiene cláusulas exorbitantes; de los relacionados con sus contratos cuando éstos contengan cláusulas exorbitantes; de los ‘actos administrativos contractuales’ referidos a la utilización de las cláusulas exorbitantes (inc. 2º. Art. 31), de una parte, y de los dictados dentro de la relación empresa-usuarios atinentes a la suspensión, cortes y facturación, de otra parte (arts. 140, 141 y 154 ibídem)’ (21 de junio del 2006, Exp. 28.886) (...).

En consecuencia, considera la Corte que, la vinculación al servicio no debe ser expresión que signifique cualquier conexidad; tal connotación debe involucrar una relación directa, un nexo servicio-empresa-usuario, pues de lo contrario, cualquier actividad de la empresa oficial que presta servicios públicos alcanzaría tal calificación y se desvirtuaría la diferencia que pretendió establecer el legislador, por supuesto que, a partir de una relación laxa, aparente, salvo los casos excluidos, todos los demás corresponderían a la jurisdicción especial, aspecto no querido por el ordenamiento.

(...) Resta por agregar que como se trata de normas relativas a la jurisdicción y competencia, tales preceptos deben ser objeto de una interpretación restrictiva, lo que conduce a creer que como el legislador no atribuyó a la jurisdicción de lo contencioso administrativo una competencia general, es palpable, entonces, que el criterio respecto de ésta fue selectivo' (Sent. Cas. Civ. de 12 de febrero de 2008, Exp. No. 08001-31-03-005-2000-00205-01).

Así mismo, en fallo CSJ SC, 5 jul. 2007, rad., 1989-09134-01 expuso:

Aunque los recurrentes alegan que 'toda la materia litigiosa está gobernada por el derecho público', que se trata de 'una actuación administrativa de una entidad pública' y que, por las relaciones de la demandante con la Nación, la jurisdicción administrativa es la llamada a conocer del presente proceso, la Sala considera que la mera mención de la cláusula general de competencia prevista en el Código Contencioso Administrativo, no es suficiente para concluir que este asunto, de raíz, está viciado de nulidad, en la inteligencia de que es indispensable, adicionalmente, que las pretensiones aducidas en la demanda, se apuntalen clara y frontalmente en uno de los elementos

previstos en los artículos 82 y 83 de tal estatuto, esto es, en actos administrativos, hechos, omisiones, operaciones administrativas o contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad, pues estas son las fuentes vinculantes de la administración o generadoras de su responsabilidad (...).

(...)

Ahora bien, que en el litigio se hayan involucrado o referido normas de derecho público, como tangencialmente se esbozó, no es lo preponderante o basilar para establecer la competencia, inclusive la naturaleza jurídica de la acción, sino que lo determinante, por tomarse estructural, como ya se sabe, es el ‘carácter que tenga la pretensión formulada en la demanda’, como desde antaño lo tiene igualmente explicado el propio Consejo de Estado, por manera que este punto resulta decisivo, lo que impone una valoración precisa -y no distorsionada- de la demanda por parte del juzgador, quien no puede soslayar la esencia o la almendra del aducido petitum.

Esa ha sido la comprensión que esta Corporación, por lo demás, repetidamente ha tenido del radio de acción de ambas jurisdicciones, temática sobre la cual tiene establecido que ‘creada pues en Colombia la indicada jurisdicción especial, la que se ejerce por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos (Art. 1º Ley 167 de 1941), ella ha existido en el país desde entonces, paralela a la civil, pero existiendo siempre entre ambas sustancial diferencia en cuanto a sus fines y objeto: ésta busca la satisfacción de los derechos privados de los particulares y de entidades públicas, mientras obren en el campo de los derechos civiles; aquella realiza los derechos públicos de los asociados frente a la administración’ (...).

Por último, sólo a manera de reiteración, en sentencia de 22 de julio de 2003, esta Sala igualmente precisó que ‘a la jurisdicción

contenciosa administrativa se le atribuye la facultad de conocer de los procesos que involucran los actos de la administración cuando ésta desarrolla las funciones que son inherentes a su naturaleza, mas no en lo que atañe con los actos realizados por las personas de derecho público cuando obran del mismo modo que los particulares, caso en el cual la misma corresponde a la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil (...)

