



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

MARGARITA CABELLO BLANCO

Magistrada ponente

SC21824-2017

Radicación n° 54518 31 84 002 2013 00024 01

(Aprobado en sesión de primero de noviembre de dos mil diecisiete)

Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de dos mil diecisiete (2017).

Procede la Corte a resolver el recurso de casación presentado por los señores **Ernesto Otto Faber Cuervo, Clara Inés Faber de Gómez y Bernarda Susana Faber de Leal**, frente a la sentencia anticipada que el veinticinco (25) de abril de dos mil catorce (2014), profirió la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, dentro del proceso ordinario de nulidad de partición que los mismos iniciaron en contra de **Martha Cristina Mogollón de Faber, Federico Faber Mogollón, Klaus Faber Mogollón, Cristina Alexander Faber Cuervo, Matilde Faber Cuervo de D'Luna, Johana Meyer Faber, Rudolf Meyer Faber y Carlos Ernesto Meyer Faber**

I. ANTECEDENTES

1. Los accionantes reclamaron de la jurisdicción que, con citación de los demandados, se declarara la nulidad del trabajo de partición del causante Ernesto Otto Faber Henkel contenido en la escritura pública número 938 del 14 de diciembre de 2001 de la Notaría Primera del Círculo de Pamplona, registrada el 4 de enero de 2002 en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, *«por errores en el trabajo de partición y adjudicación de bienes contrarios a la ley sustancial que regulan las herencias»*, con las pretensiones consecuenciales que de dicha decisión se derivan, entre ellas, *«las restituciones mutuas de conformidad con los emolumentos que hayan recibido como consecuencia de la partición que hoy se anula y en particular de lo recibido de las cuotas de acciones en la Salsamentaria Alemana Ltda. Debidamente indexadas según el índice de precios al consumidor»* (fls 1-8 Cd, 1).

Especificaron en el escrito allegado en cumplimiento de la inadmisión de la demanda, que lo reclamado era la *«nulidad absoluta»* del acto *«por violación de precisas normas sustanciales que afectan la validez jurídica del acto»* (fl. 96 Cd 1),

2. Sirvieron de soporte a las anteriores pretensiones los hechos relevantes que admiten el siguiente compendio:

2.1. El señor Ernesto Otto Faber Henkel falleció en la ciudad de Pamplona el 21 de octubre de 1998.

2.2. El referido *de cujus* contrajo matrimonio con María Dolores Cuervo Araoz, quien falleció con antelación, por lo que la sociedad conyugal con ella conformada se disolvió y liquidó mediante sentencia de 15 de febrero de 1972, registrada el 2 de junio del mismo año y protocolizada por escritura pública número 987 de 28 de octubre de 1973 de la Notaría Segunda de Pamplona.

2.3. Del referido vínculo nacieron los señores Matilde, Clara Inés, Ilse, Ernesto Otto, Bernarda Susana, y Christian Alexander Faber Cuervo, actualmente mayores de edad, habiendo fallecido la tercera de las mencionadas en el año 1995, sucediendo por representación de ésta sus hijos Johana, Rudolf y Carlos Ernesto.

2.4. Ernesto Otto Faber Henkel contrajo segundas nupcias con Martha Cristina Mogollón Torres, del cual nacieron Federico, Klaus y Felipe José Faber Mogollón, todos hoy mayores de edad.

2.5. El 14 de diciembre de 2001 fue elevada a escritura pública 938 de la Notaría Primera de Pamplona la sucesión intestada del señor Ernesto Otto Faber Henkel, en la cual aparecen como «coasignatarios» de la misma todos los descendientes antes mencionados, y la señora Martha Cristina Mogollón Torres, aduciéndose allí que se produjo *«por acuerdo entre los herederos, el que se realizó con posterioridad a la muerte de su padre, pero desafortunadamente, tal acuerdo fue verbal entre ellos y no es el que aparece en el instrumento público contenido*

en la escritura citada, el que además, presenta errores graven que contrarían precisas disposiciones legales».

2.6. Sostienen que *«siempre creyeron que se habían aplicado en la sucesión lo acordado por todos ellos y, solo hasta hace dos años es que se enteraron concretamente por haber solicitado copia de la escritura pública contentiva de la sucesión, notaron que lo acordado allí no aparecía»*, por lo que buscaron llegar a un arreglo con los demás herederos sin resultado positivo.

2.7. Señalaron que *«los errores que aparecen en la liquidación sucesoral a que se refiere la escritura citada, no solamente afectan el acuerdo real, sino que además, violan precisas normas legales propias de la sucesión»*, haciendo una relación de las anomalías que presenta el trabajo de partición, referentes a la omisión en la información sobre la forma de adquisición de los bienes para definir si eran propios o sociales, de la sociedad conyugal, englobamiento de los inmuebles, entre otras, que desatienden postulados sustanciales, además, se hicieron *«adjudicaciones perjudiciales, inequitativas e incómodas para los coasignatarios, las que solo pueden hacerse cuando se hayan convenido unánimemente»*, y se cometieron errores en perjuicio de los herederos.

2.8. A partir de esto consideran que la partición demandada está incurso en lo normado en el artículo 1495 del Código Civil y, por ende, sujeta a nulidad que debe ser declarada, ordenándose las restituciones correspondientes.

2.9. Rematan los hechos de la demanda refiriendo, que *«sin ser pretensión de la parte actora la nulidad relativa, mediante*

providencia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de esta ciudad, declaró probada la excepción previa de prescripción o rescisión de la nulidad relativa de la demanda ordinaria, donde inicialmente se adelantó el proceso de nulidad absoluta, como se aprecia en la fotocopia auténtica que se anexa».

3. Correspondió el asunto por reparto al Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Pamplona, quien la admitió el doce (12) de marzo de dos mil trece (2013) (fl. 100 Cd 1), y dispuso el traslado pertinente a los demandados.

4. Debidamente conformada la relación jurídico procesal los demandados Martha Cristina Mogollón de Faber, Federico y Felipe José Faber Mogollón replicaron la demanda oponiéndose a las pretensiones y formulando las excepciones perentorias de «ausencia de causal de nulidad de la escritura pública número 938 del 14 de diciembre de 2001, corrida en la Notaría Primera de Pamplona» y «prescripción»; además plantearon las excepciones previas de «ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales artículo 75 numeral 2», «prescripción de la acción» «ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales artículo 75 numeral 5 y 6» «ausencia de requisito de procedibilidad» y «cosa juzgada» y la curadora *ad litem* designada a Klaus Faber Mogollón formuló las excepciones previas de «prescripción» y «cosa juzgada», mientras que los restantes demandados guardaron silencio.

5. Sometidas a la debida contradicción las excepciones previas aducidas por los señores Martha Cristina Mogollón

de Faber, Federico Faber Mogollón y Felipe José y el curador de Klaus Faber Mogollón, el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Pamplona, mediante proveído del 31 de diciembre de 2013, resolvió declarar probada la propuesta de cosa juzgada y, por ello, en sentencia anticipada, al acogerla, dio por concluido el proceso.

6. Inconformes con lo así decidido los demandantes formularon recurso de apelación, que el tribunal desató por proveído del 25 de abril de 2014, confirmando la decisión de primer grado, lo que motivó que los mismos interpusieran la súplica extraordinaria que debidamente concedida, en su momento, la Corte admitió y dispuso el trámite pertinente.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El juzgador *ad quem*, luego de referirse a los antecedentes procesales, particularmente las defensas formuladas por los demandados Martha Cristina Mogollón de Faber, Federico y Felipe José Faber Mogollón y por la curadora *ad litem* designada a Klaus Faber Mogollón, así como a la oposición que frente a las mismas hiciera el extremo demandante, aborda la resolución del caso planteándose como problema jurídico «*si en efecto fue procedente declarar la cosa juzgada y si por el contrario opera la nulidad absoluta en la escritura pública 938 del 14 de diciembre de 2001 y ordene seguir con el proceso de conformidad con la ley*».

Atendiendo aquellos planteamientos y examinado el asunto puesto a su consideración anota el tribunal, que «*[E/n*

fallo de 17 de octubre de 2012 referenciado anteriormente se declaró probada la excepción de prescripción de la acción de nulidad relativa o rescisión y dio por terminado el proceso debidamente ejecutoriado, obrante a fol. 12 a 17 cdno principal del expediente. Posterior al mentado fallo los demandantes en el año 2013, elevaron nuevamente ordinario de nulidad de la partición de la sucesión intestada de Ernesto Otto Faber Henkel, tendiente a que se declare la nulidad de la escritura Pública N° 938 del 14 de diciembre de 2001».

Sostiene que la cosa juzgada se abre paso porque de las copias de la sentencia de 17 de octubre de 2012 antes referida y de la sentencia del 13 de diciembre de 2013 – objeto de apelación- se colige que *«ambos procesos son Ordinarios de nulidad de la partición y ambos fueron promovidos por los señores ERNESTTO (sic) OTTO FABER CUERVO, CLARA INES FABER DE GÓMEZ Y BERNARDA SUSANA FABER DE LEAL en contra de MARTHA CRISTINA MOGOLLÓN DE FABER, FEDERICO, KLAUS Y FELIPE JOSE FABER MOGOLLÓN, CRISTHIAN ALEXANDER FABER CUERVO, MATILDE CUERVO (sic) D'LUNA, JOHANA, RUDOLF Y CARLOS ERNESTO MEYER FABER, y la causa pretendi (sic) es que se declarara nula la Escritura Pública N° 938 del 14 de diciembre de 2001».*

Continua diciendo que *«[P]or virtud de la primera decisión judicial que está en firme, quedó vedado nuevo planteamiento de la cuestión, pues está cubierta por los principios de certeza y seguridad jurídica que justifican la Cosa juzgada. En sentir de la Sala, además de existir identidad jurídica de partes, también existe identidad de causa y de objeto litigioso, porque todo apunta a que se declare nula la Escritura Pública N° 938 del 14 de diciembre de 2001»*, por lo que no es posible un nuevo planteamiento.

Desestima el reproche que hace el allí recurrente soportado en que en la primera providencia se declaró probada la excepción de prescripción sólo respecto a la nulidad relativa, expresando el *ad quem*: «*pues del estudio de esta decisión, se tiene que la Juez Primero Promiscuo de Pamplona, estudió tanto la nulidad relativa como la absoluta pedida por los demandantes y concluyó que la nulidad absoluta no se encontraba enmarcada dentro de las consagradas en las normas señaladas en el desarrollo de esa providencia, pues ese acto no adoleció de objeto y causa ilícitos, no existió incapacidad absoluta, ni la ausencia de las formalidades exigidas por la ley para la validez de un negocio, determinó que las manifestaciones esbozadas por los mismos se ubican dentro del plano de las causales de nulidad relativa y declaró probada la prescripción de la acción*».

A reglón seguido no aceptó el otro argumento de la apelación, relacionado con la incidencia que pudo tener el paro judicial, por el cual «*cuando trató de impugnar, ya la providencia había sido ejecutoriada y que por eso interpuso este nuevo juicio*», el cual califica de infructuoso «*tanto cuanto más que por encontrarse en firme, ejecutoriada, dotada del carácter de cosa juzgada e investida de la presunción de legalidad y acierto que la hace intangible, mientras no se haya declarado su invalidez por los mecanismos instituidos y por la autoridad competente*».

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

La parte actora, recurrente, a través del medio extraordinario, censura la sentencia emitida con soporte en dos (2) cargos por violación de la ley sustancial, uno por la vía directa y el otro por la indirecta por error de hecho, que por aludir a la transgresión de unas mismas normas y

requerir argumentos comunes, dada su íntima relación, es del caso resolver de manera conjunta, posibilidad permitida, como ha tenido oportunidad de reiterarlo esta Corporación en múltiples oportunidades. (CSJ SC de 4 de oct. de 1982, CSJ SC 5 de sept. de 2001, exp. 5868, CSJ SC de 23 de ago. De 2004, exp. 17961, CSJ SC de 17 de ene. 2006, exp. 02850, CSJ SC de 8 de sept. de 2011, exp. 2006-00049-01, CSJ SC3864-2015 de 7 de abr. de 2015, exp. 2001-00509-01).

PRIMER CARGO

1. Invocando *«el artículo 336 numeral 1° de la ley 1564 de 2012»* (sic), el actor acusa la sentencia proferida de haber violado, vía directa, *«por indebida aplicación de los artículos 1743, 1745, 1747, 1748 y 1750 del Código Civil para derivar en la falta de aplicación de los artículos 1740, 1741, 1742, 1746, 1392, numerales 1 y 8, 1391, 1394, 1282 a 1295, 1394-6, 1374, 1821, 1820, 1405 del Código Civil y 610 del Código de Procedimiento Civil».*

2. Comienza refiriéndose al contenido de los artículos que aduce trasgredidos y a lo indicado por el tribunal en la sentencia impugnada, anotando algunas diferencias entre la nulidad absoluta y la relativa, señalando que *«[N]o puede en consecuencia aplicar el principio de la cosa juzgada en éste evento, pues como se ha visto se trata de la existencia de dos acciones totalmente diferentes y con plazos para su prescripción, también totalmente distintos y por ende el tribunal confunde la acción de nulidad relativa con la acción de nulidad absoluta»*; tras referir a aspectos puntuales relacionados con ambos tipos de nulidad concluye que esas circunstancias *«llevaron al Tribunal*

a la falta de aplicación de las anteriores normas a un decisión (sic) que de haberlas aplicado hubiera sido distinta» de suerte que «violó por falta de aplicación las normas citadas en el cargo, infringiendo además, normas de carácter procesal».

SEGUNDO CARGO

1. Soportándose también *«en el artículo 336 numeral 2° de la Ley 1564 de 2012»* (sic) impugna la decisión de segunda instancia por violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho manifiesto y trascendente *«por aplicación indebida de los artículos 1743, 1745, 1747, 1748 y 1750 del Código Civil para derivar en la falta de aplicación de los artículos 1740, 1741, 1742, 1746, 1392, numerales 1 y 8, 1391, 1394, 1282 a 1295, 1394-6, 1374, 1821, 1820, 1405 del Código Civil y 610 del Código de Procedimiento Civil»,* el cual se originó en *«LA FALTA DE APRECIACIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL CONTENIDA EN EL ESCRITO DE SUBSANACIÓN DE LA DEMANDA DEL 5 DE MARZO DE 2013, EN LA QUE EXPRESAMENTE SE LE INFORMA AL SENTENCIADOR QUE LA ACCIÓN QUE SE ADELANTA ES LA DE NULIDAD ABSOLUTA».*

2. En desarrollo del cargo refiere a la exposición pormenorizada de los hechos y pretensiones de la demanda en donde se señaló que la acción pretendida es la de nulidad absoluta, lo que ratifica en el escrito de subsanación allegado el 5 de marzo de 2013, que fue debidamente incorporado al proceso, por lo que *«indiscutiblemente , es un medio de prueba sobre el cuales (sic) descansa la pretensión de la demanda, a la que el sentenciador de segundo grado ha debido referirse en forma clara y concreta, omitiendo*

su análisis, y al preterirla, cambia su esencia y de manera evidente su decisión».

Reclama que el tribunal *«no hace ninguna alusión a esta circunstancia, ni a ese medio probatorio, requisito sin el cual no se hubiera adelantado la acción como se aprecia en la sentencia del Tribunal»*, por lo que no tuvo en cuenta *«la diferencia entre la acción de nulidad relativa o rescisión y la circunstancia de la acción de nulidad absoluta, como ya [dijimos] es completamente diferente y sus presupuestos son absolutamente insaneables por expresa disposición legal, por tanto de haber entendido la diferencia entre estas dos acciones y haber observado la documental citada no se hubiera podido producir la confirmación de la sentencia y menos la confirmación sobre cosa juzgada».*

A manera de conclusión sostiene que, es evidente *«que aparece un error de hecho porque el Juez Ad quem no vio, y por ende no apreció en su sentencia la prueba idónea, es decir, la documental citada, siendo esta la determinante de los hechos que estructuran el caso litigado».* Indica que *«el sentenciador de segundo grado no analizó las (sic) prueba y en especial la que daba el sustento a las pretensiones, no respetando la fidelidad que su contenido demuestra y por lo mismo, erró al no determinar su existencia por su aspecto material y objetivo incurriendo en la apreciación en lo que obraba parcialmente en el proceso, lo que desvirtuó su convicción totalmente».*

IV. CONSIDERACIONES

1. Sea lo primero anotar que atendiendo la data en que se profirió la decisión impugnada y la de interposición del recurso extraordinario, las reglas llamadas a gobernar la presente decisión son las del Código de Procedimiento Civil,

de conformidad con lo previsto en los artículos 624 y 625 del Código General del Proceso, en virtud de los cuales los recursos «*se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron*», sin que resulte relevante que el recurrente en la formulación de los cargos que soportan la acusación hubiera indicado que los mismos están soportados en el artículo 336 de la Ley 1564 de 2012 numerales 1° y 2° (Código General del Proceso), dado que para aquel momento dicha normativa no se encontraba vigente.

2. Lo segundo, que los dos cargos planteados en la demanda, como se anticipó en precedencia, se resolverán de manera conjunta, no solo porque, en líneas generales aluden la transgresión de unas mismas normas, sino también porque, en esencia, ambos están dirigidos a reclamar que la sentencia del tribunal no analizó que el primer proceso y su sentencia se refirieron a la nulidad relativa, en tanto que el presente juicio se pretende la nulidad absoluta de la partición.

3. Por sabido se tiene que por la naturaleza extraordinaria del recurso de casación y en atención a la presunción de legalidad y acierto con que viene precedida la decisión impugnada, su gestor no puede olvidar que este remedio procesal no atañe al aspecto fáctico de la controversia judicial (*thema decidendum*); menos está concebido como una nueva oportunidad para debatir el *factum* del litigio, tampoco constituye una tercera instancia, amen que el objetivo principal es escudriñar el contenido del fallo proferido por el *ad-quem* (*thema decissus*), tratando

de visualizar los yerros denunciados y, así, en una confrontación idónea, quebrar la sentencia proferida.

Respecto a la demostración de la acusación, esta Corte ha indicado, que

«...no sólo se refiere a la comprobación del error denunciado, sino a la fundada expresión de su influencia en la decisión combatida, porque si la sentencia ingresa al recurso de casación escoltada por las presunciones de legalidad y acierto, en la tarea de acreditar los yerros no es suficiente que el interesado haga conocer su desacuerdo con la decisión, sino que necesariamente debe indicar las equivocaciones en que incurrió el sentenciador, individualizando las apreciaciones erradas y señalando de manera precisa en qué consiste la desviación, formalidad esta que, como se tiene dicho, no se lograría ‘con el simple expediente de repudiar el resultado del proceso, porque esto último es, sencillamente, alegar, más nunca demostrar, como es de rigor’» (CSJ AC de 18 de nov. de 1999. Exp. C. 7803).

En ese ejercicio de demostración de los cargos debe existir la debida simetría entre las motivaciones del fallo recurrido y la acusación formulada; aspecto sobre el cual entre muchas otras decisiones, la Corte ha expuesto:

Al respecto, pertinente es insistir en que los ataques en casación deben guardar total simetría con los fundamentos en los que el sentenciador de instancia respaldó las decisiones que adoptó en frente del litigio, puesto que, como aquí acontece, cuando el recurrente no es fiel a las razones que sirvieron de fundamento a la sentencia cuyo quiebre persigue, deja de atacar las que verdaderamente le prestaron pie de apoyo, que la no ser removidas, impiden, per se, que el respectivo pronunciamiento se derrumbe».

En el punto, la Corte ha sido insistente al sostener que ‘...‘el recurso debe orientarse a desvirtuar con sentido objetivo de

integralidad la base jurídica del fallo; de no hacerlo, de no hacerse cargo en forma circunstanciada de todas las apreciaciones de fondo que conforman esa base o lo que a ello equivale en últimas, si desatiende la estructura del juicio jurisdiccional discutido y se aparta de la línea argumental que inspira la solución que en derecho se le imprime a la controversia por virtud de dicho juicio, el mencionado recurso es improcedente, improcedencia (...) que responde a necesidades conceptuales que sin duda se identifican con la naturaleza misma que en nuestro medio el ordenamiento le reconoce al recurso de casación...” (Cas. Civ., sentencia del 27 de marzo de 1992, reiterada en el fallo del 25 de marzo de 1999 (expediente No. 5089)» (CSJ SC 9 de diciembre de 2011, rad. n° 2007 00892 01).

4. Cuando se plantea la acusación por la vía directa de la causal primera de casación, su promotor no puede, bajo ningún pretexto, involucrar en el ataque aspectos fácticos de la contienda o descender a lo probatorio de la misma, habida cuenta que esta clase de errores corresponde encauzarlos por una senda diferente.

En razón de lo anterior, esta Corporación ha señalado que:

«[e]l ataque contra la sentencia del ad quem, cuando se invoca la violación directa de la ley sustancial, requiere de la aceptación de todos los hechos que en ella se tuvieron por probados y sin que se pueda exteriorizar inconformidad con los medios de convicción obrantes en el plenario, toda vez que la labor argumentativa del censor sólo puede estar orientada a descubrir los falsos juicios sobre las normas materiales que regulan el caso, ya sea por falta de aplicación, al no haberlas tenido en cuenta; por aplicación indebida, al incurrir en un error de selección que deriva en darles efectos respecto de situaciones no contempladas; o cuando se acierta en su escogencia pero se le da un alcance que no tienen, presentándose una interpretación errónea (...) Corresponde, por ende, a una causal de pleno derecho, encaminada a develar una lesión producida durante el proceso intelectual que realiza el fallador, por acción u omisión, en la labor de escogencia y exégesis de la regulación que considera aplicable, con un

resultado ajeno al querer del legislador». (SC 15 nov. 2012, rad. 2008-00322, citada en SC10561-2014).

5. Y, si el desliz atribuido al Tribunal refiere a la violación indirecta de una norma sustancial, como consecuencia de un error de hecho, el laborío del recurrente tendrá que centrarse a poner de manifiesto la existencia de los errores protuberantes que incidieron en el sentido de la decisión contrariando la realidad procesal, en relación con esta causal de casación la Corte ha sostenido lo siguiente:

«Una de las variantes de la causal primera de casación, contemplada en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, consiste en la violación de la ley sustancial en forma indirecta, por la ocurrencia de errores de hecho al apreciar indebidamente la demanda, su contestación o alguna prueba. Estos desaciertos deben ser de tal magnitud que incidan adversamente en la forma como se desató el litigio, produciéndose un resultado contrario a la realidad procesal, lo que deja por fuera los replanteamientos del debate o postular novedosas fórmulas para definir el conflicto, sin que se alcance a derrumbar la solución dada por el fallador y que llega amparada de la presunción de legalidad y acierto.

Cuando la configuración del ataque se centra en una disconformidad con el examen de los elementos de convicción recaudados, debe hacerse un paralelo que evidencie la disparidad entre su verdadero contenido y lo que se tiene por demostrado, sin que se admita para tal efecto una proposición alterna, que aunque razonable, no logre socavar de tajo las conclusiones de la providencia censurada. (CSJ SC4468-2014 de 9 de abril de 2014 exp. 2008-00069-01)

6. Atendiendo que la decisión impugnada es aquella que de manera anticipada definió el litigio, al encontrar configurada la excepción de cosa juzgada, se estima pertinente realizar las siguientes anotaciones.

6.1. Si bien es cierto, en línea de principio, las excepciones previas o dilatorias están llamadas mejorar o depurar aquellas deficiencias que desde el aspecto formal se adviertan en el curso del proceso, con miras a finiquitar el fondo de la contienda a definir, evitando así nulidades o sentencias inhibitorias, pues las causas que las estructuran no conciernen con el derecho sustancial debatido y su eventual prosperidad o no, también lo es que el legislador autorizó algunos supuestos en donde a pesar de no referirse a aspectos de forma pueden proponerse por esa vía.

Es así que, en procura de dar celeridad a los juicios, evitando el desgaste innecesario de la jurisdicción, el Decreto 1400 de 1970, mediante el cual se expidió el Código de Procedimiento Civil, habilitó en su artículo 97, para que también pudieran *«proponerse como previas las excepciones de cosa juzgada, transacción prescripción y caducidad»*, siendo esta norma reformada por el decreto 2289 de 1989 para excluir de esa posibilidad la prescripción, y con la expedición de la ley 1395 de 2010 nuevamente se modificó el citado artículo 97 para señalar, que *«También podrán proponerse como previas las excepciones de cosa juzgada, transacción, caducidad de la acción, prescripción extintiva y falta de legitimación en la causa»*, incluyendo, como se vio, la falta de legitimación en la causa y la prescripción extintiva, junto con las otras tres (3) que ya existían; conformando así las que la doctrina y jurisprudencia han calificado como excepciones mixtas, en razón a la posibilidad que tenía la parte de aducirlas

indistintamente, como excepciones de fondo, atendiendo su naturaleza, y/o como previas.

Igualmente la ley 1395 de 2010 estableció que las decisiones que acojan dichos medios exceptivos se tomarán mediante sentencia anticipada, caso contrario sería por auto.

En razón a la naturaleza de la decisión que resuelve tales exceptivas, pese a que las mismas sí se enfilan a enervar el derecho reclamado, poniendo o no fin al proceso, antes de la reforma prevista en la ley 1395 de 2010, la procedencia del recurso de casación frente a esa determinación no resultó pacífica, puesto que en algunas oportunidades se consideró inadmisibile, en tanto que en otras se aceptó, hasta que se abrió paso esta última tendencia, por lo que se dijo:

Es verdad que durante el quinquenio transcurrido entre 1977 y 1983, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, aunque no por unanimidad de votos, recogiendo su doctrina tradicional en el punto sostuvo que sí es procedente el recurso de casación contra el auto que decida, en grado de apelación, las excepciones de mérito, que der acuerdo con la ley se pueden proponer y tramitar como previas, o sea las de cosa juzgada, transacción, prescripción y caducidad

Pero no es menos cierto que ya en el año que cursa la Sala, ahora sí por unanimidad, para volver a su jurisprudencia tradicional recogió la que tuvo una vigencia fugaz; y que desde entonces, en unas tres oportunidades, ha reiterado que como la providencia que declara probada una excepción de mérito propuesta como previa, es legalmente un auto y no sentencia, no cabe contra ella recurso de casación (CSJ AC-201 de 21 de sept. de 1984

En tiempos más recientes, y reiterando la anterior doctrina la Corporación sostuvo, que

...la casación únicamente procede contra las sentencias, aunque no respecto de todas, sino limitativamente, también se tiene dicho que la “regla general es la improcedencia del recurso; la excepción, su procedencia, en los casos previstos en la ley”¹. De ahí que los autos, así puedan catalogarse de sentencias, no gozan del citado recurso, pues sabido es que las reglas de excepción no son de aplicación extensiva. Además, la Corte tiene señalado, evocando doctrina de antaño, que el “hecho de tener fuerza de sentencia un auto interlocutorio en el caso del artículo 467, no lo reviste de la calidad de sentencia ni con ésta lo identifica, pues aún entonces permanecen en pie las restantes diferencias legales entre una y otro’...‘El artículo 1761 del C. C., por ejemplo, da fuerza de escritura pública al documento privado reconocido por quien lo suscribió, y sin embargo, no puede decirse por esto que quede convertido en escritura pública con la calidad, formalidades y modalidades peculiares de éstas’ (auto de 11 de abril de 1946. G. J. T. LX, pág. 383)”².

4.- Siendo claro, entonces, que es el propio legislador quien manda decidir la excepción de caducidad, cuando se propone como previa, mediante “auto”, así tenga el carácter de sentencia, esto sería suficiente, por ser totalizador, para reiterar la tesis en comento, pero al argumentarse que con ello igualmente se impide el libre acceso a la administración de justicia, mediante la utilización de los recursos que brinda el ordenamiento, inclusive al capricho del demandado, baste indicar, en consonancia con la Corte Constitucional, que ese derecho se “encuentra debidamente garantizado en las instancias ordinarias del proceso; por lo tanto, bien puede restringirse, la posibilidad de acudir a la casación, la cual, como se indicó anteriormente, es un recurso excepcional, extraordinario y, por consiguiente, limitado”³.(CSJ AC de 15 de sept. de 2009, exp. 2009-01110-00).

Lo indicado no significaba otra cosa que, más allá del contenido material de la decisión que acogía alguna de las

¹ Corte Constitucional. Sentencia 056 de 1996.

² Auto 186 de 24 de agosto de 1998, CCLV-419.

³ Sentencia C-0596 de 2000.

citadas excepciones, pues de abrirse paso ponía fin al pleito, por el carácter de auto que le confería el legislador, resultaba improcedente el recurso de casación respecto de ella.

Fue con la modificación que introdujo la ley 1395 de 2010 que la Corte cambió su postura, en razón a que dicha normativa previó, expresamente, que *«cuando el juez encuentre probada cualquiera de estas excepciones, lo declarará mediante sentencia anticipada»*, refiriéndose a la cosa juzgada, caducidad, transacción y las nuevas que dicha ley introdujo de prescripción y legitimación en causa.

Es así como la Corporación, luego de hacer una reseña de la evolución legal y jurisprudencial que en relación al tema se ha presentado hasta llegar a la reforma plasmada en el artículo 6° de la ley en cita, sostuvo:

«En definitiva, por esa vía, objetivo principal de la modificación plasmada, se hizo realidad la posibilidad de que la providencia que resuelva una de aquellas excepciones, sea susceptible de atacarse a través ya de la casación ora de la revisión (artículos 366 y 379 del C. de P.C.), habida cuenta que dichas normas prevén tales medios de impugnación frente a sentencias, naturaleza de la que goza la providencia que resuelve esa clase de excepciones a partir de la vigencia de aquella disposición.

Desde luego, la regulación de estas últimas reglas jurídicas no distingue en cuanto a si la sentencia proferida es ‘anticipada’ o no, luego, sin resquemor alguno el recurso extraordinario es procedente (CSJ SC 7805-2015 de 19 de jun. de 2005, exp. 2010-00006-01).

6.2. De esta forma se puso fin al debate suscitado en relación con la procedencia del recurso extraordinario de casación frente a la determinación que acoge alguna de las denominadas excepciones mixtas, contenidas en el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, con la modificación indicada, la cual por demás permaneció vigente hasta cuando entró a regir el artículo 100 de la Ley 1546 de 2012 (Código General del Proceso), que excluyó, por completo, la posibilidad de aducir esa clase de excepciones como previas.

Valga decir, que la decisión que pone fin al proceso en virtud de la prosperidad de alguna de las llamadas excepciones mixtas, al tener el carácter de sentencia, aun cuando sea anticipada, es susceptible de ser impugnada a través de los recursos extraordinarios, y si bien el Código General del Proceso excluyó dichas defensas del listado de los supuestos susceptibles de alegarse como excepción previa vía, pervivió la posibilidad de emitir sentencia anticipada, en cualquier estado del proceso, en aquellos eventos en que el juzgador establezca su acreditación, como expresamente lo dispone el artículo 278 del nuevo estatuto de los ritos civiles.

7. Conforme las previsiones del artículo 332 del Código de Procedimiento Civil *«la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes...»*, de tal manera que habrá lugar a declarar su

existencia, aun de oficio, en los eventos en que contrastado el nuevo pleito con el anterior, éste versa sobre el mismo objeto, se fundamenta en idéntica causa y coinciden jurídicamente los sujetos enfrentados en la causa pretérita.

En ese orden, establecida dicha triple identidad de manera total la jurisdicción del Estado se debe tener por agotada y, por tanto, nada tendría que decir en relación con el asunto planteado, mientras que si resulta parcial tal restricción quedaría ceñida a los aspectos auscultados, desarrollados y definidos en la providencia anterior.

No puede olvidarse que este instituto tiene como finalidad esencial, proteger la inmutabilidad de los fallos judiciales, al dotarlos de seguridad y estabilidad jurídicas, evitando así que se promuevan juicios de manera indefinida sobre el mismo asunto, que pudieran originar decisiones contradictorias.

Ese ejercicio de confrontación se debe realizar examinando cuidadosamente los antecedentes del caso y el contenido argumentativo que justifica la decisión previa, en la medida que, aun cuando por regla general la definición del asunto se ve reflejada en la parte resolutive, en no pocas ocasiones también emerge de su parte considerativa, como lo ha señalado esta Corte al decir que:

La tarea de verificación que entraña la cosa juzgada, exige hallar en la sentencia pasada las cuestiones que ciertamente constituyeron la materia del fallo, pues en ellas se centra su fuerza vinculante. Como recientemente lo señaló la Corte (sentencia de 25 de agosto de 2000), aunque técnicamente y de

conformidad con lo previsto en el artículo 304, inciso 2° del Código de Procedimiento Civil, esas cuestiones serían las que formalmente conforman la parte dispositiva de la sentencia, nada obsta para que se integren o se ubiquen en otro sector del contenido material del acto jurisdiccional, porque si éste es un todo constituido por la parte motiva y la resolutive, las cuales conforman una unidad inescindible, la ratio decidendi y por ende la fuerza vinculante de la misma, debe verificarse en lo que lógicamente, no formalmente, se identifica como parte dispositiva, determinando su sentido y alcance a partir de los elementos racionales que ofrece la parte motiva o considerativa.

Pero como ciertas cuestiones se entienden resueltas en la sentencia, así no haya pronunciamiento expreso, bien porque, como lo tiene dicho la Corte, “el acogimiento de una pretensión envuelve necesariamente la repulsa de otra o de otra excepción, ya porque sean incompatibles, ya porque en la parte motiva expresamente se expusieron los hechos que determinaban el rechazo”, surge lo que se ha denominado juzgamiento implícito que aparejaría la llamada cosa juzgada implícita (sentencia de 15 de junio de 2000).

Síguese de lo expuesto, entonces, que desde el punto de vista objetivo, la cosa juzgada sólo comprende las cuestiones que efectivamente fueron resueltas, porque ciertamente fueron propuestas, y las que resultan decididas de contera, ya porque las expresamente falladas las conllevan, ora porque lógicamente resultan excluidas y por ende implícitamente definidas. Por contrapartida, no constituye cosa juzgada material las cuestiones que a pesar de haber sido propuestas no fueron decididas expresamente, como acontece con los fallos inhibitorios (artículo 333, numeral 4° del Código de Procedimiento Civil), y las que no se entienden implícitamente resueltas, por no corresponder a la naturaleza y objeto jurídico del proceso, así todo lo que se diga y considere tenga relación con la cuestión realmente propuesta y decidida, porque lo contrario implicaría desconocer caros derechos fundamentales, como el debido proceso y la legítima defensa». (CSJ SC de 26 de feb. De 2001 exp. C-5591).

8. De acuerdo con lo indicado los cargos planteados no tienen vocación de prosperidad, porque si bien el ordenamiento jurídico vigente no exige para la formulación de la censura el planteamiento de una proposición jurídica

completa, como acaecía en el pasado, por lo menos deviene imperativo que el recurrente señale la fuente o los fundamentos que sirvieron para definir el asunto objeto de controversia.

Tal carga fue desatendida en ambos reclamos, habida consideración que, más allá de la naturaleza misma de los presupuestos, alcances y diferencias que pueda existir entre la nulidad absoluta y la relativa, la decisión motivo de ataque estuvo soportada, puntualmente, en las previsiones del artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, que regula los elementos que configuran la institución de la cosa juzgada, sin que el recurrente hiciera alusión alguna en relación con esa norma fundante, ni con los argumentos señalados por el tribunal para dar por existente dicha exceptiva.

Y es que el Tribunal consideró que en el primer proceso, de cara al contenido de la sentencia proferida el 17 de octubre de 2012 por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Pamplona, ya la jurisdicción había emitido una decisión previa con fuerza vinculante en relación a la reclamación traída a debate en este nuevo juicio de nulidad de partición frente a la sucesión intestada del señor Ernesto Otto Faber Henkel confluyendo, en su sentir, los supuestos de identidad de objeto, causa y partes que impedían un nuevo pronunciamiento.

Conclusión que obtuvo al establecer que tanto en el proceso que se adelantó ante el Juzgado Primero Promiscuo

de Familia de Pamplona como en el presente fungieron como demandantes Ernesto Otto Faber Cuervo, Clara Inés Faber de Gómez y Bernarda Susana Faber de Leal y como demandados Martha Cristina Mogollón de Faber, Federico, Klaus y Felipe José Faber Mogollón, Cristhian Alexander Faber Cuervo, Matilde Cuervo De D´Luna, Johana, Rudolf y Carlos Ernesto Meyer Faber.

Así mismo, que el objeto de ambas demandas, en forma genérica, era obtener la declaración de nulidad de la partición del causante Ernesto Otto Faber Henkel, contenida en la escritura pública número 938 del 14 de diciembre de 2001, apuntando que *«por virtud de la primera decisión judicial que está en firme, quedó vedado nuevo replanteamiento de la cuestión, pues está cubierta por los principios de certeza y seguridad jurídica que justifican la Cosa Juzgada. En sentir de la Sala, además de existir identidad jurídica de partes, también existe identidad de causa y de objeto litigioso, porque todo apunta a que se declare nula la Escritura Pública No. 938 del 14 de diciembre de 2001»*.

Consecuencia de dicho ejercicio analítico sostuvo el colegiado que *«no es posible un nuevo replanteamiento en donde el recurrente pretende que se declare la nulidad absoluta de la mencionada escritura pues aduce que en la primera providencia se declaró probada la excepción de prescripción por nulidad relativa, **pues del estudio de esta decisión, se tiene que la Juez Primero de Promiscuo de Pamplona, estudió tanto la nulidad relativa como la absoluta pedida por los demandantes y concluyó que la nulidad absoluta no se encontraba enmarcada dentro de las consagradas en las normas señaladas en el desarrollo de esa providencia, pues ese acto no adoleció de objeto y causa ilícitos,***

no existió incapacidad absoluta, ni la ausencia de las formalidades exigidas por la ley para la validez de un negocio, *determinó que las manifestaciones esbozadas por los mismos se ubican dentro del plano de las causales de nulidad relativa y declaró probada la excepción de prescripción de la acción»* (Negrillas ajenas al texto).

De donde se colige que el tribunal dio por sentado que, aun cuando en la **parte resolutive** (resalta de la Sala) de la primigenia decisión del Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Pamplona sólo se declaró probada la excepción de prescripción de la acción de nulidad relativa, no puede dejarse de lado que igualmente allí se abordó el estudio de la nulidad absoluta, para concluir que en este caso concreto no se cumplía con ninguno de los presupuestos para considerarla de manera que, implícitamente, decidió respecto de ésta, quedando definido así el debate en relación con la validez de la partición impugnada y, consecuentemente, *«vedado nuevo planteamiento de la cuestión, pues está cubierta por los principios de certeza y seguridad jurídica que justifican la cosa juzgada»*.

Inviabilidad que remarcó diciendo *«cuanto más que por encontrarse en firme, ejecutoriada, dotada del carácter de cosa juzgada, e investida de la presunción de legalidad y acierto que la hace intangible, mientras no se haya declarado su invalidez por los mecanismos instituidos y por la autoridad competente»*.

En tanto que la censura, en lo medular, refriega que se *«confirmó la decisión de instancia, con fundamento en las normas atrás referidas que conllevan a una aplicación indebida de tales*

disposiciones por el entendimiento a que llegó al examinar la hipótesis legal aplicable al tema a decidir», poniendo de presente el tiempo que reconoce la ley para reclamar la nulidad relativa y que los demandantes «estaban en término para pedir la nulidad absoluta de la partición... pues el término de prescripción no se había cumplido», «por lo que la acción por la que se procede como aparece en el texto de la demanda y en la aclaración solicitada por el juzgado al inadmitir la demanda, era de nulidad absoluta», sin aducir siquiera a la disposición que gobierna la institución de la cosa juzgada y, mucho menos al argumento toral de la decisión, referente a la confluencia de los supuestos que configuran dicha institución, que impedían un nuevo estudio del asunto.

Adicionalmente cuestionó que el tribunal no examinó detenidamente el escrito de subsanación de la demanda, donde se puntualiza con claridad que la acción incoada es la de nulidad absoluta, insistiendo en la diferencia sustancial entre ésta y la relativa.

De lo expuesto emerge, que el censor no rebatió el argumento fundamental de la decisión objeto de ataque y, aun cuando intentó hacerlo por la vía indirecta, no realizó el contraste que evidencie la disparidad entre el verdadero contenido de los medios de prueba y lo que se tiene por demostrado, de suerte que no existe correspondencia entre lo que dio por probado el tribunal con lo rebatido por el censor.

Mírese que el escrito que se dice desconocido es el memorial que se allegó para subsanar la demanda, en el cual se puntualiza que se reclama la declaración de nulidad absoluta, lo que deja al desnudo el desenfoco del cargo, habida cuenta que sea cual fuere la nulidad demandada se dijo por el tribunal había sido decidida en el pleito anterior, con fuerza de cosa juzgada, lo que no controvirtió la censura, permitiendo así que se mantenga la presunción de acierto conque viene precedida la sentencia impugnada.

9. Aún más, los cargos tampoco tienen vocación de prosperidad, porque es evidente que no existió el yerro que se endilga al fallo acusado, pues, como lo dijo en tribunal en su momento, en la sentencia proferida el 17 de octubre de 2012 por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Pamplona aquel juzgador hizo un análisis completo de las dos (2) nulidades que podían derivarse, al reclamar en aquella demanda la nulidad de la partición, al decir que *«a pesar de que el demandado (sic) solicita se declare la nulidad absoluta de la citada escritura, protocolizada con ocasión del trámite de sucesión del causante ERNESTO OTTRO FABER HENKEL, “por errores en el trabajo de partición y adjudicación de bienes contrarios a la ley sustancial que regulan las herencias”, cierto es, que no determinó las causales de nulidad establecidas por la ley; es por esto y ante la inconformidad de la parte demandada expresada como excepción, que previo a abordar el estudio de las excepciones propuestas, se procede a analizar si en efecto las causales esbozadas para atacar el mencionado acto, se enmarcan en nulidad absoluta o relativa», encontrando en ese laborío que «las causales de NULIDAD ABSOLUTA alegadas por el demandante con el fin de declarar la nulidad de la escritura pública correspondiente al trámite sucesoral del causante ERNESTO OTTO*

FABER HENKEL, no se encuentran enmarcadas dentro de las consagradas en las normas señaladas en el desarrollo de la presente providencia, pues dicho acto no adolece de objeto y causa ilícitos, no existe incapacidad absoluta, ni ausencia de las formalidades exigidas por la ley para la validez de un negocio, en consideración a la naturaleza del acto o carencia de la autorización para solicitar la apertura de la mencionada sucesión...».

Prosigue la decisión desechando otros supuestos como causa de invalidez absoluta del acto, resaltando que «*los presuntos errores en que hubiere podido incurrir el partidario analizado desde la perspectiva de este proceso, no se enmarcan en causales de nulidad absoluta, las cuales como se ha sostenido en el desarrollo de esta providencia, se encuentran taxativas en la ley*» y remata el tema diciendo, que «*al lograr determinarse que las manifestaciones esbozadas por el actor se ubican dentro del plano de las causales de nulidad relativa, encuentra asidero legal para este despacho, la solicitud de prescripción de la acción...»* .

De la anterior reseña emerge diáfano que, resulta incontestable que allí se estudió de fondo la concurrencia o no de la nulidad absoluta del trabajo de partición del causante Ernesto Otto Faber Henkel, infiriendo su inexistencia, al paso que también se escrutó el asunto desde la arista de una eventual nulidad relativa, para concluir que el término previsto en la ley para el ejercicio de esa acción había precluido, configurándose así la prescripción, procediendo a su declaración.

En resumen, el tribunal advirtió en aquella providencia argumentaciones no solo explícitas, contenidas

en su parte definitiva, sino también implícitas, plasmadas en las motivaciones de la misma que, en su sentir, impedían un nuevo replanteamiento del asunto en este nuevo juicio, sin que de ello emerja yerro capaz de quebrarla.

10. Consecuente con lo indicado, los cargos planteados no prosperan.

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, **NO CASA** la sentencia del veinticinco (25) de abril de dos mil catorce (2014), proferida por la Sala Civil- Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, dentro del proceso ordinario de nulidad de la partición promovido por los señores **Ernesto Otto Faber Cuervo, Clara Inés Faber de Gómez y Bernarda Susana Faber de Leal** contra **Martha Cristina Mogollón de Faber, Federico Faber Mogollón, Klaus Faber Mogollón, Cristina Alexander Faber Cuervo, Matilde Faber Cuervo de D´Luna, Johana Meyer Faber, Rudolf Meyer Faber y Carlos Ernesto Meyer Faber.**

Costas a cargo de la parte recurrente, se fija por concepto de agencias en derecho la suma de \$6.000.000,00.

Oportunamente por secretaría devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Notifíquese,

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Presidente de la Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA