



SC14427-2016

Radicación n.º 11001-02-03-000-2013-02839-00

(Aprobado en sesión de siete de septiembre de dos mil dieciséis)

Bogotá, D. C., diez (10) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

La Corte resuelve el recurso extraordinario de revisión que formuló Prominas de Zulia S.A. Comercializadora Internacional P.Z. S.A. contra la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá el 9 de noviembre de 2011, que declaró infundado el recurso de anulación que dicha parte interpuso contra el laudo arbitral dictado el 16 de mayo anterior por el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las controversias suscitadas entre Esmeraldas Santa Rosa S.A. y la recurrente.

I. ANTECEDENTES

A. La pretensión

Con fundamento en la causal 8ª del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, la actora pretende que se invalide la sentencia que es objeto de revisión, porque se incurrió en la nulidad del numeral 2º del artículo 140 *ejusdem*, pues el juez colegiado que la profirió carecía de competencia funcional para examinar «aspectos

concernientes al fondo mismo de la controversia». (Folio 87, cuaderno Corte)

B. Los hechos

1. Esmeraldas Santa Rosa S.A. convocó a Prominas de Zulia S.A. Comercializadora Internacional P.Z. S.A. para que un tribunal de arbitramento resolviera el conflicto originado con ocasión de un «*acuerdo consorcial*» protocolizado en la escritura pública No. 1688 de 1º de septiembre de 2000, de la Notaría 22 de Bogotá. (Folio 7, cuaderno 1)

2. La convocante solicitó, como pretensiones principales: **i)** que se declare la disolución del consorcio por la imposibilidad de desarrollar su objeto social; **ii)** que se liquide; **iii)** que se ordene la «*cancelación*» del establecimiento de comercio constituido con ocasión del pacto; y **iv)** que se declare que los dos contratos celebrados el 11 de septiembre de 2000, en desarrollo del acuerdo primigenio, quedan terminados por sustracción de materia. Subsidiariamente pidió: **i)** que se declare «*conforme a derecho la nulidad del acuerdo consorcial*», con sus respectivas consecuencias; y, **ii)** que se declare su terminación «*por incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de la convocada*». (Folio 6, cuaderno 1)

3. En sustento de su *petitum* alegó que, en asocio con la citada, constituyó el «*Consortio Minero Prominas de Zulia –Esmeraldas Santa Rosa*», el que fue inscrito como un

establecimiento de comercio en la Cámara de Comercio de Bogotá; que su objeto era la explotación de un yacimiento de esmeraldas; que el Decreto 2655 de 1988 exigía que las partes de un consorcio fueran las «*titulares de las concesiones objeto de explotación*»; pero, no obstante lo anterior, la convocada suscribió el contrato sin ser titular de ningún título minero, por lo que existía una imposibilidad de desarrollar el objeto del acuerdo y un vicio de ilegalidad; y, dicha parte, además, no adelantó ninguna gestión tendiente a cumplir con su carga, pese a que transcurrieron más de diez años y a que le hizo diversos requerimientos. (Folio 12, cuaderno 1)

4. Luego de instalado el Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el 22 de febrero de 2010 se admitió la demanda. (Folio 50, cuaderno 1)

5. La encausada se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones que denominó: «*el consorcio como una realidad jurídica y económica con plenos efectos interpartes*», «*los contratos de operación como soporte legal de las actividades del consorcio sobre la zona minera*», «*la no existencia de causales que permitan la disolución del consorcio minero*», «*inexistencia de causales de nulidad del acuerdo consorcial*», «*cumplimiento de las obligaciones consorciales por parte de P.Z. Prominas de Zulia Comercializadora Internacional P.Z. S.A.*», «*excepción de contrato no cumplido*», «*el conocimiento de la zona minera*

conjunta como un patrimonio del consorcio y de las empresas que lo conforman» y «cualquier hecho que resulte probado en el proceso en virtud del cual la ley le reconozca derechos a mi representada y/o niegue derechos a la parte convocante, sobre asuntos objeto de litigio». (Folio 59, cuaderno 1)

6. Dicho extremo presentó una demanda de reconvencción y luego desistió de la misma. (Folio 96, respaldo, cuaderno 1)

7. El 16 de mayo de 2011, el Tribunal profirió el laudo arbitral y resolvió: **i)** negar las pretensiones primera y tercera principales; **ii)** declarar la nulidad del «*acuerdo consorcial*» y, en consecuencia, que las cosas «*vuelvan al estado en que estaban a la fecha de suscripción del citado contrato*»; **iii)** disponer la cancelación del establecimiento de comercio constituido a raíz del pacto; **iv)** declarar probada la excepción de «*no existencia de causales que permitan la disolución del consorcio minero*», pero no las demás defensas; y **v)** condenar a la citada a pagar a la convocante \$110.870.000, por costas y agencias en derecho. (Folio 297, cuaderno 1)

8. Como sustento de su decisión, consideró que no se demostró la imposibilidad de desarrollar el objeto social del consorcio; y que más bien, lo acreditado, fue que tal pacto estaba viciado de nulidad. Lo anterior, debido a que la demandada tenía una incapacidad particular, de índole legal, para celebrar dicha convención, por no tener una

concesión minera, razón por la que el contrato era nulo al contrariar el artículo 159 del Decreto 2655 de 1988, aplicable para tal momento. Precisó que no había lugar a restituciones mutuas porque ambas partes, desde el inicio, conocían tal defecto. (Folio 290, cuaderno 1)

9. La demandada formuló el recurso extraordinario de anulación contra la anterior providencia, fundado en las causales 1ª, 8ª y 7ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, que sustentó así:

i) Que se configuró la causal primera porque las partes incluyeron en la cláusula arbitral materias de orden público que no pueden ser objeto de transacción, en específico, *«las calidades que deben cumplir las partes que celebran un contrato de consorcio minero...»*, con lo que dieron lugar a su nulidad por *«objeto ilícito»*. (Folio 11, cuaderno 2)

ii) En punto de la causal octava, que los árbitros no podían declarar la nulidad absoluta del consorcio, porque tal pronunciamiento no les fue pedido y el vicio no aparecía manifiesto. Además, al referirse sobre tal temática, terminaron resolviendo tópicos que involucran el orden público. (Folio 15, cuaderno 2)

iii) Frente a la causal séptima, que la parte resolutive del laudo tenía disposiciones contradictorias, pues pese a que ordenó que las cosas volvieran al estado anterior a la existencia del consorcio, nada dijo sobre la restitución de

las áreas de terreno que aportaron las partes y de sus inversiones. (Folio 16, cuaderno 2)

10. El Tribunal Superior de Bogotá, el 9 de noviembre de 2011, declaró infundado el recurso de anulación. (Folio 82, cuaderno Corte)

11. Consideró: **i)** que la causal primera no se configuró porque el objeto de la cláusula compromisoria era transigible y lícito, pues las partes podían someter a la justicia arbitral las diferencias derivadas de su contrato. Además, tal pacto es autónomo respecto del acuerdo del cual forma parte; **ii)** en cuanto a la causal octava, dijo que el laudo sí decidió sobre los puntos sujetos a la controversia, porque aunque en la demanda no se puntualizó si la nulidad pretendida era relativa o absoluta, el fallador podía interpretar integralmente el libelo a fin de precisar su verdadero alcance. Agregó que la convocada tuvo la oportunidad de controvertir esa pretensión; y **iii)** respecto a la causal del numeral séptimo, concluyó que no procedía, porque la interesada no alegó en oportunidad la enmienda de las contradicciones referidas, como lo exige la norma. (Folio 82, cuaderno Corte)

C. El recurso extraordinario de revisión

Prominas de Zulia S.A. Comercializadora Internacional P.Z. S.A. presentó el recurso de revisión sustentado en la causal 8ª del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil.

Explicó que el fallador carecía de competencia funcional para examinar *«aspectos concernientes al fondo mismo de la controversia»*.

De una parte, la cláusula compromisoria -agregó- estaba *«afectada de validez por tener objeto ilícito»*, debido a que uno de los extremos no tenía capacidad al momento de pactar. Pero, pese a lo anterior, el tribunal negó la anulación fundado en que en el documento *«nada se reguló sobre la calidad o condición de los contratantes»* y tal tópico solo afectaba la validez del negocio y no de la cláusula, por lo que, en su opinión, emitió *«un juicio de fondo sobre el alcance de la cláusula compromisoria»*.

Y, por otro lado, respecto de la segunda causal de anulación, el juzgador interpretó el *petitum* de la demanda al precisar *«el entendimiento de la primera pretensión subsidiaria»*, lo que resulta ajeno a su competencia. (Folio 89, cuaderno Corte)

D. El trámite del recurso extraordinario

1. En auto de 14 de mayo de 2014 se admitió la demanda y se ordenó su notificación y traslado. (Folio 116, cuaderno Corte)

2. Esmeraldas Santa Rosa S.A. se opuso a las pretensiones. Alegó que el recurso era ambiguo, y el tribunal se circunscribió a lo que fue objeto de la anulación. Además, a la actora se le garantizó su debido proceso, y, en todo caso, los árbitros eran competentes para decidir sobre

su competencia. Así mismo, sostuvo que sí solicitó la nulidad del acuerdo consorcial y que la interpretación de la demanda constituye un deber del juez. (Folio 168, cuaderno Corte)

3. El 4 de agosto de 2014 se decretaron las pruebas solicitadas.

4. El 28 de agosto de 2014 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, quienes se ratificaron en sus posiciones.

II. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

impugnación no se interpuso, se produce el saneamiento del eventual vicio.

Respecto de esta causal, ha reiterado la Corte que:

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

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

Es decir que ha de tratarse de:

... una irregularidad que pueda caber en los casos específicamente señalados por el legislador como motivos de

anulación, puesto que en el punto rige en el procedimiento civil el principio de taxatividad, como es bien conocido. (SR 078 de 12 de marzo de 1991, sin publicar), lo cual significa que los motivos de nulidad procesal de la sentencia son estrictamente aquellos que -a más de estar expresamente previstos en el Código de Procedimiento Civil- ...se hayan configurado exactamente en la sentencia y no antes». (CSJ SC, 29 oct. 2004. Rad. 03001)

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

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

La nulidad originada en la sentencia se refiere, de manera exclusiva, a la ausencia de alguno de los **requisitos formales** que la ley exige para la constitución de ese *acto procesal*, visto únicamente desde una perspectiva procedimental; es decir por faltar el

presupuesto adjetivo que se requiere para que dicho fallo produzca los efectos jurídicos que la ley instrumental le atribuye. De ahí que pueda ser considerado como una *nulidad procesal* y no como un error en la argumentación, pues esto último podrá ser objeto de casación -en los casos en que la ley lo permite-, o de acción de tutela cuando no existe ningún otro medio de defensa, pero no de revisión.

No puede confundirse, por tanto, con las deficiencias o excesos que pueda tener el contenido de la sentencia, y que se relacionan con su fundamentación jurídica o probatoria, la razonabilidad de sus conclusiones o, en fin, con cualquier tema vinculado al fondo de la controversia.

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

Siendo la competencia la aptitud del juez para ejercer la jurisdicción del Estado en un caso concreto, resulta incontestable que su fijación se da en las primeras etapas del juicio.

Así, por ejemplo, en el recurso de anulación del laudo arbitral, el tribunal superior del distrito determina si avoca o no el conocimiento del mismo luego de verificar la concurrencia de los requisitos de interposición en tiempo y que las causales esgrimidas sean de las establecidas

taxativamente, en caso negativo, deberá rechazarlo de plano (Art. 164 del Decreto 1818 de 1998).

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

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

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

consultando las formas por ella misma establecidas.

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

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

Sin embargo, según nuestro ordenamiento procesal, la competencia funcional no se limita a los niveles (superior o

inferior) en que los distintos jueces conocen de un recurso vertical, sino que se refiere, además, a una asignación de funciones específicas a cada uno ellos, sin atender al grado, cuando se trata de resolver un asunto distinto a una impugnación. Sobre el particular esta Sala ha aclarado:

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

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

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

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

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

La atribución de competencia a un funcionario judicial para la resolución de un caso concreto no tiene nada que ver con las limitaciones a que aquél queda sujeto a la hora de resolver un extremo del litigio en razón de un recurso, porque ambas situaciones obedecen a necesidades prácticas y a institutos procesales de distinta naturaleza y finalidad.

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

Del aludido tipo de competencia difiere la *reformatio in pejus*, por cuya virtud, el conocimiento del juez que resuelve la impugnación formulada por un apelante único se encuentra circunscrito a las precisas cuestiones que hayan sido objeto del recurso.

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

alzada (y de hecho, cualquier recurso) se resuelve en la medida de los agravios expresados.

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

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

*Los poderes del ad quem para rescindir total o parcialmente la resolución impugnada -explica Eduardo PAYARES-, se determinan de acuerdo con la regla de Derecho que reza: Tantum devolutum quantum appellatum. Con ello quiere decirse que el tribunal ad quem, sólo puede reformar la sentencia impugnada dentro de los límites en que se impugnó: si fue atacada en su integridad, totalmente si así procede; si se objetó parcialmente, los poderes el tribunal mencionado quedan restringidos en la misma medida. **En otras palabras, la sentencia del ad quem, y, en general todas las que se dicten para resolver***

un recurso, deben ser congruentes con las pretensiones del recurrente". (Diccionario de Derecho Procesal Civil, p. 681)

Además de lo anterior, el artículo 31 de la Constitución Política consagra una prohibición conforme a la cual «*el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único*».

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

La *reformatio in pejus* presupone: **a)** que se trate de un apelante único, lo que implica que la parte perjudicada con la decisión se conforma con ella al no impugnarla; y **b)** que la sentencia que resuelve el recurso desmejore la situación del recurrente reconocida en la primera instancia. Para los efectos de esta figura resulta irrelevante si se trata de una impugnación parcial (que ataca uno o algunos extremos del litigio, entendiendo por tales los puntos o temas que constituyen el centro de la controversia) o total, dado que el principio se viola cuando se empeora el derecho sustancial que la sentencia censurada reconoció al único recurrente.