(...) Se sigue de lo examinado, entonces, que la jurisdicción competente para conocer del proceso en cuestión es la ordinaria, la que tiene también asignada, por vía residual, el conocimiento 'de todo asunto que no esté atribuido por la Ley a otras jurisdicciones' (art. 12 C. de P.C.), atribución que, en materia competencial, bien se sabe, no puede ser inferida y menos establecida a partir de circunstancias que, de una u otra manera, susciten hesitación o duda. Sólo ante la evidencia, con todo lo que ella supone, en el plano jurídico, se puede fijar la competencia, materia ésta de análisis ciertamente restrictivo (...).

11. En el precedente orden de ideas, habida cuenta que la acción promovida por el particular Hernando Franco Carbonell contra la empresa de servicios públicos «Triple A de Barranquilla S. A. E.S.P.» no se halla expresamente asignada por la ley a la «jurisdicción contencioso administrativa», la conclusión es que le incumbía definirla a la ordinaria, en su especialidad civil, más concretamente, por medio de los «jueces del circuito», en primera instancia, máxime si se tiene presente que de acuerdo con la cláusula residual de competencia prevista en el numeral 12 del artículo 16 del Código de Procedimiento Civil, a los referidos funcionarios les compete conocer de «los demás procesos que no estén atribuidos a otro juez».

Por esa misma razón, se descarta la equivocación enrostrada al Tribunal en cuanto a que la llamada a resolver el litigio de que se viene hablando es la «*jurisdicción laboral*», pues cabe recordar que esta no tiene tal connotación, según lo que ya se expuso, sino que corresponde a una «*especialidad de la ordinaria*» y si de ella se hablara, lo que se tipificaría es una «*falta de competencia*», que no se concretó dentro del trámite procesal de las instancias, dado que en el escrito de contestación de la demanda, aunque aludió a la «*falta de jurisdicción y falta de competencia*», se limitó a plantear que el asunto debía conocerlo la «*justicia contencioso administrativa*», en «*acción de reparación directa*».

Por lo anterior, al no estructurarse el motivo de nulidad invocado, el embate no prospera.

CARGO TERCERO

Con apoyo en la causal segunda del precepto 368 del Código de Procedimiento Civil, la recurrente acusa el fallo del *ad quem* de ser incongruente por «*mínima petita*», al no estar en «*consonancia con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio*».

En sustento del aludido motivo señala que la sociedad convocada «*propuso las excepciones de 'falta de jurisdicción y falta de competencia', 'caducidad de la acción' y 'ausencia de legitimación en causa por activa'*» y sin embargo, el *a quo*, en su sentencia

expresó que se abstenía de pronunciarse sobre ellas, en razón de haber sido estudiadas cuando resolvió las «*excepciones previas*», determinación que al ser confirmada por el Tribunal, este incurrió en el vicio denunciado, pues en la modificación que le hizo a la referida decisión únicamente «*declar[ó] no probada la excepción (...) de inexistencia de la obligación*» agregando que la accionada le debía pagar al actor \$498.587.434, junto con los réditos y costas.

Advierte que a pesar de requerirse una fundamentación sobre por qué las defensas no prosperan, en la parte resolutive del «*fallo impugnado no se dijo nada sobre esas excepciones. Solamente (...) el Tribunal mencionó, en la parte motiva, que no se pronunciaría sobre las mismas, porque ellas fueron objeto de análisis en el auto que resolvió las excepciones previas*», explicación que no era suficiente para proceder como lo hizo.

CONSIDERACIONES

1. Las circunstancias que estructuran la causal en que se sustenta el ataque examinado, derivan de la exigencia consistente en que el fallo guarde la debida armonía con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que el Código de Procedimiento Civil prevé, al igual que con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley, la cual además, prohíbe imponer condena por suma superior o por objeto distinto del pretendido o por motivo diferente al aducido en el libelo.

En su aspecto formal y sustancial, la congruencia se encuentra prevista en los artículos 304 y 305 del citado estatuto, reglas que tienen como función política controlar el poder del juez, pues a este no le es dable ejercer sus prerrogativas de cualquier modo, sino dentro de los precisos marcos señalados por el legislador.

En esa medida y en atención al principio dispositivo que inspira el proceso civil, la competencia del sentenciador se halla delimitada de manera general a los temas delineados en la demanda, en su contestación y en las excepciones planteadas, lo mismo que en los asuntos en que la ley permita reconocer o decidir oficiosamente.

La «congruencia» entonces, se erige en uno de los principios que gobiernan el derecho procesal civil, por cuya virtud, el fallo debe emitirse de modo concreto respecto de la materia disputada que los litigantes han sometido a conocimiento del juzgador, al formular sus peticiones o plantear sus defensas.

No obstante dicha exigencia, cabe precisar que la ley no compele al fallador a realizar la aludida labor de una determinada forma, por lo que entonces, no siempre que omita un pronunciamiento expreso al respecto en la parte resolutive, incurre en el vicio procesal previsto en el segundo motivo de casación, dado que su resolución puede hallarse implícita y ser suficiente para desatender los argumentos sobre los que se edifican las aspiraciones litigiosas.

Sobre el particular, la Sala, en fallo CSJ SC, 9 dic. 2004, rad. 6080-01, reiteró:

(...) ‘cuando se habla de la coherencia que debe existir entre la sentencia, por un lado, y las pretensiones y los hechos de la demanda, y las excepciones del demandado, por el otro, no se está diciendo que ello representa una exigencia que solo pueda ser cumplida de una cierta y determinada manera. Por lo tanto, si bien es deseable que el juez aluda de modo específico tanto a los hechos de la demanda como a las consecuentes pretensiones y a las excepciones del demandado, en razón de que así la sentencia gana en claridad y precisión, de hecho no son pocas las oportunidades en las cuales la resolución concerniente a un punto cualquiera suele estar implícitamente consignada en el relativo a otro u otros, pues como desde vieja data lo tiene señalado la jurisprudencia de la Corte, distinto a no decidir uno de los puntos de la litis es decidirlo en cierto sentido, así la determinación respectiva no sea perceptible prima facie ora porque se halla sobreentendida o involucrada en otra resolución, ora porque es en la motivación donde se la identifica’.

Pronunciamiento que fue reiterado, entre otras en la sentencia de casación N° 031 de 1° de marzo de 2001, expediente 6106, en la que dijo que ‘cuando se trata de incongruencia por omisión, para que el cargo tenga mérito, tales disconformidades deben ser reales y producto del olvido o inadvertencia del juez, pues mediando alguna decisión, así fuere implícita o virtual, la sentencia ya no puede ser atacada con fundamento en la causal segunda en la medida en que, como ha dicho esta Corporación, de todos modos implica ‘un pronunciamiento del sentenciador sobre la pretensión de la parte que solo podía ser impugnado a través de la causal primera si con el se violó directa o indirectamente la ley sustancial, de lo contrario se llegaría a la conclusión de que el fallo sólo sería congruente cuando fuera

favorable a las pretensiones del demandante, lo que a todas luces es inaceptable....' (G. J. t. CXXXVIII, pág. 36)'.

Igualmente, en sentencia CSJ SC, 24 ago. 2000, rad. 5636, esta Corporación expuso:

Así las cosas, para evaluar si la sentencia es congruente, sencillamente se la debe cotejar, por una parte con las pretensiones y los hechos consignados en la demanda, y por la otra, con las excepciones del demandado. Empero, dicho postulado no obliga a que exista estricta simetría entre la sentencia y las dichas pretensiones y excepciones, es decir, que aquélla guarde con éstas conformidad literal, por cuanto '...lo imprescindible es que la decisión recaiga sobre la totalidad de la materia litigada, respetando en absoluto, como lo ha dicho la Corte, los hechos procesales y no alterando la causa petendi'. (G.J. tomo CXLVIII, pág. 80), razón por la cual ni aun en el caso de fallo estimativo, la circunstancia de que el Tribunal no se refiera expresamente, en la parte resolutive de su sentencia, a las excepciones propuestas, no implica que éstas hayan dejado de considerarse, si en la parte motiva se encuentra referencia explícita o implícita a ellas, doctrina que se funda en las siguientes apreciaciones:

'Y aunque el artículo 304 del C.P.C. impera que la parte resolutive de la sentencia, entre otras cosas, 'deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda y de las excepciones', el quebranto de este deber por el juez no constituye per se, causal de incongruencia, pues lo que podría configurar la disonancia por mínima petita, no sería el hecho de que una determinada decisión no fuera incluida en la parte resolutive del fallo, sino la circunstancia de que efectivamente la sentencia hubiera dejado de resolver un extremo de la controversia...

‘Ahora bien, como la sentencia no está constituida únicamente por la parte resolutive, sino que se integra también con la motiva, síguese que una resolución contenida en ésta obliga asimismo, como parte del fallo, como decisión jurisdiccional. Por tal motivo, seguramente, al erigir la disonancia como causal de casación en el art. 368, num. 2, del C. P. C., el legislador dijo que ella ocurría cuando ‘la sentencia’ no era armónica con las pretensiones o las excepciones. Habló entonces de ‘la sentencia’ en general y no específicamente de ‘la parte resolutive’, como sí lo hizo en la causal tercera de casación, que se da cuando ‘la sentencia en su parte resolutive contiene disposiciones contradictorias’ (G.J. tomo CXLVIII, pág. 76).

2. Las directrices precedentes conducen a predicar que en este asunto, el sentenciador no incurrió en el vicio procesal de inconsonancia, en su modalidad de «*mínima petita*», si se tienen en cuenta las limitantes normativamente previstas al sentenciador de segundo grado.

En efecto, bien se sabe que por virtud del principio dispositivo regente del juicio civil, el juez, con las precisas excepciones claramente definidas en la ley en las que se le autoriza adoptar determinaciones oficiosamente, debe transitar por el sendero diseñado en el escrito propulsor, su respuesta y las respectivas defensas propuestas, puesto que de no hacerlo «*usurpa la iniciativa que sólo corresponde al ciudadano, único que puede dar dimensión al daño que recibe e identificar su fuente*» (sentencia CSJ SC, 22 mar. 2007, rad. 1997-5125-01).

En esa medida, al hallarse determinadas por la ley las facultades del *ad quem*, al igual que soportadas en «*principios*»

como los de *«interés para recurrir»* y *«personalidad del recurso»*, a aquel no le es dable desconocer las directrices previstas en el canon 357 del Código de Procedimiento Civil, según el cual, *«[l]a apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla»*.

Precisamente, al ser la parte inconforme con la decisión la que traza el camino que el juzgador se segunda instancia debe observar, el precepto 352 ibídem le exige a aquella *«sustentar el recurso ante el juez o tribunal que deba resolverlo»*, para lo cual debe expresar *«en forma concreta, las razones de su inconformidad con la providencia»*.

Al revisar el escrito de apelación presentado por la accionada, se advierte que con la aspiración de que se *«revo[que] la sentencia de primer grado»*, expuso como *«desarrollo de los puntos soporte de la impugnación»* los siguientes:

a). *«El valor probatorio y efecto jurídico del paz y salvo / consistencia de la contabilidad / inexistencia de la obligación»*, basado en que el actor al expedir el señalado documento liberador *«expresamente condonó el saldo de la factura»* y por ello no existe deuda a cargo de aquella.

b). *«Las expensas por razón de la licencia de construcción Res. No. 554 de 2001 y su pago»*. Al respecto esgrime que las mismas *«fueron liquidadas inicialmente en la suma de \$551.311.714»*, Triple A

realizó «retenciones sobre la mencionada suma y efectuó los pagos correspondientes a dichas retenciones», e igualmente, le «efectuó al demandante un pago inicial por la suma de \$119.010.749» y «respecto del saldo restante, el hoy demandante expidió un documento de 'paz y salvo' por todo concepto de los pagos de ley correspondientes a la Resolución N° 554 de 2001», al cual el fallador de primer grado no le dio el valor probatorio «como documento en sí y el efecto contable».

c). «La ausencia de legitimación en la causa por activa», porque el demandante perdió la calidad de curador urbano cuando aún no se encontraba en firme la mencionada licencia por él expedida.

Así mismo manifiesta que como Ángel Conde Álvarez, gerente financiero de la demandada «puede dar importantes luces a la instrucción», sugiere «la utilización de la prueba de oficio de su declaración».

3. El anterior relato evidencia que lo decidido por el *a quo* en punto de las defensas de mérito que igualmente fueron propuestas como «excepciones previas» y decididas adversamente en providencia de 26 de noviembre de 2008 (fls. 14-18 c. 3), no le mereció ninguna clase de reparo a la sociedad recurrente, lo que al respecto, denota su conformidad con el fallo combatido en los aspectos antes registrados.

Si ello es así, ningún error *in procedendo* se estructura, puesto que como ya se ha señalado, al juzgador *ad quem*, le

estaba limitada su competencia funcional a los puntos objeto de inconformidad, dentro de los cuales, se reitera, no se hallan los relativos a la ausencia de decisión de las denominadas «*excepciones de mérito*», las que valga anotar, ostentaban la misma fundamentación de las «*excepciones previas*», fueron resueltas en su oportunidad y se plasmó de manera expresa en el fallo las razones por las que no había lugar a tratarlas nuevamente en él.

La Corte, en sentencia CSJ SC, 28 jun. 2013, rad. 1998-05970-01, al decidir un cargo de contornos similares al que ahora se analiza, expuso:

(...) ‘frente a los medios de impugnación, el aludido principio dispositivo reserva a la parte afectada con una decisión judicial, la facultad de interponer el recurso, lo cual exige a la luz de la legislación vigente, como ya quedó reseñado, exponer los argumentos que soportan su inconformidad; así, son ellas las encargadas de fijar el alcance de tales recursos, de manera que el acto de impugnación constituye una conducta procesal que traza al juzgador ad quem los contornos del malestar y su propia competencia, y a la contraparte los márgenes definidos sobre los cuales discurrirá el debate en segunda instancia.

‘Así, dispone el artículo 357 del C.P.C 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 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 un primer momento la norma establece que la apelación se entiende interpuesta ‘en lo desfavorable al apelante’, regla de alto valor constitucional pues consagra la interdicción de la reformatio in pejus. En suma, esta primera regla impide desmejorar la posición del apelante único; no obstante, esa parte del precepto no puede leerse como una autorización al juez de segundo grado para hacer el escrutinio y ad nutum y determinar libremente ‘qué es lo desfavorable al recurrente’, pues a reglón seguido la norma establece una segunda prohibición complementaria, según la cual ‘no podrá el ad quem enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso’ (...).

‘Puestas las cosas en esta perspectiva, ha de admitirse que el recurso de apelación tiene un objeto genérico tratado en el artículo 350 de C.P.C. y un objeto específico y concreto definido, ya no por el legislador sino por el propio recurrente. Y en ese propósito de dar contornos al ‘objeto del recurso’, presta su concurso definitivo el artículo 352 de C.P.C., que según la reforma que introdujo la Ley 794 de 2003, establece la necesidad de sustentar la inconformidad, pues de ese modo se confía y se ordena a la parte fijar el ‘objeto del recurso’ de apelación. Pero además del deber general de sustentación, reeditado en la reforma de 2003, la regla comentada establece que para dicha sustentación es suficiente expresar ‘las razones de su inconformidad con la providencia’, y de ese modo, el recurso de apelación tiene un ‘objeto’ delimitado, de modo que la inclusión de las ‘razones de la inconformidad’, deja zonas del litigio fuera de la impugnación, a las cuales el juez no puede acceder mediante una actividad inquisitiva que le permita sustituir al recurrente en la delimitación del ‘objeto’ del recurso

(...)

La sustentación de la apelación requiere que el recurrente exprese su inconformidad genérica con el fallo impugnado, cosa

que logra con solo interponer el recurso, pero además, que 'exprese, en forma concreta, las razones de su inconformidad' (artículo 352 del Código de Procedimiento Civil), esto es, aquellos puntos que son motivo de disenso con la subsecuente exposición de los argumentos fácticos y jurídicos dirigidos a combatir las conclusiones y argumentaciones de la providencia. Es que al apelar se impugna, y esto significa 'combatir, contradecir, refutar con un recurso algo que se cree erróneo o ilegal' (D.R.A.E).

(...) Como 'decantado está que la causal segunda de casación presupone interés legítimo concretado en el agravio causado al recurrente con la sentencia atacada, cuya ausencia conduce inexorablemente a la improsperidad del ataque (...), resulta incontrovertible que si el alcance de la apelación no abarcó la particular crítica que ahora sirve de soporte para erigir el cargo por incongruencia, no pueden los censores, por falta de interés, proponerla en casación. Se reitera, con otras palabras que 'el sentenciador de segunda instancia tiene 'el mismo conocimiento y los mismos poderes para enfrentar el estudio de los hechos y del derecho, para valorar las pruebas, de igual o de distinto modo que el de primer grado, revisar íntegramente el proceso y llegar a conclusiones que pueden coincidir en parte o en todo con las del juez a quo y, en fin, revocar la providencia, pues su posición frente a los litigantes es la misma al momento de resolver el recurso que la que tuvo el inferior al tiempo de decidir, entendido todo esto, en la medida en que lo pretenda el apelante y con la limitación de la reformatio in pejus' (cas. civ. sentencia 23 de septiembre de 1963, CIII-CIV, p. 160).

'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' (...)*¹.

Adicionalmente, cabe acotar que en su sentencia el Tribunal avaló la decisión de primera instancia, en la que el *a quo* dijo que «se abstendría de hacer pronunciamiento alguno en lo que se refiere a las excepciones de caducidad de la acción, falta de jurisdicción o competencia, y ausencia de legitimación en causa por activa, ya que los fundamentos esbozados por el demandado en lo que se refiere a las mismas, ya fueron objeto de estudio por este despacho al resolver las excepciones previas», y dado que tales consideraciones no fueron materia de cuestionamiento en la alzada, ha de entenderse que la respuesta a las aludidas «excepciones de mérito», quedó circunscrita a lo que respecto de ellas resolvió el juez de conocimiento, por lo que el superior, no estaba obligado a abordar su estudio.

En el precedente orden de ideas, en razón a que el error de actividad propuesto no se tipifica, la improsperidad del embate ha de ser la consecuencia.

CARGO SEGUNDO

1. Con sustento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se acusa el fallo de quebrantar de manera indirecta los preceptos 879 del Código de Comercio, 174, 176, 177, 180, 187, 232, 241, 248, 258 y 279 del Código de Procedimiento Civil «como consecuencia de error de derecho manifiesto en la apreciación de ciertas pruebas trascendentes».

¹ El resaltado es original.

2. En dirección a demostrar la equivocación, el impugnante expone lo que seguidamente se sintetiza:

Luego de referir las consideraciones del *ad quem*, en las que concluyó que la demandada le quedó adeudando al actor la suma de \$314.434.323 por concepto de la expedición de la resolución n° 554 de 13 de diciembre de 2001, que tuvo un costo de \$551.311.714.56, del que se cancelaron \$117.866.642 por concepto de retenciones y \$119.010.749 por expensas, el casacionista acusa al Tribunal de no haber observado debidamente las reglas de la sana crítica, *«pues el problema jurídico estuvo indebidamente planteado: la valoración probatoria a la larga no estuvo encaminada a desvirtuar la presunción legal del paz y salvo»*, establecida en el artículo 879 del Código de Comercio, según el cual, *«[e]l finiquito de una cuenta hará presumir el pago de las anteriores, cuando el comerciante que lo ha dado arregla sus cuentas en periodos fijos»*, norma aplicable por analogía aunque el curador no es estrictamente un comerciante.

Agrega que el deber del juzgador se debió orientar a establecer la carga del demandante dirigida a desvirtuar esa presunción, sin embargo no le atribuyó el valor demostrativo que la ley le asigna al paz y salvo o finiquito, desconociendo la regla del precepto 276 del Estatuto Procesal Civil, alusivo a que *«[l]as presunciones establecidas en la ley serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados»*.

Señala que si bien el *ad quem* alude a que los testimonios mencionan la existencia de un acuerdo entre los extremos de la controversia que justifica la compensación de la obligación, no hizo ningún esfuerzo oficioso probatorio para despejar esa circunstancia.

A partir de referirse a las pruebas testimoniales vertidas en el proceso relativas a que con base en el paz y salvo expedido por el actor, la accionada efectuó el asiento contable del valor de la resolución antes citada, de aludir al interrogatorio de parte rendido por aquel en el que acepta haber librado tal documento justificando que lo hizo de buena fe, sin haber recibido el pago y de analizar las experticias igualmente rendidas, el casacionista reitera que el *ad quem* realizó una inadecuada valoración de tales dictámenes, dado que se concentró en el saldo de la deuda y no en el efecto liberatorio del «paz y salvo», equivocación que también se presenta al señalar que ambos trabajos habían concluido que con base en dicho escrito se hizo el asiento contable, sin haber salido del patrimonio de la sociedad, la suma pretendida.

Agrega que el error también se presenta al haberle otorgado mérito probatorio al dicho del demandante, sin analizar unas expresiones que infirman su versión, como por ejemplo que nunca antes había expedido licencias de construcción para pagar a plazos y que en este caso sí lo hizo.

Igualmente estima errado que haya reseñado los testimonios sin valorarlos, pues al igual que con los demás elementos de juicio, no les asignó el valor correspondiente y adicionalmente, omitió decretar de oficio la declaración de Ángel Conde Álvarez, dado que los deponentes citados por la convocada hablan de un posible acuerdo, por lo que debió despejar esa zona de penumbra.

Termina señalando que como la trascendencia de esos errores incidieron en la sentencia, la Sala debe casarla.

CONSIDERACIONES

1. Se recuerda que el actor solicitó declarar que en el *«otorgamiento de la licencia de construcción amparada por la resolución No. 554 del 13 de diciembre de 2001, [se] generó a [su] favor»*, luego de realizadas las retenciones o tributos de orden legal, un *«valor neto a cancelar (...) por parte de la entidad demandada (...) de \$433.445.072,00, de los cuales [ésta] (...) solo [le] canceló (...) \$119.010.749,00»*, quedando un remanente de *\$314.434.323,00 (...) por concepto de las expensas»* cuyo pago aquel pretende, junto con sus correspondientes intereses.

2. La accionada manifiesta que no adeuda la suma reclamada, porque el demandante expidió un *«paz y salvo»* por concepto de la aludida *«licencia»*, frente a lo que éste sostiene que lo hizo como exigencia previa al pago de la obligación que en últimas no se concretó en su totalidad.

3. El *ad quem* negó las defensas propuestas por aquella y acogió las súplicas de este, al considerar, con base en las pruebas, que *«el saldo reclamado por el demandante no ha sido cancelado por la sociedad demandada, ya que el paz y salvo se expidió de buena fe por parte del demandante antes de que efectivamente se le cancelara la suma de dinero adeudada»*.

4. La recurrente extraordinaria acusa la anterior decisión de quebrantar indirectamente el canon 879 del Código de Comercio, al igual que los preceptos 174, 176, 177, 180, 187, 232, 241, 248, 258 y 279 del Código de Procedimiento Civil, como consecuencia del error de derecho incurrido, dado que omitió valorar las pruebas en conjunto, no aplicó debidamente la reglas de la sana crítica, ni le atribuyó el valor demostrativo a cada prueba, dentro de ellas, al paz y salvo y tampoco decretó de oficio el testimonio de Ángel Conde Álvarez.

5. De entrada la Sala advierte la preterición de requisitos formales en la sustentación del cargo, lo que impide entrar a examinarlo de fondo, según criterio reiterado por esta Corporación (sentencia CSJ SC, 1° de junio de 2010, exp. 2005-00611-01).

Al respecto se constata que a pesar de que el impugnante se apoyó en el primer motivo de casación atinente a la violación de norma de derecho sustancial, no dio cumplimiento al artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, convertido en legislación permanente por el precepto 162 de la Ley 446 de 1998, en concordancia con el numeral 3°

del 374 del código de enjuiciamiento civil, en el sentido de incluir un precepto de aquel linaje, que constituyendo base esencial del fallo recurrido o habiendo debido serlo, a juicio del recurrente, haya sido transgredido.

En efecto, si bien invocó el canon 879 del Estatuto Mercantil, según el cual *«[e]l finiquito de una cuenta hará presumir el pago de las anteriores, cuando el comerciante que lo ha dado arregla sus cuentas en períodos fijos»*, el mismo no es el llamado a gobernar el asunto planteado, habida cuenta que no se estructuran los supuestos que de él dimanarían, dado que conforme a las referencias procesales, el pago de las expensas derivadas de la expedición de la licencia de construcción, no se pactó que se realizaría por *«períodos fijos»* o por lo menos, tal circunstancia no se acreditó y de haberse convenido de tal manera, no se informó cuáles fueron ellos, como tampoco la existencia de las *«cuentas anteriores»* que permitieran tenerse por satisfechas, de donde entonces, para este particular asunto, la aludida disposición no puede estimarse como sustancial.

En relación con la carga que pesa sobre el casacionista de indicar, al menos una *«norma de derecho sustancial»* que rijan el tema planteado, la Corte en sentencia CSJ SC, 2 sep. 2010, rad. 200-00774-01 expuso:

Surge incuestionable que si el casacionista, al momento de arremeter contra la determinación prolijada por el Tribunal, decide transitar por la senda correspondiente a la causal primera, le compete, inmisiblemente, indicar 'las normas de derecho sustancial que el recurrente estime violadas',

información que, de manera perentoria e inevitable, debe proveerse como así lo establece el inciso 1° del numeral 3° del precepto evocado, regulación normativa con respecto a la cual, la Sala ha expuesto lo siguiente:

‘(...) Como en los cargos objeto de examen se invoca la causal primera de casación para su idoneidad se impone que en ellos se denuncie como vulnerada por lo menos una de las normas de derecho sustancial que gobiernan el caso (...).’

‘Ciertamente, a la luz de las prescripciones del artículo 374 del estatuto procesal, la demanda de casación, entre otros requisitos, debe contener ‘la formulación por separado de los cargos contra la sentencia recurrida, con la exposición de los fundamentos de cada acusación, en forma clara y precisa. Si se trata de la causal primera, se señalarán las normas de derecho sustancial que el recurrente estime violadas (destaca la Corte)’; empero, para cumplir esa exigencia no es factible reseñar cualquier disposición de carácter sustancial, sino que ella debe ser una que por constituir la base esencial de la decisión o porque ha debido serlo, permita su confrontación con la sentencia combatida para determinar si en verdad ésta la trasgrede. Así lo establece el artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, adoptado como legislación permanente por expreso mandato del artículo 162 de la Ley 446 de 1998’

‘Valga acotar, que no se trata de exigirle al recurrente que integre una proposición jurídica completa –carga de la que la norma antes citada lo eximió–, sino de señalar una de las normas sustanciales que rigen el caso y que, a juicio del censor, fueron infringidas por el sentenciador, ya porque dejó de aplicarlas, ora porque las aplicó incorrectamente, o, en fin, porque las interpretó de forma errónea’ (...).

6. Así mismo, dado que el recurrente señaló como quebrantados los cánones 174, 176, 177, 180, 187, 232, 241, 248, 258 y 279 del C. de P.C., ha de exponerse que ellos tampoco satisfacen la supraindicada exigencia técnica, al no tener carácter «sustancial», pues versan respectivamente, sobre la *«necesidad de la prueba»*, las *«presunciones establecidas en la ley»*, la *«carga de la prueba»*, el *«decreto y práctica de pruebas de oficio»*, la *«apreciación de las pruebas»*, la *«limitación de la eficacia del testimonio»*, la *«apreciación del dictamen»*, los *«requisitos de los indicios»*, la *«indivisibilidad y alcance probatorio del documento»* y el *«alcance probatorio de los documentos privados»*, por lo que su invocación es insuficiente para los propósitos exigidos, cuando el reproche al fallo del *ad quem* se soporta en el primer motivo de casación, esto es, por vulnerar *«una norma de derecho sustancial»*.

La Corte, refiriéndose a la naturaleza del *«precepto sustancial»*, en fallo CSJ SC, 14 dic. 2010, rad. 2006-00050-01, reiteró que por él

‘(...) se entiende el que declara, crea, modifica o extingue relaciones jurídicas concretas, es decir, el que se ocupa de regular una situación de hecho, respecto de la cual deba seguirse una consecuencia jurídica, ese calificativo no lo pueden tener los artículos que regulan determinada actividad probatoria o procesal. Los de aquélla, porque su violación simplemente constituye un puente para dar al traste con el derecho sustancial, como así lo diferenció el legislador (artículo 374, in fine, del Código de Procedimiento Civil), y los de ésta, porque su trasgresión lo que ponen en entredicho son las garantías mínimas de defensa y contradicción, para cuya defensa, en

casación, se instituyó una causal distinta a la instituida para denunciar errores de juzgamiento' (...).

7. Como en este caso, se invocó una norma mercantil que no regenta el asunto debatido y las restantes citadas son de estirpe probatorio, no hay duda que se incumplió la exigencia de referir, al menos, una norma de «derecho sustancial» que por constituir el sustento central de la decisión o que debió serlo, permitiera contrastarla con el fallo atacado extraordinariamente, con miras a establecer si en realidad éste la quebrantó, falencia técnica que en consecuencia, torna inidóneo el cargo que ahora ocupa la atención de la Corte y releva a esta de adentrarse en su análisis de fondo.

8. Lo así analizado conlleva a la improsperidad de la censura, la imposición de costas a su proponente, según lo previsto en el inciso final, artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, y el señalamiento de agencias en derecho como lo dispone el precepto 392 ibídem, para lo cual se tendrá en cuenta que el opositor replicó la presente impugnación extraordinaria.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

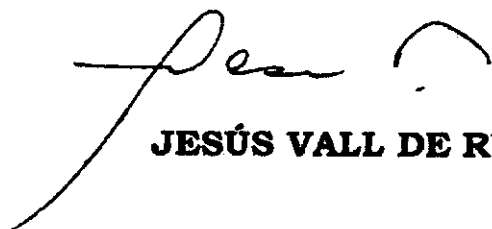
Primero: No casar la sentencia proferida el 16 de agosto de 2012 por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, dentro del proceso de la referencia.

Segundo: Condenar en costas a la recurrente en casación.

Tercero: Incluir en la correspondiente liquidación que efectuará la secretaría, la suma de seis millones de pesos (\$6.000.000), por concepto de agencias en derecho.

Cuarto: Devolver la actuación surtida al Tribunal de origen.

Cópiese y notifíquese



JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ



RUTH MARINA DÍAZ RUEDA



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ



ARIEL SALAZAR RAMÍREZ



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA