

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION CIVIL

MARGARITA CABELLO BLANCO
Magistrada ponente

SC15413-2014

Radicación n.º 11001 31 03 012 2005 00410 01

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

Bogotá, D. C., once (11) de noviembre de dos mil catorce (2014).

Decide la Corte el recurso de casación que la accionante SOCIEDAD REHACER Y CIA LTDA. AGENCIA DE SEGUROS, a través de apoderado, interpuso contra la sentencia proferida el 16 de abril de 2012 por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso ordinario que la recurrente inició contra LA PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS.

ANTECEDENTES

1. Del escrito contentivo del libelo introductorio del proceso, se desprende que las súplicas fueron tres principales y varias consecuenciales de cada una de ellas, las cuales se concretan en que se reconozca que la actora

tiene derecho a percibir las comisiones correspondientes a su intermediación de seguros en la colocación de las pólizas con que se aseguró a la Empresa PUERTOS DE COLOMBIA, en los ramos de «casco de barcos del asegurado», por la suma de OCHENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN MIL CIENTO CUARENTA Y CUATRO PESOS CON VEINTIUN CENTAVOS (\$86.481.144.21); por «incendio» el valor de CIENTO DOCE MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS TREINTA Y DOS PESOS CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS (\$112.234.732.66); y por la colocación de las pólizas de la modalidad «todo riesgo», un monto total de OCHENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS CON VEITICINCO CENTAVOS (82.295.597.25). Todo lo anterior, más los intereses de mora calculados «a la máxima tasa certificada por la Superintendencia Bancaria durante cada periodo de mora» desde el momento en que se hicieron exigibles cada una de las obligaciones.

2. Son fundamentos centrales de las anteriores pretensiones los hechos que a continuación se compendian:

2.1 REHACER Y CÍA. LTDA. ASESORES DE SEGUROS (hoy REHACER Y CÍA. LTDA. AGENCIA DE SEGUROS) actuó como intermediaria de seguros entre la PREVISORA S.A. y el asegurado PUERTOS DE COLOMBIA, en el tiempo comprendido entre los años 1991 y 1994.

2.2 Durante el período en mención se llevó a cabo la expedición de la póliza de seguro de casco barcos No. 3786 para PUERTOS DE COLOMBIA con la intermediación de la opositora.

2.3 Entre el 11 de octubre de 1991 y el 10 de octubre de 1992, la prima acordada en la prenombrada póliza fue fijada en la suma de \$1.539´797.664.

2.4 La convocada expidió el 13 de noviembre de 1991 la factura No. 0003786, y la comisión debía ser pagada el 6 de diciembre de 1991 en cuantía de \$50´043.424.08, de la que el 8 de febrero de 1994 fue cancelada en monto de \$397.375.53, por lo que la PREVISORA S.A. adeuda \$49´646.048.55. El 7 de enero de 1992 fue expedida la factura 301243, y por ser la comisión de intermediación en la expedición de la póliza del 5% sobre el valor de la prima, ésta ascendía a \$3´884.365, los cuales debían ser cancelados el 5 de febrero de 1992, pero sólo cumplió con el pago de \$395.272.60 el 8 de febrero de 1994, de donde, afirma, se encuentra en mora de atender el pago que le corresponde por \$3´489.092.40.

2.5 Posteriormente fue expedida la póliza No. 10080, y dentro del lapso comprendido entre el 1° de febrero de 1992 y el 31 de enero de 1993, se generaron las primas por valor \$35´094.060.00, y \$5´050.000, siendo la comisión del 3.25%, misma que se cancelaría el 5 de abril de 1992, por la primera en la suma de \$1´140.556.95; y por la segunda el

monto equivalía a \$164.125, de los que se pagó \$72.315.50 el 8 de febrero de 1994, existiendo mora en el pago de \$91.809.50.

Adicionalmente se generó una prima por valor de \$8'900.000.00 según lo revela la factura No. 377582. El porcentaje se pactó en \$289.250, se abonaron \$72.315.50 y aún se adeudan \$216.934.50.

2.6 De otra parte, se expidió la póliza 10087 con una prima de \$4'200.000, cuya factura de cobro data del 11 de febrero de 1993; la comisión debía pagarse el 5 de marzo en un equivalente a \$136.500; solo se pagó \$34.125.00 el 8 de febrero de 1994, quedando un pendiente a su favor por el saldo.

Además, dice, se causó una prima de \$23.177.020, por lo que la comisión era de \$753.253.15, obligación que se adeuda en su totalidad.

2.7 Señala que se libró la póliza No. 10079 dentro de la vigencia del 16 de diciembre de 1992 al 13 de febrero de 1993, la prima fue de \$9'731.632.00; comisión que se debió pagar el 5 de marzo de 1993 en promedio de 3.75% por lo que su equivalente es de \$364.936.20, valor del que únicamente recibió \$91.234.05 adeudándose \$273.702.15.

2.8 Consecutivamente se suscribió otro contrato de idéntica índole, con vigencia determinada entre el 11 de

octubre de 1993 y el 31 de diciembre del mismo año, con una prima de \$267'302.878, según la factura 474086, pero la comisión a que tenía derecho la demandante que equivalía a \$8'687.340.57, se adeuda por la pasiva íntegramente.

2.9 Asegura que se convino otro negocio jurídico de igual linaje, con vigencia entre el 1° de enero de 1994 y el 28 de febrero de ese mismo calendario, cuya prima era de \$399'323.722, y la comisión fijada equivalente del 3.25%, se adeuda en su totalidad.

2.10 Manifiesta que en lo concerniente a las pólizas del ramo "*casco barco*", la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS adeuda a la demandante un total de \$86'481.144.21, con los respectivos intereses de mora.

2.11 La sociedad REHACER Y CÍA. LTDA., actuó como intermediaria de seguros en el ramo de incendio respecto de la aseguradora demandada y el asegurado PUERTOS DE COLOMBIA entre 1991 y 1994, período en el que se expidieron pólizas con las vigencias y primas enunciadas en el libelo genitor.

2.12 En el orden en que quedaron señaladas las sumas de las primas, la accionada debe por concepto de comisiones unos rubros que, juntos todos ascienden a \$112'234.732.66.

3. Admitida la demanda por auto de 1

.2 de septiembre de 2005, el Juzgador *a quo* corrió el respectivo traslado al extremo pasivo quien, después de hallarse notificado en debida forma, la contestó oponiéndose a las pretensiones incoadas. En la misma senda formuló como medios exceptivos los que denominó (i) prescripción de la acción; (ii) inexistencia de la obligación y (iii) la genérica o innominada.

4. Surtido el trámite procedimental de rigor, el juez de instancia Primero Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá, en sentencia de 29 de marzo de 2011 negó las pretensiones, por considerar no estar probados los hechos relacionados con el *«porcentaje convenido por la colocación de las pólizas, su forma de pago, la exigibilidad para el asegurador de pagar las comisiones y la cuantía de las comisiones insolutas, aspectos que el extremo demandante debió acreditar con suficiencia (...)»*.

Frente al descrito proveído la parte actora presentó recurso de apelación.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El fallador, luego de destacar la concurrencia de los presupuestos procesales y la ausencia de vicios que pudieran dar al traste con lo actuado, anunció que no existe reparo en la condición de corredor de seguros que ostenta la SOCIEDAD REHACER Y CIA LTDA, según se desprende de su objeto social, de suerte que la función se aviene a lo

consignado en el artículo 1347 del Código de Comercio, en armonía con lo señalado en el precepto 1341 de la misma obra.

Expresó que, conforme a lo dispuesto en los cánones mencionados, resulta indiscutible *«que el corredor de seguros puede reclamar válidamente que se le reconozca la comisión por intermediación, en la forma y términos que se haya estipulado o convenido, no solo en cuanto al valor o precio, sino a la forma, término y demás condiciones en que se haya acordado en el contrato que autoriza para intervenir en nombre de la aseguradora»*.

Igualmente aceptó la labor de intermediación de la Sociedad actora frente a PUERTOS DE COLOMBIA en los períodos comprendidos entre 1991 y 1994, para decir que debe centrarse la discusión en precisar, si se demostró o no, que *«la pasiva le adeuda los montos señalados en las pretensiones, por los conceptos reseñados en el capítulo de los hechos del libelo introductor, y desde cuando incurrió en la mora de las referidas cuantías»*, en razón del porcentaje a que tendría derecho.

Abordó la inconformidad planteada por el recurrente al expresar que el *a quo* desconoció *«el principio de la prueba de confesión»* teniendo en cuenta la manera en que la opositora contestó los hechos de la demanda, advirtiendo que no es cierto que la respuesta al libelo contenía la aceptación de eventos que acarrearían consecuencias jurídicas adversas,

puesto que en el pliego de respuesta *«no se avistan aquellos elementos que puedan conducir a colegir, que acepta el extremo pasivo las deudas pretendidas por el actor a su favor, pues, por el contrario su posición es contundente y clara en oponerse a las intenciones del demandante»*.

También dijo que si bien la convocada acepta algunos hechos como la existencia del corretaje, o que se emitieron las pólizas, tales manifestaciones no comprometen su responsabilidad en el tema, teniendo en cuenta *«que los aspectos fácticos que aluden a los cobros, el monto del porcentaje, la discriminación de los instalamentos en que la demanda divide las primas, no merecieron su aceptación»*.

Adicionalmente manifestó sobre unas documentales aportadas por las partes en litigio, que aquellas no atienden los presupuestos necesarios para derivar de ahí el valor probatorio perseguido, debido a que no hay seguridad sobre la persona que los creó, y en su contenido no existe rúbrica que permita averiguar quien los elaboró; *«además, por tratarse de documentos que refieren a unos pagos de comisiones, no sirven de pábulo a ninguna de las pretensiones de las partes, pues soslayan el obligado parangón que el juez echó de menos al momento de decidir»*, toda vez que la convocante no acreditó la remuneración estipulada con la opositora que no se le pagó, entre otras razones porque, siendo pedida por ella la práctica de un dictamen pericial que sirviera de guía al juzgador para verificar las primas aportadas al igual que el pago o no de

ellas, desistió de la diligencia, lo que se aceptó, «*sin que exista otro medio de convicción encaminado a tal fin, orfandad probatoria*», que lo condujo a ratificar lo dispuesto por el sentenciador de primer grado.

Se refirió seguidamente, para soportar la conclusión a la que arribó, al principio de la necesidad de la prueba, destacando que los medios de convicción se erigen en el centro de acopio de los pronunciamientos de la jurisdicción; igualmente aludió al postulado de la autorresponsabilidad y al de la valoración integral que exige el mandato previsto en el artículo 187 instrumental civil.

LA DEMANDA DE CASACION

Dos cargos formuló el recurrente contra la sentencia del *ad quem*; el primero por existir nulidad y el segundo por violación indirecta de la ley sustancial, los cuales se despacharán en el mismo orden propuesto.

CARGO PRIMERO

Se acusa la sentencia con fundamento en la causal 5° del artículo 368 del CPC por cuanto que, en el trámite de la segunda instancia, al realizarse «*la audiencia de que trata el artículo 360 del CPC, llevada a cabo a solicitud del suscrito, se tramitó frente a una Sala de Decisión diferente de la que profirió el fallo impugnado*».

Señaló que para la viabilidad de la causal quinta de casación se requiere: (i) que se incurra en alguna de las causales consagradas en el artículo 140 del Estatuto de los ritos civiles y (ii) que no se haya saneado.

Para la demostración de los presupuestos enunció, que la no realización de la audiencia de alegatos contemplados en el artículo 360 de la misma obra, es causa de nulidad de conformidad con el canon 140.6, y aseguró que los contradictores *«en tiempo hábil, solicitaron que el ad quem celebrara la mencionada audiencia en segunda instancia con resultado fallido, porque el Tribunal hizo caso omiso de la petición en dicho sentido, hasta el punto que fenecido el traslado dado a ambos contendores para que alegaran de conclusión, el expediente fue pasado al Despacho del Magistrado ponente (...)*», ahí permaneció y solo egresó cuando se dictó el proveído que finiquitó el trámite en el segundo grado, circunstancia que evidencia el derecho de los impugnantes *«a formular alegatos en audiencia y presentar después un compendio escrito de los argumentos en pro de su causa»*.

Manifestó que la parte actora por conducto de su mandatario judicial *«solicitó la realización de la audiencia de que trata el artículo 360 del CPC, la cual se decretó y se llevó a cabo ante la Sala de Decisión del Tribunal Superior, integrada por los H. Magistrados (...)*»; pero el expediente fue remitido a la Sala Civil de Descongestión del Tribunal del mismo Distrito Judicial, integrada por unos Magistrados

diferentes quienes, sin practicar la diligencia indicada, *«a pesar de haber sido ella solicitado en tiempo, toman la decisión impugnada de plano, incurriendo de esta forma en la causal de nulidad impetrada como motivo de casación»*.

Planteó que la realización de la diligencia no es un simple formalismo, sino que debe practicarse frente a la Sala encargada de desatar la impugnación, pues su naturaleza es distinta a la sustentación del recurso de apelación que se hace con antelación a ella. De tal manera, destaca, *«a la audiencia no concurrió ninguno de los Magistrados integrantes de la Sala que tomó la decisión, razón por la cual, además, la audiencia sería nula»*.

Sobre el no saneamiento de la causal de invalidación procesal, afirmó que *«basta poner de presente que los recurrentes extraordinarios hicieron la solicitud pertinente y que la única respuesta que se les suministró fue el silencio absoluto, hasta el punto que como contestación final se dictó la sentencia resolviendo el proceso sin aludir a lo deprecado»*.

Agregó que, siendo una nulidad saneable, en el caso no se produjo dado que los afectados no tuvieron la oportunidad de hacerlo, pues solo se enteraron que su solicitud se denegó cuando se profirió la sentencia.

Seguidamente, se refirió a distintos precedentes de la Corporación con base en los cuales se ha declarado la nulidad en los eventos en que, habiéndose pedido la

celebración de la audiencia de alegaciones en oportunidad legal para hacerlo, la segunda instancia lo haya desestimado a través del silencio.

CONSIDERACIONES

1. Se fundamenta la acusación, como se dijo en precedencia, en la causal quinta del artículo 368 del Código Procesal Civil referente a *«Haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 140, siempre que no se hubiere saneado»*.

1.1 La nulidad surge como uno de los principales mecanismos que procura la salvaguarda de las formas propias del juicio, siempre que afecten de modo importante la eficiencia del mismo, por estar concebida excepcionalmente para aquellos casos en que el vicio no pueda corregirse de otra manera por no alcanzar el acto su finalidad.

Es entendida como, ha dicho la Sala, *«la sanción que produce la ineficacia de lo actuado en un proceso, cuando éste no se ha ceñido a las prescripciones de la ley que regula el procedimiento»*. (CSJ SC Sent. Jun 30 de 2006, radicación n. 2003 00026 01). Tiene su soporte en el debido proceso y el derecho de defensa, pues su razón de ser radica en asegurar la protección constitucional al interior de la actuación judicial, de acuerdo con lo consagrado en el canon 29 superior.

Las nulidades procesales son de interpretación restringida y no admiten analogía. Se orientan bajo los principios de especificidad, según el cual aquellas no se producen si no hay norma que expresamente la consagre, el principio de protección, es decir que mientras no se declare una nulidad, el acto se considera válido y surte plenos efectos, el de disponibilidad que permite su renuncia, el de lealtad procesal que obliga a las partes a reclamarla inmediatamente la hayan observado, el de preclusión porque si la parte interesada no alega el vicio en su momento, pierde la oportunidad de hacerlo y el de trascendencia, referido a la necesidad de que la irregularidad reclamada para que opere debe causar un perjuicio a la parte que la alega.

1.2 Para que el yerro citado como causal de anulación a través del recurso extraordinario tenga efectos, se requiere, como ya se advirtió, que se trate de nulidades procesales consagradas en el artículo 140 del CPC exclusivamente; en efecto, manifestó la Corporación sobre el punto que, *«tratándose de nulidad originada en la sentencia, al proferirse desconociendo la solicitud oportuna de la audiencia, la parte legitimada, podrá invocarla mediante la interposición del recurso extraordinario de casación por la causal quinta, dentro de cuyas exigencias, está la presencia de una de las causales expresas, taxativas y limitativas establecidas en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil. (CSJ SC Sent. Abr. 29 de 2009, radicación n. 2002-00050). (Subrayado fuera de texto).*

2. El plurimencionado artículo 140, en su numeral 6°, establece como motivo de nulidad, la omisión de «*los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión*».

La norma reseñada eleva a la categoría de nulidad del proceso la omisión de los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión, circunstancia que se configura cuando el juez priva a las partes de la posibilidad de ejercitar tales actos en los momentos señalados en el Código, desconociéndoles de esa manera su derecho de defensa y de contradicción.

2.1 A su turno, el artículo 360 procesal civil, reglamenta los pasos a seguir en virtud del recurso de apelación que se interponga y conceda contra una sentencia, señalando que: «*...Ejecutoriado el auto que admite el recurso, o transcurrido el término para practicar pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por el término de cinco días a cada una, en la forma indicada para la apelación de autos...*», y agrega la norma, que surtido ese traslado, si las partes o una de ellas solicitó dentro del referido término realización de audiencia, se señalará fecha para la misma, una vez repartido el proyecto de fallo, la que, luego de llevarse a cabo y presentarse por escrito los correspondientes alegatos, se procederá a dictar sentencia.

Entre las oportunidades con que cuentan los litigantes dentro del juicio para formular sus argumentos finales se

encuentra la audiencia regulada en la disposición trasuntada, cuya celebración tiene lugar en el curso de la apelación de las sentencias cuando esta se surte ante un órgano colegiado, con la finalidad de que aquellos puedan exponer frente a la Sala que decidirá la segunda instancia, las razones en que fundamentan su inconformidad o, en su caso, su aquiescencia con la determinación censurada, como también la posibilidad de explicitar la argumentación en que sustentan su posición frente al tema debatido y controvertir la de su contendiente.

La omisión en la realización material de la diligencia consagrada en el precepto comentado genera la nulidad del proceso por preterición de un momento procesal de trascendencia como es el traslado para alegar, pues *«constituye una nueva oportunidad para que las partes expresen frente a la respectiva sala de decisión las razones que les asiste para compartir o controvertir la sentencia impugnada, contando además con una oportunidad adicional de tres días para presentar resumen escrito de lo alegado»* (sentencias de 22 de julio de 1997, exp. 6200, julio 6 de 2007, exp. 1989-09134-01; entre otras).

3. El cargo plantea en esencia, que se solicitó la práctica de audiencia de alegatos que contempla el precepto 360 instrumental civil y ella se realizó ante una Sala de Decisión del Tribunal de Bogotá diferente a la que profirió la sentencia, lo que evidencia que el nuevo fallo dictado por el

juez plural de descongestión le cercenó el derecho a ser oído.

Como supuesto fáctico de su reclamo expresó que estando el proceso en trámite del recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, se decretó y llevó a cabo la señalada audiencia, empero luego de ello el expediente fue remitido a la Sala Civil de Descongestión del mismo Distrito Judicial integrada por unos nuevos Magistrados, *«es decir a una Sala de Decisión diferente, quienes sin practicar la audiencia de que trata el artículo 360 del CPC, a pesar de haber sido ella solicitada en tiempo, toman la decisión impugnada de plano, incurriendo de esta forma en la causal de nulidad impetrada como motivo de casación»*.

4. Enunciado lo anterior, en punto a verificar la regularidad del trámite surtido en el segundo grado, basta un recuento de las actuaciones que ante el Tribunal de conocimiento y el de descongestión se produjeron, así: (i) el asunto se repartió a la Magistrada sustanciadora (folio 2); (ii) por auto de 22 de junio de 2011 fue admitido recurso de apelación interpuesto por la parte actora (folio 3); (iii) en proveído de 6 de julio de 2011 la ponente dispuso: *«córrase traslado a las partes por el término de cinco (05) días para que presenten sus alegatos (...)*» (folio 4); (iv) por auto de 10 de agosto de ese mismo año se ordenó *«en atención de lo solicitado por el apelante, y de conformidad con el inciso 2º*

del artículo 360 del C de P.C., se señala la hora de las 9:30 a.m., del 25 de agosto de 2011, para llevar a cabo la audiencia ahí prevista» (folios 25); (v) en acta de esa fecha se aplazó la diligencia «en atención al cúmulo de acciones de tutela que se encuentran para estudio de la Sala (...)» (folios 26, 27); (vi) en diligencia de 15 de septiembre de 2011 se realizó la audiencia (folios 28, 29) y (vii) decisión de segunda instancia de 16 de abril de 2012 proferida por los Magistrados de Descongestión (folios 30-48).

4.1 La confrontación de la crítica con las piezas militantes en el expediente, revelan pues, sin dubitación alguna, que la audiencia efectivamente se practicó y en ese orden la actuación, en lo que al reproche propuesto concierne, no adolece de ninguna irregularidad.

Ahora bien, si en gracia de discusión, se aceptara que en el acta con constancia de lo sucedido en la audiencia de que trata el precepto 360 instrumental civil (folios 28 y 29), no aparecen consignados los resúmenes con las intervenciones de cada parte, el mismo apoderado aquí casacionista tuvo oportunidad —sin haberlo hecho— para reclamar que se condensaran esos extractos que no se anexaron a la pieza procesal, o de presentar directamente el compendio de su alegación.

4.2 De otro lado, si bien se reclama que la diligencia se practicó ante una Sala de Decisión diferente a la que dictó la sentencia combatida; ello, *per se*, tampoco constituye vicio

procesal de ninguna especie dado que, la facultad para adoptar medidas de descongestión y crear jueces o salas especializadas para tramitar causas litigiosas en curso, o para fallar, como ocurrió en el presente caso, es una atribución legal que tiene el Consejo Superior de la Judicatura merced a las previsiones del artículo 85.5 de la ley 270 de 1996 y el precepto 63 *ejusdem*, modificado por el artículo 15 de la ley 1285 de 2009.

En definitiva, al haber tenido la promotora del proceso la oportunidad de presentar ante el Tribunal durante el curso de la segunda instancia los alegatos a que se refiere el canon 360 del CPC, no se violentó el derecho al debido proceso del que se duele el recurrente.

Por consiguiente, la acusación no se abre paso.

CARGO SEGUNDO

Se fundamentó en la causal primera prevista en el precepto 368 *ejusdem*, por infracción indirecta de los artículos 864, 871 y 1341 del Código de Comercio, 1494, 1495, 1502, 1530, 1602, 1603, 1608, 1613 a 1615, 1617 y 1626 del Código Civil y los cánones 95, 177, 187, 194, 195, 197, 198, 210, 252, 254, 269, 277 y 279 del CPC, como consecuencia de los errores probatorios de hecho que cometió el Tribunal, «*por cuanto omitió analizar o apreciar las pruebas de confesión ficta o presunta y las documentales que en verdad sí existen en los autos*».

Comenzó por destacar, que el juicio del fallador *ad quem* se centró en que la actora no demostró «*ni el monto de las sumas que adeuda la demandada, ni el monto a partir del cual dicha obligación se generó*» para calcular los correspondientes intereses de mora, lo que resulta contrario a la realidad.

Trasuntó el artículo 863 del Código de Comercio y señaló que de esa disposición deriva que: (i) el corredor tiene derecho a la remuneración estipulada; (ii) que en el contrato de seguros la remuneración la paga el asegurador y (iii) que aquél tiene derecho a su remuneración en todos los casos en que se celebre el negocio en que él intervenga.

Reprodujo unos apartes de la sentencia combatida que explican cómo, el extremo pasivo se opuso a las intenciones de la convocante, circunstancia de la que se duele porque, dice, «*en el alegato de conclusión que presentamos en la primera instancia, se encuentran señalados uno a uno los hechos de la demanda, que son abundantes, junto con la referencia de la contestación de todos y cada uno de ellos*».

Seguidamente relacionó todos los hechos vinculados con «*LA PRETENSIÓN PRIMERA PRINCIPAL Y SUS CONSECUENCIALES*», expresando respecto de cada una de ellas que, se lograron probar «*con la confesión de la apoderada del demandado en la contestación de la demanda*».

y con la carta 00020900 de septiembre 29 de 2004 del demandado que se anexó a la demanda».

Después, y en relación nuevamente con cada uno de los sustentos fácticos del libelo y exponer las fechas en que se pagarían las comisiones pactadas, anotó también respecto de cada hecho, que debió *«entenderse probado por el indicio grave en contra del demandado por la respuesta evasiva a este hecho»*.

Lo propio hizo en relación con los hechos que sustentaron la *«PRETENSIÓN SEGUNDA PRINCIPAL Y SUS CONSECUENCIALES»* y la *«TERCERA PRINCIPAL Y SUS CONSECUENCIALES»* pues, según dijo, aquellos se demostraron con la confesión de la apoderada de la opositora en la respuesta del libelo genitor y con el cuadro anexo a la comunicación 00020900 de septiembre 29 de 2004.

Igualmente, respecto de las comisiones acordadas, advirtió de nuevo que deben tenerse por acreditadas *«por el indicio grave en contra del demandado por la respuesta evasiva a este hecho»*, planteada al contestar el escrito introductorio.

Dijo, que contrario a lo esgrimido en la sentencia recurrida, *«existen múltiples hechos frente a los cuales sí hay una confesión expresada de la apoderada judicial»* de la pasiva, quien respondió en los términos del precepto 197 del CPC., y esa confesión se vincula, no solo con la existencia

del contrato de corretaje, sino con el pacto de los porcentajes de comisión, lo que relevó a la parte actora «*de la práctica de la prueba adicional para su demostración*».

Añade, que lo anterior es vital porque de ello depende la prosperidad de la acción casacional, junto a la «*determinación del efecto que esta conducta tiene dentro del tema probatorio del proceso*», circunstancia que soportó en lo dispuesto por el numeral 2° del artículo 92 relativo a los puntos que debe contener la contestación de la demanda y a los deberes conductuales de los extremos del litigio, destacando sobre lo último el numeral 1° del artículo 71 *ejusdem*, que obliga a las partes a actuar con lealtad y buena fe.

De esa suerte, expresa que al responder sobre un hecho que no le consta al opositor siempre debe aludir a conductas relativas a la actividad de terceras personas, no a las propias, «*frente a las cuales está obligado a contestar si un determinado hecho le consta o no. Por ejemplo, si dentro de la demanda se afirma que un tercero recibió un dinero, hecho que puede ser relevante para los efectos procesales, el demandado puede contestar que tal hecho no le consta, si efecto (sic) así ha sido. No obstante, si en la demanda se asevera que el demandado recibió un dinero, él no está posibilitado para responder que no le consta, pues se trata de una aseveración relacionada con una conducta propia, frente a la cual está obligado a responder si es cierto o no. En este punto, una contestación de no constarle un hecho, debe ser*

considerada como una falta de contestación de la demanda o un pronunciamiento expreso sobre los hechos planteados en tal situación, que deben ser apreciadas por el juez como indicio grave en contra del demandado».

Transcribió varios hechos de la demanda junto a las respectivas repuestas de la entidad accionanda, y en cuanto al primer sustrato fáctico explicó, que lo afirmado por la PREVISORA S.A debía apreciarse como indicio grave, «*en razón a que el demandado manifiesta no constarle un hecho relacionado con un pacto que él mismo celebró, justificando su respuesta en el hecho de no haber sido aportado*» por la actora el acuerdo en el que conste lo convenido sobre la fecha del pago de la comisión, «*como si se tratara de un pacto celebrado entre mi mandante y un tercero*».

Expuso, que resulta grave la consideración de la sentencia recurrida cuando advirtió que las documentales no incorporan los requisitos mínimos para derivar el efecto probatorio perseguido, puesto que no existe certeza sobre la persona que lo elaboró y en su contenido no aparece la rúbrica que permita averiguar su autoría, de manera que erró el Tribunal en la «*interpretación probatoria frente a la valoración de la prueba documental obrante en el plenario*».

Manifiesta que la conducta renuente del demandado no solo provino de las actuaciones de su mandataria judicial sino, que comenzó desde el momento en que se elevó a LA PREVISORA el derecho de petición de 13 de enero de 2004,

solicitud que inicialmente se negó a contestar, debiendo hacerlo a instancia de la Procuraduría General de la Nación, autoridad *«que prácticamente tuvo que obligar al demandado a suministrar la información»* requerida, según se lee en la comunicación 00020900 de septiembre 29 de 2004 y su anexo visible en los folios 11 a 60, piezas que logran demostrar, dice, *«todas las pólizas de seguro en las que mi mandante actuó como intermediario de seguros en las que por instrucciones del tomador debía figurar, señalando el ramo, el valor de la prima, la fecha de emisión de la factura correspondiente a dicha prima y la vigencia de la póliza»*.

Después informa que la misma carta, contiene adjunto el cuadro con la información requerida en relación con los pagos que se hicieron a la convocante por razón de su intervención como agente de seguros de PUERTOS DE COLOMBIA, y acto seguido señala que *«la forma como deben analizarse estas dos pruebas es la siguiente»*: por una parte, que la información proviene directamente de la parte demandada, y por otro, que el cuadro remitido contiene la información atinente a la póliza de seguro, la factura, el valor de la prima y el nombre del intermediario, de ahí que el cálculo que sigue *«es elemental y fue precisamente el que se hizo al momento de presentar la demanda, no obstante lo cual, a la Sala le parece que dicho cálculo, para otorgarle valor probatorio, ha debido ser hecho por un perito. Yo me pregunto ¿para hacer un cálculo simplemente aritmético son necesarios especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos?»*.

Refiere que se observa un «*flagrante desconocimiento de la normatividad vigente en materia de prueba documental, pues a pesar de invocar las disposiciones aplicables al caso*» les dispensa un mérito distinto al que corresponde en realidad. En efecto, manifiesta que parece que el Tribunal hubiera entendido que los anexos a la comunicación en referencia no hacen parte de ella, por lo que se trata de piezas sin firma que nada demuestran, desconociendo que el oficio explícitamente indicó que aquellas adendas «*hacen parte integral*» de él.

Señala que no se entiende la referencia que hace el juzgador plural al aludir a documentos emanados de terceros, cuando todos ellos fueron expedidos por la misma parte convocada, quien no los tachó de falso en ninguna de las oportunidades, incluso, otros se aportaron a instancia de ella, «*con lo cual de suyo está reconociendo su autenticidad conforme lo dispone el artículo 276 del C de P.C.*».

Por último, aludió a otra pieza de la que dijo, que la Sala del órgano colegiado «*no le concede valor probatorio (...) a pesar de haber sido aportado por la misma demandada y no se trata de documento emanado de un tercero.*».

CONSIDERACIONES

1. Las sentencias proferidas por los juzgadores de instancia gozan de una legítima presunción de rectitud, en virtud de lo cual, en línea de principio, la apreciación de los

medios de convicción, se tiene por correcta y apegada a los lineamientos fijados por el ordenamiento jurídico. De tal suerte, quien promueve un recurso extraordinario y dispositivo como la casación, debe hacerse a la empresa de desvirtuar dicha presunción, demostrando errores de procedimiento o de juzgamiento por parte del fallador.

Tratándose de estos últimos, en particular cuando la censura pretende establecer la existencia de irregularidades vinculadas a la apreciación material de las pruebas, corresponde al embate evidenciar la configuración de errores de hecho que hayan tenido origen en la preterición de algún elemento demostrativo militante en el expediente, o en la suposición de uno que realmente no está en los autos, o en la alteración, distorsión o cercenamiento del contenido de cualquier probanza.

2. Como quedó reseñado, en este caso el Tribunal basó su decisión en que el demandante no acreditó en estrictez, los montos señalados en las pretensiones, y la época a partir de la cual la opositora incurrió en mora de las referidas cuantías por razón del porcentaje al que podría tener derecho.

Descartó que lo reclamado se hubiere demostrado a través de la prueba de confesión, y, sobre los documentos aportados dijo, que no cumplen con los presupuestos mínimos para derivar de ellos el mérito probatorio perseguido.

3. Expuesta la base toral de la sentencia combatida, al confrontarla con el texto del segundo cargo trazado en el libelo casacional, se observan desaciertos que alejan a la crítica de adecuarse a los requisitos formales y de técnica que se predicen del recurso, erigiéndose una dificultad insalvable en ella.

3.1 La naturaleza extraordinaria y eminentemente dispositiva de la casación, implica que la demanda reúna los presupuestos de forma señalados entre otros en el artículo 374 del CPC, a efecto de perfilar los derroteros dentro de los que ha de discurrir la Corte.

Entre esas exigencias conviene destacar aquella según la cual el libelo debe contener la exposición de los fundamentos de cada acusación, en forma clara y precisa (numeral 3° del precepto *Ibidem*), esto es, sin ambigüedad alguna, de suerte que no surja duda sobre la identificación del error denunciado, por ejemplo si es de hecho o es de derecho.

La jurisprudencia de esta Sala ha dicho, con relación a las condiciones que debe cumplir la sustentación del cargo, que la claridad supone que «*la demanda debe ser perceptible por la inteligencia sin duda ni confusión*», es decir, que sea «*fácil de entender no sólo en su presentación sintáctica, sino también en su construcción lógica*», mientras que la precisión hace referencia a que la recriminación sea exacta, rigurosa y contenga todos los datos que permitan individualizarla

dentro de la esfera propia de la causal o de los yerros en que halla estribo.

Resulta pertinente recordar al respecto las palabras de la Corte cuando ha señalado *«que además de estarle vedado al impugnante mixturar las dos forma de ataque en un mismo cargo, tampoco le es permitido acudir arbitrariamente a cualquiera de ellas, pues le será imperioso trazar la acusación por la vía directa cuando no existan errores de hecho o de derecho en la apreciación probatoria imputables al juzgador, de modo que la disconformidad con la sentencia cuestionada deberá ubicarse por fuerza, en el ámbito estrictamente jurídico. Por el contrario, cuando la discrepancia con la decisión recurrida se anide en sus fundamentos fácticos, deberá perfilar la censura por la vía indirecta, encontrándose impelido, en tal supuesto, a definir clara y puntualmente la especie de error que le endilga al fallador, es decir, si es de hecho o de derecho»*. (CSJ CS Auto 035 de 17 de agosto de 1999, reiterado en Auto de Oct. 5 de 2010, radicación n. 1992-01194).

En la misma dirección, la Corporación ha definido, que *«la exigencia de ‘precisión obliga a que ‘la acusación sea exacta, rigurosa (...) que contenga todos los datos que permitan individualizarla dentro de la esfera propia de la causal que le sirve de sustento’ (Sent. Cas. Civ. No. 114 de 15 de septiembre de 1994), y, de ser ésta la que reprocha al juzgador el haber violado la ley sustancial, debe indicarse y soportarse –el reproche- con rigor, esto es, ha de indicarse la*

vía y la clase de yerro que se atribuye al ad quem y no abandonar en su desarrollo el camino escogido' (auto de 19 de febrero de 2010, reiterado en providencia de 8 de julio del mismo año, exp. 03455), ni confundirlos o mezclarlos, habida cuenta de la naturaleza propia e independiente de cada uno de ellos». (CSJ CS Auto de Sept. 7 de 2011, radicación n. 2000-00162).

3.2 En la citación de las normas probatorias violadas, se reseñaron entre otras, los artículos 177, 187, 194, 197, 252¹, 254, 277 y 279 del CPC.

Aluden en su orden a: (i) la carga de la prueba, es decir la situación jurídica en que se hallan los extremos del litigio para acreditar determinados hechos en su propio interés; (ii) la apreciación conjunta e integral de los medios de convicción, en el entendido que su análisis debe ser sistemático y no aislado; (iii) la confesión judicial, que atañe a las manifestaciones que hace una parte sobre circunstancias que le producen consecuencias jurídicas desfavorables o que privilegian a su contendor; (iv) hechos confesos a través de apoderado, por tener habilitación de su mandante; (v) el documento auténtico, que existe al haber certeza sobre la persona que lo ha elaborado, firmado o manuscrito; (vi) el valor probatorio de las copias, según los eventos establecidos por el Legislador; (vii) documentales emanadas de terceros y, (viii) el alcance probatorio de los documentos privados, cánones todos, que en estricto

¹ CSJ SC Auto Nov 30 de 2012, radicación n. 1100131100022003-00716-01

sentido, dado su linaje probatorio, plantean una fundamentación normativa aneja al error de derecho.

Sobre el precepto que regula la carga de la prueba la Corte ha dicho: *«En relación con la senda indirecta, a pesar de que insiste en la incursión de un error de hecho en la valoración de documentos y testimonios, cita la afectación de preceptos eminentemente probatorios, esto es, los artículos (...) y 177 del Código de Procedimiento Civil, situación que se justifica en el yerro de jure»*. (Subrayado fuera de texto). (CSJ CS Auto Nov. 28 de 2012 radicación n. 2009-00211-01).

Del precepto 187 procesal civil, la Sala ha expuesto que cuando se acusa su desconocimiento el yerro es inalterablemente de jure, y para que se configure *«se debe demostrar que la tarea de evaluación de las diversas pruebas efectuada por el sentenciador, se llevó a cabo al margen del análisis de conjunto ordenado por el artículo 187 (...), lo cual debe realizar poniendo de manifiesto que la apreciación de los medios de prueba lo fue de manera aislada o separada, sin buscar sus puntos de enlace»*. (CSJ SC Sent. Oct. 29 de 2002, radicación n. 6902).

El documento procedente de tercero, en la regulación que trae el precepto 279 de la misma obra, tiene una naturaleza atinente a la eficacia de esa probanza, de manera que, *«cuando una acusación gira en torno a la comisión de yerros fácticos en la apreciación probatoria, pero se*

sustenta en normas de linaje probatorio, se incurre en una imprecisión que impide la admisión a trámite de aquella; o lo que es igual, los artículos (...) y 279 del Código de Procedimiento Civil son “*normas probatorias cuya vulneración debe denunciarse por error de derecho en la vía indirecta*»²; el cual no puede confundirse ni mixturarse con análisis soportados en desatinos de hecho, como imprecisamente lo efectuó el casacionista.

Todo lo dicho, a propósito de la selección de las disposiciones denunciadas, lo olvida el censor pues, cual lo ha reiterado sistemáticamente la jurisprudencia de la Sala, acorde con lo dispuesto por el artículo 374 «(...) *cuando quiera que en un cargo estructurado bajo la perspectiva del yerro fáctico se endilga al fallador la vulneración de normas de carácter probatorio, se incurre en un indebido entremezclamiento que atenta contra el aludido requisito en sede de casación; así lo puntualizó la Corte en pretérita ocasión cuando desechó la prosperidad de una censura por cuanto a pesar de denunciar el quebrantamiento de la ley sustancial por desatino manifiesto de hecho en la apreciación de ciertas probanzas, concluyen que con este yerro se dejó de aplicar por parte de la sentencia demandada, los artículos 174, 175, 187, 194 y 197 del Código de Procedimiento Civil, normas probatorias cuya vulneración debe denunciarse por error de derecho en la vía indirecta». (CSJ SC Sent. Feb. 29 de 2012, radicación n. 00103-01).*

² CSJ SC Auto Jul. 8 de 2013, radicación n. 2008-00353

4. Como se observó en precedencia, la denuncia involucra errores de hecho por no apreciarse, de un lado, la prueba de confesión ficta derivada de la respuesta a los hechos de la demanda y de otro, los documentos hallados en el plenario.

4.1 Sobre la primera, afirmó el censor que sí se produjo la confesión, a pesar que, según la Corporación de segunda instancia, no se dio por cuanto en la contestación de los hechos aducidos por la promotora, no se avistan los elementos que permitirían deducir que se aceptan las deudas pretendidas en el libelo.

Pero, en la citación de las reglas sustanciales adujo, entre otros, los preceptos 194 y 197 del CPC, siendo aquellos, artículos que debiendo evocarse por el carril del error de derecho, se canalizaron bajo la égida del yerro de facto.

Cuando se invoca un yerro fáctico, por no tener en cuenta el allanamiento de uno de los convocados –canon 197 ibídem-, se itera, la impugnación se equivoca en el tipo de extravío, pues esa normativa involucra argumentaciones propias del error de derecho³.

³ CSJ SC Sent. Jun 7 de 2013, radicación n. 2007-00089.

4.2 Respecto de la queja atinente a la valoración de los documentos se advierte que, el opugnador reprodujo el dicho del *ad quem* alrededor de la forma como se incorporaron y aseguró, por un lado, que «*erró el fallador en materia grave (...) desde el punto de vista de la interpretación probatoria frente a la valoración de la prueba documental obrante en el plenario, así como a la exigencia probatoria frente al hecho generatriz del derecho a la comisión*». (Subrayado fuera de texto).

Esas expresiones resaltadas ponen de presente una acusación fincada en la aducción, no en el contenido de la prueba, desatino patentizado además, cuando afirmó que después del estudio preliminar se observa un «*flagrante desconocimiento de la normativa vigente en materia de prueba documental*, pues a pesar de invocar las disposiciones aplicables al caso les otorga un alcance totalmente diferente al que en realidad tienen» (subrayado fuera de texto), siendo lo primero una formulación que, evidencia aspectos relativos a la disciplina probatoria, situando la discusión en el marco del error de derecho, más cuando no acusa una preterición, suposición o tergiversación en el estudio de los medios de convicción.

No obstante, se encuentra de nuevo la indebida amalgama porque, a renglón seguido refirió a la distorsión del contenido de la prueba, que sí se encuadra dentro del yerro de facto.

El entremezclamiento advertido, igualmente se revela al exponer que no comprende lo dicho por el *ad quem* sobre los documentos emanados de terceros, cuando aquellos se expidieron por la parte demandada, «quien no los tachó de falso ninguno de ellos en la oportunidad debida. Es más, otros fueron aportados por ella misma, con lo cual de suyo está reconociendo su autenticidad conforme lo dispone el artículo 276 del C de P.C». (Subrayado fuera de texto).

Aquella es una manifestación que concierne también al error de derecho, mismo que lejos se halla de controvertir aspectos en que el Tribunal, como lo ha reiterado la Corte, ha *«visto mucho o poco, ha inventado o mutilado pruebas»*; por ser el problema simple y llanamente de *«desarreglos ópticos»*. (CSJ CS. Sentencia de 11 de mayo de 2004, Radicación n. 7661). Realmente el opugnador da a entender que el Tribunal no es que haya desconocido la existencia de la prueba, sino que, viéndola, cuestionó su valor demostrativo, aserto que implicó, así no se haya explicitado en la sentencia combatida, la aplicación de normas sobre el gobierno de las probanzas.

Finalmente, patentiza adicionalmente la errónea amalgama entre los tipos de faltas descritas, que transitando por el error de hecho en su discurso argumentativo, manifiesta que *«la Sala no le concede valor probatorio al señalado documento a pesar de haber sido*

aportado por la misma demandada y no se trata de documento emanado de un tercero». (Subraya fuera de texto).

Esa queja no se relaciona tampoco con el tipo de equivocación con el que el recurrente fija su demanda y pretende trazar su fundamentación, debido a que lo que ahí como conclusión de su escrito invoca, es la eficacia probatoria que se le confieren a unos documentos, que por supuesto será distinta si provienen de una misma parte o de terceros, dado que las reglas procedimentales de aducción y valoración aplicables varían en un caso o en otro.

Ahora bien, si en gracia de pasar por alto la confusión, se acepta que lo formulado por el censor es un error de derecho, no precisa el recurrente ni sustenta cual fue esa regulación sobre prueba documental inadvertida por el Tribunal.

El error de jure, de antiguo se tiene aceptado, atañe al desconocimiento de las reglas que rigen un medio probatorio en el sentido de ignorar su decreto, incorporación o aducción en punto a su eficacia o idoneidad. Dicho de otra manera, aquél se configura cuando, existiendo la prueba en el proceso y partiendo el sentenciador de dicha existencia, no le concede el vigor probatorio que le asigna la ley o le desmerece la que sí le otorga.

Por lo mismo, fácilmente se aprecia que el impugnante en su extenso escrito al involucrar las dos equivocaciones,

entremezcló dos tipos de reproches en si mismos incompatibles, puesto que a pesar de tener similar consecuencia, o sea el quebranto de la ley sustancial, de todos modos presentan diferencias que les dan entidad propia.

Así, y a efectos de resaltar, nótese que primero invoca normas de disciplina probatoria (error de derecho), empero encabeza su ataque por el cauce del error de facto y, luego, en su discurrir regresa a tópicos como los trasuntados que no tienen que ver con incorrecciones de «*pupila*», sino de discernimiento.

5. Otra falta formal en la acusación se vislumbra cuando, el impugnante se duele de la apreciación dispensada a la comunicación 00020900 de septiembre 29 de 2004 junto a sus anexos, que según dice, «*para todos los efectos legales constituyen un mismo documento*», pues como pasará a verse el ataque se mostró incompleto.

Aseguró la demanda de casación que el Tribunal no entendió que los anexos a la misiva relacionada hacen parte de ella y «*que se trata de unos simples documentos sin firma que nada demuestran*», quedando claro que las piezas venían adjuntas al instrumento, contrario a lo manifestado en el fallo combatido, el cual advirtió «*(...) para que un documento tenga valor probatorio debe estar suscrito en todos sus folios por quien lo otorga*».

Sobre este particular, la motivación del fallador de segundo grado, reproducida en lo pertinente por el inconforme, plantea que los documentos contenidos en el expediente *«no cumplen con los requisitos mínimos para derivar de ellos el valor probatorio que se persigue en tanto que no existe certeza sobre la persona que los elaboró, y en su contenido no se halla impresa firma alguna que permita averiguar su autoría; con todo, dichas documentales por tratarse de documentos que refieren a unos pagos de comisiones, no sirven de pábulo a ninguna de las pretensiones de las partes, pues soslayan el obligado parangón que el juez echó de menos al momento de decidir, pues la demandante no demostró la remuneración estipulada con la demanda, que no le fue pagada, entre otras cosas, porque siendo pedida por ella la práctica de una experticia que sirviera de pauta al sentenciador para verificar todas y cada una de las primas aportadas, así como el pago o no de ellas, desistió de su práctica (...) sin que exista otro medio de convicción encaminado a tal fin, orfandad probatoria que llevó al a quo a adoptar la resolución que hoy respalda esta Sala».*

En ese orden de ideas, el reparo no fue completo en la medida que si bien el juzgador *ad quem* restó eficacia probatoria a los documentos contenidos en la carta de 29 de septiembre de 2004, del aparte transcrito por la censura se colige que fueron varias las consideraciones que en ese mismo párrafo sostuvo el Tribunal, así: (i) que los

documentos no cumplen con las plenas exigencias de aducción; (ii) que adicionalmente de su lectura tampoco se demuestra que la remuneración pactada no se pagó; (iii) que no existe en el plenario ningún otro medio de convicción para acreditar esa pretensión y (iv) que el que pudiera llevar a la promotora a acreditarlo con el dictamen pericial decretado a petición de ella, fue objeto desistimiento.

De donde, refulge manifiesto que el ataque se desentendió de otros aspectos dimanantes de la argumentación, por ejemplo que del contenido de las documentales que fueron infirmadas no se prueba lo reclamado, y que tampoco existen más elementos de convicción en el paginario, razón por la cual la acusación se torna incompleta.

Desprovistas de reproche tales inferencias y, en la medida en que sirvieron de soporte al fallo, conservan esa presunción de legalidad que les asiste y, por ahí mismo, continúan validando la sentencia adoptada, pues no involucró, de manera íntegra, lo basilar del fallo, lo que implica una violación a la precisión que debe connotar el cargo, como así lo establece el artículo 374 del C. de P. C.

Los dislates señalados, dan al traste con el éxito buscado en punto a la prosperidad del cargo. Colofón de lo razonado, la acusación no prospera.

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 CASA la sentencia proferida el 16 de abril de 2012 por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso ordinario identificado en el encabezamiento de esta providencia.

Segundo.- CONDENAR en costas del recurso de casación al recurrente. Por concepto de agencias en derecho inclúyase la suma de seis millones de pesos (\$6.000.000.oo) M/cte, por haber sido objeto de réplica.

NOTIFÍQUESE

JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ

MARGARITA CABELLO BLANCO

(Con aclaración de voto)

Radicación n° 11001 31 03 012 2005 00410

RUTH MARINA DÍAZ RUEDA

ALVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO
(Magistrado impedido)

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ
(Magistrado impedido)

LUÍS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION CIVIL**

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n° 11001 31 03 012 2005 00410

1. Con el respeto que profeso por las decisiones de la mayoría, debo expresar que en el asunto de la referencia si bien comparto el pronunciamiento de fondo en el sentido que no debió casarse la sentencia acusada, en relación con el cargo inicial imputado al fallo soportado en la causal primera de casación, considero que sí existió la nulidad alegada, aunque se saneó.

2. El ataque se fundamentó en que se solicitó la práctica de audiencia de alegatos que contempla el precepto 360 instrumental civil y ella se realizó ante una Sala de Decisión del Tribunal de Bogotá diferente a la que profirió la sentencia, lo que evidencia que el nuevo fallo dictado por el juez plural de descongestión le cercenó el derecho a ser oído.

El supuesto fáctico de su reclamo se basó en que, dijo, estando el proceso en trámite del recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, se decretó y llevó a cabo la señalada audiencia, empero luego de ello el expediente fue remitido a la Sala Civil de Descongestión del mismo Distrito Judicial integrada por unos Magistrados distintos, quienes finalmente profirieron la sentencia que clausuró el debate en el segundo nivel.

3. En la perspectiva de la mayoría de la Sala, en esencia, tras cotejar la censura con la actuación vertida ante

el juez de conocimiento del recurso de apelación primero y el de descongestión después, se observó que la audiencia efectivamente se practicó y en ese orden la actuación, en lo que al reproche propuesto concierne, no adolecía de ninguna irregularidad, constitutiva del vicio procesal.

4. Sin embargo, al revisar el artículo 360 procesal civil, reglamentario de los pasos a seguir en virtud del recurso de apelación que se interponga y conceda contra una sentencia, se advierte que en el traslado que ahí debe surtir, si las partes o una de ellas solicitó en oportunidad, como ocurrió en el presente caso, la realización de audiencia, se señalará fecha para la misma, una vez repartido el proyecto de fallo, la que, luego de llevarse a cabo y presentarse por escrito los correspondientes alegatos, se procederá a dictar sentencia.

Se trata de la oportunidad con que cuentan los litigantes dentro del juicio para formular sus argumentos finales en el curso de la apelación de las sentencias cuando esta se surte ante un órgano colegiado, con la finalidad de que aquellos puedan exponer frente a la Sala que decidirá la segunda instancia, las razones en que fundamentan su inconformidad o, en su caso, su aquiescencia con la determinación censurada, como también la posibilidad de explicitar la argumentación en que sustentan su posición frente al tema debatido y controvertir la de su contendiente; por consiguiente, su omisión da lugar a la nulidad del proceso por la preterición del importante momento procesal.

5. El tema a definir en el recurso extraordinario, a propósito de la acusación que se comenta era pues, en primer lugar, determinar si resultaba necesario practicar otra audiencia de alegatos ante los nuevos Magistrados a quienes se les remitió el expediente y si al no haberse actuado de esa manera se está en presencia de la causal de nulidad esgrimida por la censura. En segundo orden, definir si de haber ello ocurrido, la nulidad quedó o no saneada.

Para encontrar una respuesta al inicial planteamiento enunciado, era menester tener en cuenta que por tratarse el asunto analizado de temas de carácter excepcional motivados por la situación de exceso de carga en los despachos judiciales, ello no sería posible desde el punto de vista reglado encontrar norma específica procesal que determine la solución adecuada; por eso la necesidad de analizar las facultades de carácter temporal otorgadas a los Despachos judiciales que se crearon y las concretas competencias entregadas a la Sala de Descongestión que dictó la sentencia recurrida en casación.

La potestad para adoptar medidas de descongestión y crear jueces o salas especializadas para tramitar causas litigiosas en curso, es una atribución legal que tiene el Consejo Superior de la Judicatura merced a las previsiones del artículo 85.5 de la ley 270 de 1996 y el precepto 63 *ejusdem*, modificado por el artículo 15 de la ley 1285 de 2009. De ese mandato, y para lo que en este asunto

interesa, hizo uso la señalada Colegiatura con la expedición, entre otros, del Acuerdo No PSAA10-7043 de 28 de julio de 2010, «*por el cual se adoptan las medidas de descongestión para la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá*», normativa que, acorde lo preceptuado en sus artículos 4° y 6°, previa realización del inventario y la suscripción de las correspondientes actas, autorizó a los Jueces Plurales de Descongestión para fallar los procesos que se encontraran en esa etapa, remitidos por la Sala Especializada, es decir que su competencia se estableció de tal manera que en principio, no podían adelantar trámites distintos al de dictar las sentencias pertinentes.

6. En el caso que ocupó la atención de la Corte, todas las piezas militantes en el expediente revelan que la audiencia solicitada efectivamente se practicó en oportunidad ante la Sala de conocimiento del Tribunal y luego de ello, sin ninguna atestación secretarial o algún proveído de remisión o de avocamiento, aparece a continuación del acta de constancia de celebración de la diligencia, la sentencia de segunda instancia objeto de este recurso, proferida por la nueva Sala.

De lo narrado anteriormente se puede llegar a una primera conclusión, cual es que, ni la ley procesal vigente para la fecha de los actos procesales enunciados, ni los acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura relacionados con las normas de descongestión de la Sala Civil del Tribunal de Bogotá, autorizaron la posibilidad de

realizar una nueva audiencia de alegatos cuando se ordenó remitir, a aquellos temporales funcionarios, los negocios que estuvieran con fecha de ingreso para fallo.

En consecuencia, una segunda conclusión sería que, si se había practicado dicha etapa procesal ante la autoridad del conocimiento, y como la misma se realiza, de conformidad con el artículo 109 del Código Procesal Civil, mediante acta, correspondía a la nueva Sala instituida sólo para proferir la sentencia, en aras de acatar el derecho de defensa de las partes, leer y estudiar para efectos de su decisión, los argumentos planteados y contenidos en esa pieza del expediente o en el resumen aportado si de esa oportunidad hicieron uso, siguiendo las ordenaciones del artículo 360 *ibídem*.

Y, la tercera y última conclusión sería que, si conforme se ha plasmado actuó el encargado del caso, nada habría que reprocharle y ninguna nulidad habría que declarar.

No obstante lo anterior, iterase, si bien en este específico asunto, la diligencia se llevó a cabo el día 15 de septiembre de 2011, tal y como aparece en folios 28 y 29 del cuaderno de segunda instancia, la suscrita observa la existencia de un defecto formal que deja al descubierto una vulneración al debido proceso de naturaleza suficiente para estructurar la nulidad de la sentencia, pues en el acta que registró la tan enunciada audiencia, no aparece transcripción sobre los aspectos esenciales de los

fundamentos esgrimidos por las partes, ni aportado resumen de la intervención del abogado de la Sociedad demandante, hoy recurrente; simplemente se consignó luego de identificar a las partes y sus mandatarios judiciales, y señalar el objeto de la diligencia, en términos literales lo siguiente: *«Acto seguido, y previa ilustración del objeto de la audiencia, se le concede el uso de la palabra al apoderado de la sociedad demandante. A continuación interviene la apoderada de la parte demandada por el término respectivo y aporta escrito en 12 folios. Cumplido el objeto de esta audiencia se termina y se firma el Acta por quienes en ella intervinieron»*.

Al existir en este proceso esa estructural omisión, los nuevos Magistrados que profirieron la sentencia de segunda instancia, no escucharon las argumentaciones de los extremos litigiosos en audiencia, por ser juzgadores diferentes a los del conocimiento, y ello era posible como se dijo antes, pero en el fondo, no conocieron las razones planteadas en los alegatos finales por la demandante y reclamante en casación, dado que, no están insertados o relatados en el acta obrante en los folios anotados, evidenciándose a la parte hoy recurrente, la afectación de su derecho a ser escuchado y sus manifestaciones respondidas en la oportunidad procesal correspondiente, que no era otra que la sentencia donde se dirimió el conflicto planteado.

Con fundamento en lo anterior es que encuentro que la nulidad prevista en el numeral 6° del artículo 140 de la ley

de enjuiciamiento civil desde el punto de vista de la teleología de su contenido se produjo.

7. Ahora bien, y en eso es mi disidencia con la mayoría de la Sala, no obstante que está patentizado que el vicio existió, el mismo se convalidó por cuanto, dentro del trámite surtido en segunda instancia, agotada la fase de alegatos que contempla el canon 360 *ibidem*, al expediente no se arrió escrito alguno por el hoy recurrente reclamando la existencia de los defectos enunciados luego de trasladarse ante el juez de descongestión para que dictara la sentencia respectiva.

El artículo 144 numeral 1o del CPC ordena que: «*La nulidad se considerará saneada, en los siguientes casos: 1. Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente. (...)*», de forma que el censor, habiendo tenido la oportunidad para esgrimirla, dejó de hacerlo en el intervalo habido desde que se realizó la audiencia (15 de septiembre de 2011) hasta cuando se dictó la sentencia (16 de abril de 2012), etapa en donde se realizaron las actividades tendientes a descongestionar las Salas Civiles del Tribunal Superior de Bogotá.

Frente a dicha circunstancia ha de reiterarse que aunque el numeral 6° del precepto 140 *ibidem* consagra como causal de invalidación la pretermisión del momento para practicar alegatos de conclusión, igualmente es verdad que de acuerdo con lo señalado en el numeral 1° del artículo

144, de haberse estructurado el vicio aquí planteado, como en efecto ocurrió, el mismo quedó depurado porque no se alegó en el período debido, de donde, esa omisión no le permite recurrir en casación, toda vez que según el quinto motivo previsto en el precepto 368 *ejusdem*, su viabilidad depende, se insiste, de «*que no se hubiere saneado*».

Colofón de lo expuesto, por haberse saneado la nulidad invocada, la acusación, pero por esos motivos, no podría abrirse paso.

Fecha *ut supra*.

MARGARITA CABELLO BLANCO

Magistrada