

ACLARACIÓN DE VOTO

Debemos empezar por señalar que compartimos de manera general la decisión aquí tomada, pues al no haberse probado el valor de los bienes dados en intercambio -especialmente el de la casa, cuya negociación se hiciera a “puerta cerrada”, y cuya valía no podía determinarse por un avalúo catastral-, resulta claro que, se dejaron de acreditar los supuestos fácticos para la configuración de la acción rescisoria por lesión enorme; no obstante lo anterior, nos separamos respetuosamente de algunas de las motivaciones expuestas en la sentencia que definiera la instancia que nos ocupa, como se pasa a exponer:

1. Consideramos que no está suficientemente dilucidada la competencia que le asiste al Tribunal para entrar a estudiar la ausencia de los elementos que estructuran la acción impetrada.

Con la implementación del principio de la pretensión impugnativa en el Código General del Proceso, el juez de segunda instancia está limitado por los puntos de apelación que hayan sido objeto de reparo en la primera instancia y luego de sustentación en la segunda, así como por aquellos aspectos que requieran un pronunciamiento oficioso por parte del fallador, tal como expresamente lo determina el artículo 328 de nuestro estatuto procesal.

Sólo por excepción, si ambas partes apelan la totalidad de la sentencia o si la que no apeló se adhiere al recurso, el superior estaría habilitado para resolver sin limitaciones (art. 328 inc. 2 C.G.P.).

En el caso estudiado, pese a que las dos partes interpusieron recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, no se puede colegir a priori, una competencia sin limitación o panorámica. Nótese como, por un lado, la parte demandante censuró la sentencia al considerar insuficientes las condenas impuestas; mientras que la demandada dirigió sus reproches frente a la práctica, valoración y contradicción de los dictámenes periciales, así como la aceptación del desistimiento de una prueba testimonial. De manera tal que, en virtud del principio de congruencia, sólo aquellos aspectos y los de estudio oficioso, podía ser abordados en el fallo proferido por la Sala.

Si bien el extremo demandado al apelar expresó la existencia de una “Inadecuada aplicación de las normas sustantivas y jurisprudenciales de la lesión enorme”, como uno de los motivos de inconformidad frente a la decisión de la *a quo*; lo cierto es, que esa idea no cuenta con ningún desarrollo en su escrito de sustentación y aparece a título meramente enunciativo; sin que en la sentencia proferida por el Tribunal, se explique razonadamente, cómo a partir de esa mera aseveración se puede afirmar que el *ad quem* “está obliga[n]do a examinar cuáles son elementos esenciales del contrato atacado, y más concretamente el elemento denominado precio”, y por esa vía, revisar los presupuestos que cimentan la acción estudiada.

2. Dentro de la sentencia se planteó como parte de los problemas jurídicos a dilucidar, determinar si “¿Debió solicitarse que previamente a la rescisión del contrato de

permuta, se declarase la simulación relativa de los contratos de compraventa que disfrazaron aquella?"; interrogante que no solo no fue objeto de respuesta, sino del que explícitamente se indicó dejarlo de lado "para dar prevalencia al derecho sustancial", bajo el entendido "que tanto el actor como los demandados aceptan que en realidad en negocio realizado fue una permuta...".

Consideramos que ese planteamiento exigía un mayor estudio, pues aun cuando las partes aceptaron en distintos actos procesales¹ haberse obligado mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro, descripción normativa de la permuta²; lo cierto es que, al recaer una parte de ese negocio sobre bienes inmuebles, debía estar contenido en un instrumento público, constituyéndose dicha solemnidad *ad substantiam actus* en un requisito de la existencia de ese negocio jurídico, tal como lo prevé el artículo 1956 del Código Civil.

Pese a haberse otorgado escrituras públicas de venta respecto de los bienes raíces que formaban parte de la permuta, no puede pasarse por alto que también estaban inmersos en el intercambio varios bienes muebles, sin que se probara en todo caso, la existencia del contrato solemne de permuta que contuviera toda la negociación; así pues, estimamos que se debió estudiar la lesión enorme respecto de la ventas de los inmuebles en estricto sentido, por ser los contratos que aparecían acreditados conforme la solemnidad exigida, o abordar de lleno el problema jurídico atinente a la prueba del contrato respecto del que se pregonaba la lesión enorme.

3. Nos genera inquietud la afirmación realizada en torno al ejercicio del poder-deber de decretar pruebas de oficio en segunda instancia, en la que se sostuvo: "Y más recientemente en sentencia de unificación sobre este aspecto la Honorable Corte Constitucional, sostuvo que la intervención oficiosa del Juez en segunda instancia genera ruptura del equilibrio procesal", pues no solo es descontextualizada, sino que incluso contraría la férrea línea jurisprudencial que se tiene sentada sobre la obligación que le asiste al juez en procura de establecer la verdad dentro del proceso en aras de materializar el derecho sustancial.

En la sentencia SU-366 del 7 de octubre de 2015³, la Corte Constitucional analizando un tema puntual⁴, manifestó: "La Sala concluye que, **en el presente caso**, no se verificaban los presupuestos para que la Sección Tercera del Consejo de Estado viniera obligada a decretar de oficio las pruebas necesarias para demostrar la propiedad de los accionantes sobre los predios 'El Tres o la Nena' y 'Los Campanos', a partir de la cual afirmaron su legitimación material para ser indemnizados" (negrilla fuera de texto), para precisar más adelante: "Así las cosas, la intervención oficiosa del juez de segunda instancia, en procura de pruebas que la parte interesada no aportó ni en su momento manifestó estar en dificultad o imposibilidad de allegar al expediente, **habría implicado en el presente caso una indebida intervención de la autoridad judicial para suplir la falta de diligencia de la parte accionante**, en relación con un hecho que desde el inicio del proceso fue motivo de controversia." (negrilla

¹ Demanda, contestación e interrogatorios.

² Artículo 1955 del Código Civil.

³ Con ponencia de la Honorable Magistrada María Victoria Calle Correa; providencia que corresponde a la citada en la sentencia objeto de aclaración.

⁴ Tutela interpuesta con ocasión de un proceso de reparación directa, en la que el actor no satisfizo la carga de probar la propiedad de los predios sobre los que reclamaba una multimillonaria indemnización, ni alegó la imposibilidad de hacerlo y tampoco solicitó la práctica de ese medio probatorio.

fuera de texto); aseveraciones que claramente distan de las conclusiones a las que llegó el Tribunal al referirse a la jurisprudencia citada.

Conviene tener presente que “el ejercicio de la facultad de decretar pruebas de oficio, tiene especial sentido en un Estado Social y democrático de derecho, ya que a menudo están en juego dentro de las controversias y tensiones que se plantean en un proceso, la garantía de los derechos fundamentales, caracterizada por la búsqueda de la verdad y la prevalencia del derecho sustancial.⁵ En ese sentido, el principio de autonomía judicial y la regla de inmediación revisten al juez natural de la suficiente libertad para definir, en lo probatorio, la conducencia, pertinencia o necesidad de una prueba. Por lo tanto, al ser el juez quien tiene contacto directo con las partes, la narración del supuesto fáctico y la producción de la prueba, es el encargado de formarse una mejor percepción acerca de la eficacia de un medio probatorio para demostrar determinado hecho”⁶. Incluso, es pertinente precisar que todo proceso judicial lleva envuelta la necesidad de la garantía de un derecho, bien sea el de la libertad, la verdad, un derecho patrimonial, derechos de los trabajadores, etc., de manera tal, que en los procesos judiciales no se puede hacer abstracción de la supremacía constitucional, pues esta irradia todo nuestro ordenamiento.

Debemos cerrar el punto resaltando que el Estado Social y Democrático de Derecho reclama un juez dinámico, que “abandone su papel estático, como simple observador y mediador dentro del tráfico jurídico, y se convierta en un partícipe más de las relaciones diarias de forma tal que sus fallos no sólo sean debidamente sustentados desde una perspectiva jurídica, sino que, además, respondan a un conocimiento real de las situaciones que le corresponde resolver”⁷, para lo cual deberá hacer uso de los poderes deberes que se le han conferido, dentro de los que se encuentra la prueba de oficio, pues el “Juez que reclama el pueblo colombiano a través de su Carta Política ha sido encomendado con dos tareas imperiosas: (i) la obtención del derecho sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad. Estos dos mandatos, a su vez, constituyen el ideal de la justicia material”⁸.

4. De manera juiciosa se expusieron y desarrollaron a nivel teórico los elementos necesarios para la prosperidad de la acción rescisoria por lesión enorme; pero al aterrizarlos al caso concreto, encontramos que se dio por sentada la inexistencia de un acuerdo entre los contratantes que recayera sobre el precio dado a los bienes permutados, indicándose al respecto: “Al ponderar ambos interrogatorios de parte se infiere, sin hesitación alguna, que los contratantes nunca estimaron conjuntamente los valores que le iban a dar a los bienes, muebles e inmuebles, que estaban involucrados en la negociación...”, y afirmándose más adelante: “Esa omisión conlleva a que no se pueda establecer con exactitud cuál fue el precio pactado por las partes al momento de la celebración de la negociación”; factuales que debieron derivar otro tipo de consecuencias de cara a la relación contractual.

Tal como lo prevé el artículo 1958 del Código Civil, “las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato”, de donde resulta indispensable el acuerdo sobre cosa y precio para que surja a la vida jurídica tanto la venta como la permuta, toda vez que aquellos se erigen como presupuestos de la existencia de esos negocios jurídicos⁹ -art. 1849

⁵ *Ibidem*. En las consideraciones de la sentencia se afirmó lo siguiente respecto las finalidades del proceso civil: “...se puede afirmar que, para la Constitución Política, arribar a la verdad es algo posible y necesario; que la Jurisdicción tiene como finalidad la solución de conflictos de manera justa; y que esa solución supone la adopción de las decisiones judiciales sobre una consideración de los hechos que pueda considerarse verdadera”.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-764 de 2011.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU – 769 de 2014.

⁹ A los que se aunaría, el de la solemnidad cuando el contrato recaiga sobre inmuebles.

ibídem-; advirtiéndose en todo caso, que el precio debe ser determinado por los contratantes o determinable a través de cualquier medio o indicación que se pacte¹⁰, sin que pueda dejarse al arbitrio de una de las partes¹¹.

De modo que, de haberse concluido la falta de consenso respecto de uno de los elementos esenciales del contrato de permuta, se debió estudiar desde esa perspectiva la inexistencia del negocio, planteamiento que no fue abordado en debida forma.

Nótese como, en la sentencia del Tribunal únicamente se mencionó que: “Lo anterior no quiere decir, de ninguna manera, que el contrato de permuta carece del elemento esencial ‘precio’; lo que se quiere expresar es que el precio no fue determinado al momento de celebrarse la negociación, pero puede llegar a determinarse”; sin que para el efecto se haya indicado cual era la forma de determinar ese precio, esto es, qué metodología o medios establecieron los contratantes para ese fin -art. 1864 C.C.-, o si se acordó que un tercero sería el encargo de fijar el monto -art. 1865 C.C.-, de manera tal que, no se argumentó que en el caso estudiado “el contrato contenga los elementos que permitan conocer con certeza su monto en el momento de la exigibilidad”, tal como lo indica la jurisprudencia que allí se cita.

En los anteriores términos dejo sentada la presente aclaración.

Fecha ut supra,

Las Magistradas,

SANDRA JAIDIVE FAJARDO ROMERO

SOFY SORAYA MOSQUERA MOTOA

Firmado Por:

**SANDRA JAIDIVE FAJARDO ROMERO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 8 SALA CIVIL-FAMILIA TRIBUNAL SUPERIOR MANIZALES**

**SOFY SORAYA MOSQUERA MOTOA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**

¹⁰ Artículo 1864 del Código Civil.

¹¹ Artículo 1865 del Código Civil.

**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL - TRIBUNAL
DESPACHO 004 SUPERIOR SALA CIVIL FAMILIA DE LA CIUDAD DE
MANIZALES-CALDAS**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

31bc2cd52417bd946b517a7510bbb5b66eb04a69d618513508dc4431ceb0d7f6

Documento generado en 21/04/2021 04:02:11 PM