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

En ese orden, ni la *reformatio in pejus*, ni el principio *tantum devolutum quantum appellatum*, corresponden a supuestos jurídicos que puedan encuadrarse en la causal de nulidad por falta de competencia 'funcional' originada en la sentencia, porque no están referidos a la distribución del trabajo entre los distintos despachos judiciales en razón de la función que la ley adjetiva les atribuye, sino que comportan errores en el contenido material del fallo.

Ello es así aun cuando el artículo 357 lleve por título «*competencia del superior*», lo cual no es más que una impropiedad terminológica, pues como se explicó, pronunciarse sobre puntos o extremos del litigio que no fueron materia de la apelación -ni están íntimamente conectados con ella- no es un problema de competencia funcional del juez *ad quem* sino un asunto que atañe al derecho sustancial que tiene el recurrente para que la resolución de su impugnación no toque puntos que no quiso llevar al debate de la segunda instancia. De ahí que cuando, se pretenda atacar la sentencia de segunda instancia susceptible de recurso de casación por violación

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

En efecto, el artículo 305 del estatuto procesal señala que «*la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda **y en las demás oportunidades que este Código contempla**, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley*».

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

Para el ataque de ambos tipos de errores en la sentencia de segunda instancia, la ley procesal tiene reservado el recurso extraordinario de casación, toda vez que atañen al fondo de la decisión, sin que tengan relación con las nulidades procesales. De ahí que ninguna de esas

figuras está enlistada como motivo de nulidad en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.

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

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

5. En el trámite de la anulación de un laudo arbitral, como en el que se profirió la sentencia que es objeto de revisión, también resultan aplicables las anteriores

consideraciones en torno a la falta de identidad entre la competencia funcional del juzgador y la discrepancia de las partes respecto del fondo de su decisión.

Como lo ha repetido la Sala, lo que persigue ese medio de impugnación es examinar los posibles errores de procedimiento en que se pudo incurrir en el trámite, establecidos de antemano por el legislador en las causales específicas que consagró. Dicho recurso, en contraste con el de apelación, no tiene como propósito que el juez vuelva sobre los temas que fueron materia del litigio y resuelva nuevamente la controversia, zanjada ya por los árbitros, como sí se tratara de una segunda instancia.

El recurso de anulación -tiene dicho la Corte- *«...en gran medida se encuentra restringido en su procedencia, y de manera particular porque sólo es dable alegarse a través de él las precisas causales que taxativamente enumera la ley, con lo que es bastante para destacar que se trata de un recurso limitado y dispositivo. Su naturaleza jurídica especial así advertida, sube más de punto si se observa que a través de dichas causales no es posible obtener, strictu sensu, que la cuestión material dirimida por los árbitros pueda ser reexaminada por el Tribunal Superior que conozca de la impugnación. No se trata, pues, de un recurso para revisar o replantear lo que ya fue objeto de decisión mediante arbitramento, como que en tal caso, entre otras cosas, muy fácil quedaría desnaturalizar la teleología de acudir a este tipo de administración de justicia. Si tal se permitiese, ciertamente en nada habrían avanzado las partes...»* (G. J, T. CC, p. 284).

No obstante, pese a la clara diferencia que existe entre tales medios impugnativos, también puede suceder que las partes opinen que el tribunal que resuelve sobre tal anulabilidad se extralimitó en la decisión, que resolvió sobre temas que no fueron objeto del recurso o, incluso, que falló en desmedro del único recurrente; discrepancias que, como ya se expuso, nada tienen que ver con la competencia funcional del órgano judicial.

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

En efecto, de conformidad con lo establecido por el artículo 161 del Decreto 1818 de 1998, aplicable al caso, el recurso de anulación contra el laudo arbitral «... se surtirá ante el tribunal superior del distrito judicial que corresponda a la sede del tribunal de arbitramento, para lo cual el secretario enviará el escrito junto con el expediente».

La sede del tribunal de arbitramento que profirió el laudo arbitral estaba en Bogotá, razón por la que resulta incontestable que el competente funcional que debió resolver el recurso de anulación debía ser, como lo fue, el

Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, por lo que se cumplió con las reglas que fijan la competencia por el factor funcional.

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

Por ello, no resulta procedente adentrarse, por vía de revisión, en el examen de fondo de las razones que expresó el tribunal, o su posible intromisión en asuntos que ajenos al recurso de anulación, como lo alegó la actora.

7. Ante el fracaso del recurso, se impone condenar en costas y perjuicios a la parte demandante.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el recurso de revisión que formuló Prominas de Zulia S.A. Comercializadora Internacional P.Z. S.A. contra la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá el 9 de noviembre de 2011.

SEGUNDO. Condenar al impugnante al pago de los perjuicios causados al demandante como consecuencia del presente recurso, conforme a lo dispuesto en el inciso final del artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, los que se liquidarán mediante incidente. Con tal fin se hará efectiva la caución prestada.

TERCERO. Condenar en costas al impugnante. Liquidense por Secretaría. Como agencias en derecho se fija la suma de \$2.000.000.

CUARTO. Devolver a la oficina judicial de origen el expediente que contiene el proceso dentro del cual se dictó la sentencia materia de revisión con excepción del cuaderno de la Corte, agregando copia de la presente providencia. Por secretaría librese el correspondiente oficio.

QUINTO. Archivar la actuación, una vez cumplidas las órdenes impartidas.

NOTIFÍQUESE

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

Con ausencia justificada

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n.º 11001-02-03-000-2013-02839-00

Con el respeto de siempre por las decisiones adoptadas por la Sala, en esta oportunidad manifiesto que comparto la tomada en la sentencia que dirimió el recurso extraordinario de revisión de que se trata, habida cuenta que, como allí se anotó, el reclamo de la sociedad recurrente no se enmarca dentro de la causal de revisión que invocó, a más de que tampoco ocurrió vicio de nulidad por falta de competencia funcional.

Sin embargo, me aparto parcialmente de las consideraciones plasmadas en la sentencia, al estimar que no debe confundirse el principio de congruencia que rige en materia procesal, con la prohibición para el juzgador de segunda instancia de reformar la providencia atacada en perjuicio del único impugnante.

El primero traduce que el fallador debe resolver el conflicto sometido al conocimiento del aparato jurisdiccional teniendo en cuenta lo pedido en la demanda y lo excepcionado en el escrito de réplica, como regla de principio, al paso que el segundo alude a la limitación del

funcionario de última instancia para desatar la apelación interpuesta contra una determinación, atinente a no ser más gravosa la situación del único censor.

De allí que, entre otras distinciones, el legislador previó causales de casación diversas cuando el juzgador incurre en inconsonancia (causal 2ª del artículo 368 del C. de P.C. y 3ª del art. 336 C.G.P.) y cuando transgrede la restricción denominada *no reformatio in pejus* (causal 4ª de ambos preceptos).

Además, también excluyo la afirmación según la cual la atribución a la Corte del conocimiento del exequátur de sentencias, laudos arbitrales proferidos en el extranjero y los procesos contenciosos en que interviene un agente diplomático de otro gobierno, se enmarca dentro del concepto de competencia funcional.

Es que la distribución de los diversos litigios sometidos al conocimiento de la Rama Judicial atendiendo sus funciones es tema ajeno al de competencia funcional, porque de ser así la competencia funcional sería el género y los demás factores de la misma serían la especie (subjetivo, objetivo y territorial), habida cuenta que todos los pleitos son atribuidos a los distintos funcionarios judiciales en atención a su función primordial, la de administrar justicia. Es decir, toda competencia sería funcional.

En consecuencia, se alude a la competencia funcional sólo cuando se distribuyen los procesos teniendo en cuenta el criterio vertical, esto es, qué funcionario debe conocer en segunda instancia o de un recurso extraordinario, cuando el litigio ya ha sido asignado legalmente a otro de primer grado.

Fecha *ut supra*.

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado



ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n.º 11001-02-03-000-2013-02839-00

Con el debido respeto para con el Magistrado ponente, y del mismo modo, para con todos los demás integrantes de la Sala, presento las razones de mi aclaración de voto, dentro del recurso de revisión formulado por Prominas de Zulia S.A., Comercializadora Internacional P. Z. S. A., contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil el 9 de noviembre de 2011 que declaró infundado el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral dictado el 16 de mayo de 2016 en la controversia de Esmeraldas Santa Rosa S. A. y la recurrente.

Comparto la decisión resolutive al declarar infundado el recurso de revisión, no obstante, disiento del todo de *ratio decidendi*, esto es del análisis de la causal 8 de revisión del art.

380 del C. de P. C., ahora 8 del art. 355 del C. G. del P.:
“Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso”, cuando la misma se enarbola por la carencia de competencia funcional.

En todo lo pertinente me remito al salvamento de voto que expuse extensamente en el juicio revisorio que Alberto Ruiz Llano formuló con citación de Camilo Luis Akl Moanack, contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Yopal, con el fin de obtener la restitución de un predio rural ubicado en el municipio de Orocué (Casanare), en el radicado n.º 11001-02-03-000-2012-02126-00.

Mi disenso surge, frente a la conceptualización equivocada respecto de la ausencia de nulidad por incompetencia funcional en las hipótesis relacionadas con problemas de incongruencia y *reformatio in peius*, anidados en la sentencia definitiva de la controversia en todos los eventos que contra la misma no proceda recurso alguno, salvo el de revisión; como última *ratio* para restablecer el derecho de la parte afectada con la iniquidad. Varias disposiciones legales, razones constitucionales y la doctrina probable de esta Corte permiten reclamar el restablecimiento del derecho y la utilización de la revisión como

medio idóneo contra la injusticia. La motivación, de la cual me aparto, por el contrario, renuncia a una sólida doctrina cimentada por décadas y de naturaleza garantista frente al derecho fundamental de tutela judicial efectiva o de acceso a la justicia.

La considerativa aduce que si el *ad quem* es el funcionario que el plexo normativo procedimental determina para conocer de la impugnación, se satisface el factor de competencia funcional, con independencia de los argumentos utilizados para resolver la instancia, de modo tal que el vicio invalidante por resolver en perjuicio del único apelante, o por fuera, o más allá de lo pedido (incongruencia), el vicio no existe.

Advirtió que en el hipotético caso de pretender debatir la posible falta de competencia funcional, la vía procedimental idónea, no es la revisión, sino el recurso extraordinario de casación, cuando la ley lo permite o la “(...) *acción de tutela cuando no existe ningún otro medio de defensa, pero no de revisión*”. Esa es la solución correcta, motiva, por cuanto:

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

“(...)”

“(...) la competencia funcional es un asunto esencialmente distinto a lo que ocurre cuando el juez, al momento de resolver la impugnación,

incurrir en yerros sobre el fondo del litigio, como acontece cuando extiende su decisión a puntos que no fueron materia de inconformidad por el recurrente”¹.

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

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

“La competencia funcional en el sentenciador de segundo grado, originado por el recurso de apelación que se propuso contra el fallo pronunciado por el juez en primera instancia unas veces es panorámica o lo suficientemente extensa como que le permite la revisión total de lo decidido por el a quo y otras veces es restringido con motivo de principios que rigen la alzada, como el de la reformatio

¹ COLOMBIA. C.S.J Sala de Casación Civil. Sentencia de revisión del 13 de abril de 2016. Exp: 11001-02-03-000-2012-02126-00. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez. p. 8.

in peius. Este, que se presenta con claro respaldo legal en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, consiste en que el recurso de “apelación se entiende interpuesto en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto, el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuera indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado la que no apeló hubiere adherido el recurso, el superior resolverá sin limitaciones”.

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

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

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

“En la especie de esta litis, el fallador de segundo grado se alejó del radio de su competencia al fenecer la segunda instancia, pues a pesar de que el a- quo atendió las súplicas de la demanda respecto del demandado Banco Cafetero y absolvió de ellas al codemandado Banco Franco Colombiano, y de esta resolución sólo apeló el banco condenado, lo cual implica que el ad-quem solo tenía competencia para revisar la decisión en lo desfavorable al recurrente, puesto que las otras decisiones alcanzaron firmeza por haber consentido el demandante al no apelar, resolvió revisar esta última decisión para condenar también al demandado absuelto por el a- quo, careciendo de competencia, por tratarse de puntos que escapaban a la materia de la apelación”².

² COLOMBIA. C.S.J Sala de Casación Civil. Sentencia de casación del 4 de julio de 1979. M.P. Dr. Alberto Ospina Botero.

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

Posteriormente en una acción extraordinaria de revisión el 13 de junio de 1990, con ponencia del Dr. Rafael Romero, se usó criterio similar, en el litigio de Sociedades Darco Ltda. contra Echeverri Henao Constructores y Cía. Ltda. Esta última, vino a la Sala contra la decisión que resolvió el recurso de anulación del laudo arbitral del 1 de septiembre de 1987, con pábulo en la causal 8 del artículo 380 del estatuto procesal, fincando sus argumentos en falta de competencia funcional del Tribunal Superior, motivo que tornaba nula la sentencia acusada.

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

procesos de conocimiento”; d) Inexistencia del laudo por falta de motivación.

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

Resumió los motivos del recurso de este modo:

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

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

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

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

“(...) g)- El Tribunal Superior, no obstante reconocer que el recurso de anulación no procede por la causal que como tal

aparece enlistada para el recurso de revisión en el numeral 8 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, hace actuar está en aquél, en una franca contradicción. Antagonismo que igualmente comete cuando dice que en la rituaría no se prevé la inexistencia de los actos procesales, pero sí la aplica para el caso litigado; y que pese a no figurar como nulidad la falta de motivación, sí resultó aplicándola al mismo.

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

La Sala compendió la cuestión así:

“(…).

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

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

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

“c. Con ello, el Tribunal hizo las veces de legislador, usurpando las funciones de éste, pues su competencia específica y restringida no le permitía ir más allá del estudio de la procedencia de las causales invocadas”³.

³COLOMBIA. C.S.J Sala de Casación Civil- Sentencia de revisión del 13 de junio de 1990. M.P. Dr. Rafael Romero Sierra. p 8, 11 a 12.

La Corporación, entonces concluyó:

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

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

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

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

“6- En el presente caso, bien es verdad que el Tribunal Superior de Medellín, a despecho de lo dicho, se abstuvo de estudiar las causales de anulación formuladas en el recurso, para en su lugar, aunque no lo dijo explícitamente en la parte resolutive del fallo aquí impugnado en revisión, declarar que el laudo atacado por medio del recurso de revisión era inexistente. Obviamente que la decisión que el Tribunal resultó adoptando a la postre,

desacompaasa enteramente con lo que viene de exponerse, por supuesto que él no se pronunció en ninguno de los dos sentidos que quedaron dichos. Quepa repetirlo una vez más, dada la naturaleza jurídica del recurso de anulación del laudo, el trámite de éste no puede culminar con decisión diversa a la de declarar su nulidad, si es que se ha configurado una siquiera de las causas invocadas por el recurrente, de las taxativamente previstas en la ley, o, en caso contrario, denegar la nulidad impetrada por el impugnador. El legislador ha permitido que el arbitraje sea susceptible de recurrirse por un medio de impugnación ciertamente singular; y, en ese marco de ideas, le ha concedido competencia a la justicia ordinaria, y más exactamente el Tribunal Superior de Distrito Judicial correspondiente al lugar donde se pronuncie aquel; pero no es en modo alguno una competencia irrestricta, sino con las limitantes que de manera general quedaron atrás consignadas; en consideración a esto, el Tribunal no puede moverse sino dentro del preciso marco que la ley ha señalado; que no es otro que el de verificar si existe o no la nulidad que el recurrente somete a su consideración, y adoptar la decisión correspondiente.

“De suerte que cuando el sentenciador, como aquí sucedió, concluyó la tramitación, sin decir si el laudo es nulo o no, a todas luces franqueó los precisos linderos que le demarcan una competencia estricta. Y bien claro es que esa irregularidad invalidante tuvo como venero la sentencia misma, sin que a la sazón tal decisión fuese susceptible de recurso diverso al aquí interpuesto. Las cuales cosas, todas a una, estructuran como se dejó dicho desde las liminares consideraciones de este proveído, la causal octava de revisión que ha sido invocada, cuya prosperidad, por lo mismo, no se hace esperar”⁴.

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

Sintetizó la situación fáctica así:

“(...) en el episodio que ocupa transitoriamente la atención de la Corte, ocurrió que el tribunal de arbitramento decidió que la prosperidad no

⁴ COLOMBIA. C.S.J Sala de Casación Civil- Sentencia de revisión del 13 de junio de 1990. M.P. Dr. Rafael Romero Sierra. p 13 a 14.

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

“Dos problemas jurídicos íntimamente anudados plantea el presente asunto, que pueden formularse a partir de los siguientes interrogantes: ¿era incongruente el laudo proferido por el tribunal de arbitramento al resolver las pretensiones de la convocante?; y en consecuencia, ¿tenía competencia funcional el Tribunal Superior para decidir los puntos, que según su concepto, no habían sido fallados por los árbitros?”⁵.

La Sala razonó:

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

“(…).

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

⁵ COLOMBIA. C.S.J Sala de Casación Civil- Sentencia de revisión 21 de julio de 2005. Expediente No. 1101-02-03-000-2004-00034-01, M.P. Dr. Edgardo Villamil Portilla. p. 19 a 20.

recurso se encuentra restringido a aspectos in procedendo mediante parámetros estrictos de los cuales ya se dio cuenta.

“Además de lo anterior, es protuberante la paradoja creada por el error del Tribunal Superior, en cuanto asumió como verdad inconcusa que algo faltaba por decidir, pues en semejante situación lo que debería hacer era fallar ex nihilo lo antes nunca resuelto, a pesar de ello, lo que finalmente hizo el Tribunal Superior fue revocar lo decidido, para proveer en sentido contrario, con lo que de nuevo se arrogó una competencia que la ley no le reconoce y por ello incurrió en la nulidad que se le enrostra. Entonces, el juzgador de la anulación lejos de llenar un vacío del laudo, lo que hizo fue resolver en las antípodas de la decisión arbitral, lo que está vedado al juez de la anulación”⁶.

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

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

El instituto jurídico previsto en la causal 8 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, y 8 del art. 355 del C. G. del P.: *“Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso”*, desde su génesis es causal autónoma de invalidación, tal cual lo refleja el precepto transcrito.

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

a. Que se incurra en nulidad pronunciada en la sentencia recurrida. Es el primer requerimiento. No se trata de nulidades anteriores a la sentencia, susceptibles de saneamiento, ni de las que puedan ser adecuadas en alguna de las otras causales de

⁶ COLOMBIA. CSJ Sala de Casación Civil- Sentencia de revisión 21 de julio de 2005. Expediente No. 1101-02-03-000-2004-00034-01, M.P. Dr. Edgardo Villamil Portilla. p. 22 a 24.

revisión, como la indebida representación, la falta de notificación o emplazamiento que se estructuran en la causal 7 de revisión del 380 del C. de P. C. o del 355 del C. G. del P. Podría ser por ejemplo, la falta de motivación de la sentencia. Es la nulidad que tiene su fuente en la sentencia misma, sin que tengan las partes, otra oportunidad, para denunciarla o para reclamar su reconocimiento.

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

Esta exigencia es pertinente porque la procedencia de la causal emerge frente a la sentencia que se profiere en un momento procesal en el cual no permite, procede o admite impugnación o la formulación de recursos diferentes al de revisión, como serían las sentencias de única instancia o las de segunda instancia. Se excluye, por antonomasia, la dictada en el trámite del recurso de revisión, ya que por vía de este medio extraordinario es como se pretende reparar la injusticia, de tal

forma que permitir su revisión es tornar inagotable el recurso con desmedro de la seguridad jurídica para los asociados. En consecuencia, en los procesos en donde la decisión de fondo no sea susceptible de recurso de apelación, como el elenco de sentencias de única instancia, el conjunto de sentencias que han surtido la segunda instancia por apelación o consulta, siempre y cuando contra ellas no proceda el recurso de Casación⁷, como sería el caso de las dictadas en los ejecutivos, halla terreno fértil la causal para el correspondiente recurso de revisión. Del mismo modo procedía en el marco del C. de P. C. cuando se omitía la audiencia del artículo 360 *ejúsdem*.

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

- 1- Proferir sentencia en proceso terminado anormalmente por desistimiento, transacción o perención, y actualmente por el desistimiento tácito.
- 2- Dictar sentencia estando suspendido o interrumpido el proceso.
- 3- Condenar en ella a quien no ha figurado como parte.
- 4- La carencia de motivación de la sentencia, así se trate de sentencia dictada en equidad.
- 5- Dictar sentencia por un número de magistrados menor al exigido por ley. En términos de la Ley 270 de 1996, “(...) firmada con menor número de magistrados o adoptada con un número de votos diversos al previsto por la ley”.

⁷ Si la sentencia admite casación y éste recurso no se formuló, opera un desistimiento tácito de la revisión por vía de este motivo de revisión por cuanto mediante la casación, el afectado, disponía de la causal quinta prevista en el art. 368 del C.P.C., para reparar la injusticia, en las hipótesis fácticas de nulidades procesales no saneadas, a fin de obtener la reparación del agravio. Igual razonamiento procede para la apelación y *a fortiori*, porque esos medios de impugnación permiten discutir a plenitud cualquier vicio *in procedendo*.

- 6- Dictar sentencia sin abrir a pruebas el proceso.
- 7- Dictar sentencia sin correr traslado para alegar, cuando la ley así lo exija para el respectivo procedimiento⁸.
- 8- Cuando por vía de aclaración se reforma la demanda.
- 9- Cuando en la sentencia se incurre en un vicio de incompetencia funcional.

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

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

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

El ilustre tratadista, Hernando Devis Echandía explica:

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

*“El juez de primera instancia conoce del proceso hasta la terminación de instancia, mediante la sentencia, y por eso se le **llama juez a quo, o sea hasta el tiempo o momento**. En cambio, el juez de segunda instancia sólo conoce del proceso **desde que** el inferior concluye la primera razón por la cual se llama juez **ad quem** o **desde tal tiempo**.*

⁸ COLOMBIA. C.S.J. S.C.C. 29 de agosto del 2008, radicado 2004 00729.

Lo mismo sucede en los casos en que el negocio sube al superior por apelación contra un auto, es decir, una providencia distinta de la sentencia, que le ponga fin a la primera instancia, pues el superior conoce desde el momento en que el inferior agota la actuación del incidente o punto especial hasta que se ejecutoria el auto que resuelve la apelación; pero puede adelantar luego la liquidación de costas si hubo condena en ellas”⁹.

Francesco Carnelutti enseña:

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

“Esta distinción y, en particular, la noción de la competencia funcional, como, por lo demás, la otra de la competencia jerárquica, son desconocidas en la técnica del Código de Procedimiento Civil, porque su construcción científica es totalmente reciente; existen sin duda, como veremos, las normas que responden a tales conceptos, pero los conceptos han sido usados por el legislador, que ha continuado confundiendo entre competencia material y competencia funcional (...)”¹⁰.

En el mismo sentido Giuseppe Chiovenda señala:

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

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

*“2. Cuando un litigio se atribuye al juez de un determinado territorio por el hecho de su **función** será allí más fácil o más eficaz (**ejecución** en el lugar donde se sitúan los bienes, procedimientos de **quiebra** en el lugar del establecimiento mercantil principal, etcétera).*

*“Tanto el concepto como la denominación que introduce en la doctrina italiana, pueden considerarse ahora como de uso corriente, aunque no siempre correcto. Se ha aplicado el concepto en la práctica a casos de simple competencia territorial, sosteniéndose, por ejemplo, la improrrogabilidad del **fórum hereditatis**. No debería haber necesidad de advertir que cuando la ley menciona expresamente una competencia entre las **territoriales** quiere ponerla (con razón o sin ella) bajo el principio general de la prorrogabilidad. Nuestro **fórum rei***

⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *El Proceso Civil Parte General*. Compendio de Derecho Procesal Civil. Tomo II- . Volumen I. Medellín: Biblioteca jurídica Diké, 1994. p. 77.

¹⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Traducción de la quinta Italiana Santiago Sentis Melendo. Volumen I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973. p. 211.

sitae, por ejemplo, es prorrogable, incluso cuando se refiere a cosas inmuebles (Cód. Proc. Civ., art 93), si bien habría muchas razones para hacer de él en este caso un fuero exclusivo, como en la ley alemana.

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

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

“La competencia funcional es el factor que apunta y define las diversas funciones que deben cumplir los jueces que intervienen en las distintas instancias de un mismo o diferente proceso, sea de primera, de segunda o de única, o eventualmente en la tercera (cuando el sistema procesal acepta la condena confirmatoria, como recurso adicional de garantía para los condenados). Del mismo modo se refiere a la materia que es objeto de instrucción y juzgamiento, de tal forma que si hay intromisión de un funcionario en conflictos que corresponde definir a otro juez en forma privativa, queda afectada la decisión o la actuación de nulidad procesal insaneable. Por ello los códigos procesales señalan en forma pormenorizada de qué conocen los jueces”¹¹.

El factor funcional es la forma de establecer la competencia teniendo en cuenta la función, la tarea u oficio que desempeñan los jueces para resolver un problema jurídico, según la adscripción legal que le otorgue el legislador. También cobija la distribución vertical o jerárquica del trabajo, entre quienes administran justicia, según sean jueces de primera instancia (*a quo*, hasta cierto momento), de segunda (*ad quem*, desde cierto momento); así como a las categorías para efectos de resolver recursos, indicando quién o quiénes deben resolverlos, por ejemplo, apelación, casación, revisión, anulación, y cuál es

¹¹ GIUSEPPE, Chiovena. *Curso de Derecho Procesal Civil*. México: Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1995. p. 294.

el ámbito y marco de su decisión. Este factor permite inferir quien es el superior jerárquico investido de las atribuciones de revisar una decisión jurídica de un juez inferior. En estas hipótesis, obsérvese, las funciones de los jueces no son iguales sino diferenciadas por cuanto se encomienda según los grados, al de primera instancia resolver las pretensiones introductorias y los hechos que las soportan, y aquello que corresponde al de segunda por virtud de la pretensión impugnativa en la alzada porque el factor se refiere a las funciones que desempeña un juez y que debe cumplir en un proceso y a la distribución de tareas y límites para resolver. Corresponde a la atribución o la asignación de facultades para atender determinadas cuestiones en una especialidad en las diferentes instituciones o grados.

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

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

Se trata entonces, de verdaderos vicios de actividad o procedimiento y no de “*yerros sobre el fondo del litigio*”, como equivocadamente se afirma en las motivaciones de las cuales me aparto, pues una cosa es la competencia funcional para una cuestión sustancial y otra muy distinta es esa decisión material adoptada.

El análisis que presenta la sentencia de la que me aparto al ver tanto la congruencia como la *reformatio in peius* como fenómenos “*esencialmente distintos*”, que no tienen “*(...) nada que ver*” o que son “*institutos procesales de distinta naturaleza y finalidad*” a la competencia funcional, ni que engendren “*(...) nulidad por el factor funcional*” desconoce la verdadera razón y sustancia que edifica este factor. Tampoco puede colegirse que el factor esté determinado únicamente al comienzo de la controversia como lo señala la sentencia, porque permanentemente en las diferentes fases procesales puede aparecer su menoscabo e infracción con efectos invalidantes; así por ejemplo, el interés para formular el recurso de casación no está determinado ni materializado desde el comienzo del juicio,

porque su formulación únicamente deviene eventual, si ulteriormente se cometen yerros de índole funcional (causal quinta), o de otra naturaleza. La tesis de tan tajante exclusión resulta insostenible, basta uno que otro ejemplo: Si un Tribunal Superior concede el recurso de casación y el mismo ente judicial lo tramita y decide, en el ordenamiento patrio, no puede decirse que se haya incurrido en un vicio de competencia funcional *ab initio* del juicio, *sino* que acaece o surge en sus postrimerías. Otro tanto, podría decirse si un tribunal de arbitramento recibe la interposición del recurso de anulación al propio laudo y pasa directa e inmediatamente a tramitarlo y a resolverlo.

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

No basta que ese sea el juez competente para fallar porque la ley le asigna el conocimiento de la primera o de la segunda instancia, la casación, la revisión o el exequátur, etc., que es sometido a su consideración o juzgamiento. La competencia funcional no se refiere únicamente al sujeto singular o plural que debe juzgar un determinado asunto, sino también al continente o contenido de la controversia que debe resolver; apunta también a la cuestión o problema jurídico que válidamente ese juez como atribución legal deba juzgar; es decir, ata también el continente, la materia, el asunto u objeto jurídico

dentro de cuyas fronteras o límites le compete legítimamente resolver, prédica que también cobija cuando decide con gravamen perjudicando al único recurrente, porque así sea el juez competente para la instancia o recurso, adultera o se extralimita en aquello cuanto le corresponde o se le atribuye sentenciar.

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

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

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

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

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

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

“Ahora bien, la competencia funcional según la doctrina especializada, (...) está determinada por aquel conjunto de funciones, actividades y poderes, que corresponden a determinado órgano judicial, personificado por determinado sujeto. Según cierto concepto, la competencia funcional se da cuando distintos órganos jurisdiccionales están llamados a conocer de la misma causa en estadios y fases sucesivas del mismo proceso. En este sentido suele hablarse de una competencia por grados, o bien, en las relaciones entre cognición y realización de los intereses tutelados por el derecho objetivo, de una competencia funcional, respecto a la ejecución, en contraposición con una competencia respecto a la cognición del derecho”. (Ugo Rocco, Tratado de Derecho Procesal Civil, Ed. Temis y Depalma, Bogotá y Buenos Aires, 1970, tomo II, pág. 42)¹².

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

“(...) con relación al límite objetivo referente a la extensión de la decisión jurisdiccional, debe tenerse presente que si la parte señaló el sendero por el que, a su turno trazó la causa petendi, génesis de la pretensión, a través de la utilización de determinada vía sustancial, las consideraciones jurídicas del juzgador no pueden desbordar ese camino seleccionado libre y soberanamente –con independencia de su

¹² COLOMBIA. CSJ Sala de Casación Civil- Sentencia de casación del 26 de julio de 2013. Exp. N° 05001-31-03-009-2004-00263-01, M.P. Dra. Ruth Marina Díaz Rueda. p. 27 a 31.

real pertinencia- por el litigante, no obstante que aquel, en desarrollo de su celeberrimo principio de iura novit curia, podrá suplir o colmar determinados vacíos o yerros, eso sí, sin variar o distorsionar el contenido medular de lo pretendido por las partes, valga la reiteración, o lo que es lo mismo, sin desatender el axioma de la congruencia. Al fin y al cabo, la tarea judicial es reglada y, por contera, limitada, no sólo por obra de la ley, sino también con arreglo al pedimento de las partes, concretamente del actor, artífice señero del marco dentro del cual, a posteriori, deberá el fallador inscribir su resolución”¹³.

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

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

Por ello, nuevamente insisto, la sentencia de la que me separo, afrenta el derecho fundamental de tutela judicial efectiva, porque separa lo inseparable: competencia funcional,

¹³ COLOMBIA. CSJ Sala de Casación Civil- Sentencia 4 de septiembre de 2000. Exp No 5602. M.P. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. p. 16 a 17.

congruencia y *reformatio in peius*; para señalar y adoctrinar, además erróneamente, que cuando la nulidad se presenta en la sentencia, el camino correcto es denunciar el yerro por vía de la incongruencia o de la adulteración de la *reformatio in peius*, mediante el recurso de casación. Esa nueva doctrina es inaceptable porque de tajo desconoce la excepcionalidad del recurso de casación, el cual, por su naturaleza política y de coherencia del sistema jurídico está restringido a un número determinado de decisiones susceptibles de esa impugnación. De tal modo que todo el cúmulo grande de decisiones que no son objeto de casación, y que contengan el yerro analizado, los justiciables carecerán de un instrumento para reclamar sus derechos y denunciar la injusticia. Es la revisión el recurso idóneo que por su universalidad procede contra toda sentencia en esos casos; empero, la nueva doctrina impide que esos vicios se judicialicen por el sendero de la causal 8 de revisión prevista en el derogado C. de P. C. y en el nuevo C. G. del P. La decisión entonces, inhuma una doctrina garantista, para dar lugar a la injusticia. ¿Qué decir ante la presencia de estos quebrantos, en las sentencias de única instancia que constituyen los más numerosos fallos para las mayorías de nuestro país? So pretexto de un extremado tecnicismo procesal se ofende el derecho fundamental de acceso a la justicia.

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

La sentencia de 26 de junio de 2003, con ponencia del Dr. Jorge Santos Ballesteros, en el proceso ordinario adelantado por Raúl Vernaza Garcés contra el Banco del Estado

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

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

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

“Como el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil determina que el Tribunal en la apelación “no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso”, dice el recurrente que el Tribunal

*no tiene competencia para estudiar la situación de terceros ajenos al recurso, como en este caso*¹⁴.

La Corte analizando el problema propuesto, consideró:

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

“Y como al dictar sentencia incompleta ordenó al juez a quo que la terminara le trasladó esa función indelegable, inventándose además el procedimiento. En los dos primeros casos la nulidad impetrada tiene su apoyo en el numeral segundo del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil (falta de competencia), solo que, en relación con el primer motivo la órbita de competencia funcional del Tribunal ha de buscarse en el artículo 357 ibidem, al paso que en el segundo motivo, el recurrente la hace residir en que ese desprendimiento de la función del Tribunal hace nula la actuación procesal surtida desde ese momento en adelante. Ya en el tercer motivo, también enfocado en esa actuación procesal, el recurrente lo fundamenta en el numeral cuarto del artículo 140 (nulidad del proceso por haberse tramitado la demanda por proceso diferente al que corresponde).

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

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

“En relación con la competencia del Tribunal como juez ad quem o de segunda instancia en el conocimiento del proceso en virtud de apelación de la sentencia, es el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil el que señala la órbita de la misma, al indicar que

¹⁴ COLOMBIA. C.S.J Sala de Casación Civil- Sentencia de casación del 26 de junio de 2003. Exp. No 7058 M.P. Dr. Jorge Santos Ballesteros.

la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente ligados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones. De lo que se sigue que son dos las limitantes del Tribunal: en primer lugar, la materia sobre la que versa el estudio del Tribunal la puede circunscribir el recurrente a precisas materias, de modo que sólo sobre ellas habrá de pronunciarse el ad quem; y en segundo lugar la sentencia no puede ser reformada por el Tribunal en perjuicio del apelante único (reformatio in peius).

“Sin embargo, si ambas partes apelaron o la que no lo hizo adhirió al recurso, o si es indispensable la reforma de un punto no impugnado por estar él ligado de modo íntimo con otro que ha de ser modificado, el Tribunal tiene competencia para modificar el punto o, en el primer evento, para conocer de modo panorámico el proceso. Sobre esto dijo la Corte recientemente: “Este recurso al no ser limitado expresa o implícitamente por sus proponentes, a determinadas resoluciones del fallo, otorgaba al órgano jurisdiccional de segundo grado, amplia facultad para revisar la resolución judicial apelada en todo aquello que agraviase sus intereses, sin otra restricción que la resultante de la prohibición de reformar en perjuicio del apelante único, pues al tenor del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, el recurso de apelación debe considerarse interpuesto en tal extensión, es decir, en lo que desfavorezca al impugnante, pues esa es la regla que se aviene no sólo con el interés, sino con la personalidad del recurso” (Sentencia de Casación Civil 020 del 24 de febrero de 2003 Exp 6610).

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

“La aplicación de los anteriores asertos al caso presente permite deducir con facilidad que en esa particular acumulación de procesos que implicó el llamamiento en garantía que el BANCO DEL ESTADO (demandado por Vernaza) le hizo al BANCO DE LA REPÚBLICA (demandado por el Banco del Estado), el Tribunal, ante apelación del demandante Vernaza, asumió la competencia para conocer de ese proceso todo, en toda su dimensión, esto es, de las dos causas

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

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

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

“Pero ese específico trámite no puede subsumirse en la causal de nulidad contenida en el numeral cuarto del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, de cuya lectura desprevenida se deduce su inaplicabilidad al caso. Porque si el motivo de nulidad del proceso consagrado en ese precepto estriba en que “la demanda se tramite por proceso diferente al que corresponde”, salta a la vista que en el caso de estos autos no fue la demanda la que recibió el trámite singular a

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

“En orden a precisar el campo de acción de la referida causal, posteriormente esta corporación apuntó: ‘no hay cambio de procedimiento adecuado cuando se omite una etapa del mismo, cuando se altera el orden de los actos procesales que deben cumplirse, cuando se deja de ordenar un traslado, cuando no se abre un incidente, cuando se deja de tramitar una tacha de falsedad etc. Mientras el procedimiento adecuado no sea íntegramente sustituido por otro procedimiento (el verbal por el ordinario, este por el abreviado, o aquél por éste o por el ordinario, o el abreviado por éste o por el verbal), entonces no se dará la causal cuarta del artículo 152 -hoy 140’. (Sent. 20 de noviembre de 1980, G. J. t. CLXVI, pág. 227)”. (Sentencia de Casación Civil 218 del 14 de noviembre de 2000 Exp. 6281)”¹⁵.

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

¹⁵ COLOMBIA. C.S.J Sala de Casación Civil- Sentencia de casación del 26 de junio de 2003. Exp. No 7058 M.P. Dr. Jorge Santos Ballesteros.

fallo por la parte gestora, la Sala Civil del Tribunal de Descongestión de Bogotá, confirmó la decisión de primer grado.

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

La Sala de Casación Civil, razonó:

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

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

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

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

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

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

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

“En SC17175-2014, dijo la Corporación que

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

(...).

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

“6.- La Constitución Política de 1991, en sus artículos 254 al 257, estableció el Consejo Superior de la Judicatura como parte integrante

de la Rama Judicial, con atribuciones para administrar la «carrera judicial», lo que comprende «fijar la división del territorio para efectos judiciales y ubicar y redistribuir los despachos judiciales», así como «crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la administración de justicia».

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

Es así como el cambio de Tribunal no fue caprichoso ni abusivo, sino el producto de la aplicación de medidas de descongestión tomadas por el organismo integrante de la Rama Judicial facultado para hacerlo”¹⁶.

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

Amilanamiento de los recursos judiciales con la tesis ahora esgrimida:

Hay necesidad de disentir de las consideraciones de la decisión frente a la cual aclaro voto, en cuanto contiene dos erradas tesis: 1. La primera ya la expuse en cuanto declara

¹⁶ COLOMBIA. C.S.J Sala de Casación Civil- Sentencia de casación del 30 de noviembre de 2015. Exp. No. 25286-31-03-001-2007-00335-01, M.P. Dr. Fernando Giraldo Gutiérrez.

ilegítimo el recurso de revisión para discutir errores *in procedendo* en la construcción de los fallos judiciales constitutivos de nulidad no saneable por carencia de competencia funcional en relación con la extensión, el límite, el contenido o la materia que es objeto de juzgamiento por un juez en el curso de la única instancia, o en el de la segunda cuando no procede el recurso de casación, y también en el caso de los laudos y sentencias de anulación de estos. 2. La segunda razón porque penetra en un laberinto inaceptable y que paso a explicar. Elimina e impide la formulación del recurso extraordinario de revisión, medio idóneo para denunciar la injusticia cuando el juez se extralimita contra el ordenamiento profiriendo sentencia nula que desborda el objeto jurídico materia de juzgamiento, y de paso sienta la errónea tesis de que tales vicios, cuando no proceda el recurso de casación podrán ser debatidos mediante **“(..) acción de tutela cuando no existe ningún otro medio de defensa, pero no [por medio de la acción] de revisión”**.

En esta segunda tesis, se adultera el derecho procesal al eliminar por vía jurisprudencial un recurso de naturaleza legal, que como última y suprema **ratio**, ostenta el justiciable con fundamento en la causal 8 de revisión para demandar el restablecimiento del derecho en todos los eventos cuando en el juzgamiento se cometen injusticias susceptibles de ser denunciadas por incompetencia funcional. Si la revisión es el recurso universal por excelencia puesto que procede contra: 1- todas las sentencias de única instancia, 2- las sentencias que deciden la anulación de laudos, 3- todas las sentencias que deciden la apelación y no son susceptibles de casación, 4- todas las sentencias que deciden la casación, 5- los laudos arbitrales con fundamento en el numeral 7 artículo 30 del C.G.P.; resulta

un contrasentido defender la tesis según la cual si se incurre en incompetencia funcional el recurso es la tutela, cuando no procede casación.

Existiendo recurso de revisión, resulta deleznable, convertir la tutela, medio residual y subsidiario de protección de los derechos fundamentales, en un recurso extraordinario y principal que hace innecesarios los medios ordinarios o especiales de defensa que ofrece el ordenamiento. Puede proceder la tutela por vías de hecho si se ha agotado también la revisión. Pero no se puede invertir el orden de las cosas. Asistimos entonces, a la lenta y nociva inhumación de los recursos judiciales, como medios idóneos de defensa, y del mismo modo a la deslegitimación de la tutela por cuanto al apropiarse de los cometidos originales y propios de los recursos judiciales, siembra el desconcierto, la arbitrariedad y la confusión en el ejercicio del derecho fundamental de acceso a la justicia, como consecuencia de las restricciones jurisprudenciales que se imponen a los motivos fundantes para demandar la revisión.

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

confianza legítima y de la seguridad jurídica que amparan a todo el conglomerado social en el Estado democrático; máxime cuando se modifica o cambia sustancialmente una teoría, una institución o un criterio doctrinal con alcances restrictivos o sancionatorios en el derecho fundamental de acceso a la justicia.

Dejo así aclarado mi voto.

Fecha *ut supra*

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA