



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Magistrado ponente

SC4826-2021

Radicación n° 11001-31-03-020-2015-00919-01

(Aprobado en sesión de virtual de veintisiete de octubre de dos mil veintiuno)

Bogotá D.C., dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el demandante frente a la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2018, por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso de pertenencia instaurado por Mario Betancourt Franco contra Nadia Afanador Angarita y Jorge Afanador Sánchez, trámite en el cual fueron reconocidos Graciela Pinzón de Betancourt, Patricia, Mario y Rubén Darío Betancourt Pinzón como litisconsortes del demandante.

ANTECEDENTES

1. Mediante demanda que por reparto correspondió al Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá, el accionante solicitó declarar que adquirió por prescripción extraordinaria el dominio del inmueble ubicado en la calle 55 n° 10 – 29 de Bogotá, alinderado en tal libelo e identificado con la

matrícula n° 50C-1221532 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos; así como ordenar la inscripción del fallo.

2. Como fundamento fáctico adujo, en síntesis, que ostenta la posesión del predio, con su núcleo familiar compuesto por su esposa e hijos, desde el año 1966, época en la cual allí funcionaba un taller de mecánica y parqueadero de automotores.

Agregó que desde ese momento ha ejercido la posesión de forma pública, pacífica e ininterrumpida, porque lo utilizó como lugar de vivienda de su hogar, también ha pagado los impuestos, instaló servicios públicos domiciliarios, mejoras, lo ha arrendado y defendido de ataques como el juicio de restitución de inmueble arrendado incoado por Tito Francisco Solano Rojas.

3. Con ocasión de su vinculación al litigio, Nadia Afanador Angarita se opuso a las pretensiones y enarboló las excepciones meritorias de *«tránsito a cosa juzgada»*, *«imposibilidad del demandante de adquirir por prescripción como consecuencia de su calidad de mero tenedor del inmueble»* y *«ausencia de requisitos para iniciar demanda de pertenencia»*.

Jorge Afanador Sánchez reiteró las mismas defensas de su codemandada y adicionó la de *«mala fe por parte del demandante»*.

La curadora *ad-litem* de las personas creadoras de derecho sobre el bien manifestó estarse a lo que se pruebe en el rito.

En razón de la cesión de derechos litigiosos que el promotor realizó a favor de Graciela Pinzón de Betancourt, Patricia, Mario y Rubén Darío Betancourt Pinzón, estos fueron reconocidos sólo como litisconsortes de aquel, porque los convocados rechazaron la sustitución procesal.

4. Tras agotar las etapas del juicio, con sentencia de 9 de agosto de 2018 la falladora *a-quo* desestimó las pretensiones de la demanda.

5. La parte demandante interpuso apelación que el Tribunal resolvió el 15 de noviembre siguiente, con sentencia confirmatoria de la recurrida.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. El Juzgador de segundo grado inicialmente recordó que su competencia se limitaba a los reparos objeto de sustentación en segunda instancia.

2. Seguidamente señaló que, tal cual lo consideró al resolver las excepciones previas, surtió efectos de cosa juzgada la decisión adoptada en el anterior proceso de pertenencia incoado por el demandante contra Cecilia Montenegro de Afanador, pues las sentencias de primera y segunda instancia allí proferidas determinaron que para la

época de iniciación de ese primer litigio (abril de 2005) él ostentaba la condición de tenedor del fundo, que es el mismo materia de este pleito.

Por ende, fue errado el alegato del recurrente al insistir en que desde el año 1966 ha ostentado la posesión del inmueble.

3. Agregó que como el libelo también mencionó que al contar la posesión desde el año 2005 hasta el 2015 -de instauración de esta nueva acción- se cumple el lapso prescriptivo, para el acogimiento de esta pretensión era necesario que el peticionario acreditara la interversión de su condición de tenedor a la de poseedor, demostración que no cumplió porque, como lo adujo la juzgadora *a-quo*, él manifestó en el interrogatorio que absolvió no pagar los impuestos del fundo, acto que hubiera revelado su posesión por ser propio de quien se cree dueño; tampoco probó la realización de mejoras con posterioridad al año 2005, pues el dictamen pericial recaudado refirió que las existentes correspondían a los años 1978 a 1988; y el pago de servicios públicos tampoco muestra inequívocamente actos posesorios, habida cuenta que también lo realizan los arrendatarios, locatarios o comodatarios, esto es, cualquier tenedor de un bien.

En suma, el convocante no acreditó la interversión de su título de tenedor a poseedor, principalmente al insistir en que no era indispensable porque ostentaba posesión desde el año 1966, al punto que alegó que el acervo probatorio

recaudado desvirtuaba la calidad de tenedor que le fue atribuida en el juicio antecedente, tema ajeno al presente litigio, como también lo son los elementos de convicción relacionados con el contrato de arrendamiento allá valorado.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El demandante acudió a este mecanismo extraordinario proponiendo un cargo, erigido en la causal segunda de casación regulada en el artículo 336 del Código General del Proceso.

CARGO ÚNICO

1. Aduce la vulneración indirecta de los artículos 762, 2512 a 2513, 2518, 2522, 2527, 2529, 2531 del Código Civil y 5 de la ley 791 de 2002 por falta de aplicación, como consecuencia de errores de hecho y de derecho en la valoración del acervo probatorio.

2. Hace consistir el quebranto en que el Tribunal, no obstante aceptar que el convocante alegó que desde el año 2005 hasta el 2015 cumplió el lapso prescriptivo de 10 años, coligió impróspera la usucapión porque pretirió las pruebas que daban cuenta de su interversión de tenedor a poseedor, como fueron:

2.1. La presentación de la anterior demanda de pertenencia que él radicó en el mes de abril de 2005, en la cual se erigió como poseedor del inmueble objeto de ese

anterior pleito así como de este nuevo, acto del cual se desprendía la interversión de su título de tenedor a poseedor según lo relatan las sentencias de primera y segunda instancia proferidas en esa causa.

2.2. La contestación que los acá convocados hicieron a la demanda genitora de esta segunda contienda, pues relataron que él con anterioridad tramitó otro juicio de pertenencia sobre el mismo bien raíz atribuyéndose la condición de poseedor.

2.3. Asimismo fue omitido el interrogatorio de parte de Cecilia Montenegro de Afanador, practicado en la acción de pertenencia primogénita tramitada ante el Juzgado 6° Civil del Circuito de Bogotá, pues la absolvente, como propietaria del inmueble en esa época, aceptó que Mario Betancourt Franco lo ocupaba y había dejado de pagar la renta, lo cual evidenciaba -aduce el recurrente- su posesión.

2.4. También fue olvidada la demanda de restitución de inmueble arrendado incoada por Tito Francisco Solano Roa contra Mario Betancourt Franco, con posterioridad al juicio de pertenencia tramitado ante el Juzgado 6° Civil del Circuito de Bogotá, libelo en el cual el primero, alegando ser arrendador en virtud de la cesión que le hizo Cecilia Montenegro de Afanador, relató que el arrendatario cubrió la renta hasta el año 2004 y que de allí en adelante omitió el pago, esto es, por espacio de más de 8 años, actitud que - aseveró el casacionista- revela la posesión.

3. Añadió el censor, partiendo de la anterior acreditación de la interversión de su condición de tenedor a poseedor, que los actos posesorios también estaban probados, lo cual no observó el juzgador *ad-quem* al:

3.1. Omitir el testimonio de Víctor Julio Manrique, quien expresó que recibió en arrendamiento de Mario Betancourt Franco un local que hace parte del predio objeto de la litis; y que reconoce a su arrendador como propietario, incluso, desde mucho antes del año 2005, al punto que es él quien autoriza cualquier arreglo o mejora en el local.

3.2. Preterir el contrato de arrendamiento ajustado por Víctor Julio Manrique y Graciela de Betancourt, como arrendatario y arrendadora, en su orden, con la venía del demandante según relató el primero en su versión de los hechos, lo cual comporta otro acto inequívoco de posesión del accionante.

3.3. Olvidar la deposición de Felipe Holgado Hernández, quien manifestó conocer al recurrente como propietario del inmueble, por ser quien lo arrienda.

3.4. Abandonar la declaración de Gonzalo Tomás García, quien informó conocer al demandante como propietario del inmueble desde hace más de 20 años, por ser quien lo ha ocupado, en actividades comerciales, y mejorado, con el levantamiento de una pared alrededor del año 2008.

3.5. Pasar por alto la exposición de Gregorio Niño Rodríguez, informante de las actividades que en el bien raíz desplegó el peticionario.

3.6. Ignorar la inspección judicial practicada, que dio fe de la detentación de Betancourt Franco y de su concordancia con los testimonios recaudados, a cuyo tenor el bien es explotado con las actividades comerciales de taller de mecánica, parqueadero y un local comercial.

3.7. Cercenar el dictamen pericial evacuado, en razón a que el fallo aseveró que las mejoras demostradas eran anteriores al año 2005 cuando el accionante debió intervertir su condición de tenedor a poseedor, a pesar de que tal experticia da cuenta de la construcción en ese mismo año de una pared medianera en el lindero sur del predio, fecha que aclaró el auxiliar de la justicia en la vista pública al referir que tal mejora data del año 2007.

3.8. Asimismo, el tribunal erró de derecho al establecer una tarifa probatoria, ya que exigió como medio inexcusable para acreditar la posesión el pago de los impuestos del bien a usucapir, a pesar de la libertad en la materia y conforme a las reglas de la sana crítica regulada en el artículo 176 del Código General del Proceso; máxime si la jurisprudencia tiene sentado que el pago de tributos de un bien no demuestra, sin más, el ánimo de señorío; de donde no podía ser extraído como indicio en contra del demandante la ausencia del pago tributario.

3.9. De la misma manera incurrió en yerro de derecho al omitir valorar este indicio conforme a las demás pruebas del proceso, en tanto los testimonios de Víctor Julio Manrique, Felipe Holgado Hernández, Gonzalo Tomás García y Gregorio Niño Rodríguez acreditaban la posesión alegada por el demandante, quien, en adición, explicó que la aludida omisión obedeció al desconocimiento de los recibos de cobro; a más de que esas erogaciones sí fueron hechas por los demandados, según se desprende de los recibos arrimados por estos y del dictamen pericial practicado, por lo que no podía exigirse el pago doble de la misma obligación.

CONSIDERACIONES

1. Es pertinente indicar que, por entrar en vigencia de manera íntegra el Código General del Proceso a partir del 1° de enero de 2016, al *sub judice* resulta aplicable ya que consagró, en los artículos 624 y 625 numeral 5°, que los recursos, entre otras actuaciones, deberán surtirse bajo «*las leyes vigentes cuando se interpusieron*», tal cual sucede con el que ahora ocupa la atención de la Sala, en razón a que fue radicado con posterioridad a la fecha citada.

2. Al tenor del artículo 2518 del Código Civil, por el modo de la «*prescripción adquisitiva*» o «*usucapión*» se puede adquirir derechos reales, entre ellos el dominio de los bienes corporales, ya sea muebles o inmuebles, si son poseídos en la forma y por el tiempo previsto en el ordenamiento jurídico.

Tal prerrogativa está cimentada en la tenencia con ánimo de señor y dueño, sin que en principio sea necesario un título, evento en el cual se presume la buena fe del poseedor. De allí que a este le baste acreditar que su aprehensión ha sido pública, pacífica e ininterrumpida, por el lapso exigido en el ordenamiento, que actualmente es de diez (10) años, conforme al canon 1° de la Ley 791 de 2002, y antes de este era de veinte (20).

Todo en concordancia con el artículo 762 de la obra citada inicialmente, a cuyo tenor la posesión es «...*la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño...*», siendo necesarios el *animus* y el *corpus* para su configuración. El primero, por escapar a la percepción directa de las demás personas, debe presumirse, siempre y cuando se comprueben los actos materiales y externos ejecutados permanentemente, lo que constituye el segundo elemento.

Los citados componentes denotan la intención de hacerse dueño, si no aparecen circunstancias que la desvirtúen, por lo que quien los invoca debe acreditarlos durante el tiempo consagrado legalmente, para el buen suceso de su pretensión.

3. Ahora bien, el juez puede quebrantar la ley sustancial de forma indirecta al cometer errores de hecho, que aluden a la ponderación objetiva de las pruebas, o de derecho, cuando de su validez jurídica se trata.

La inicial afectación -por faltas fácticas- ocurre cuando el fallador se equivoca al apreciar materialmente los medios de convicción, ya sea porque supone el que no existe, pretermite el que sí está o tergiversa el que acertadamente encontró, modalidad ésta que equivale a imaginar u omitir parcialmente el elemento probatorio porque la distorsión, en que incurre el Juzgador implica agregarle algo de lo que carece o quitarle lo que sí expresa, con alteración de su contenido de forma significativa.

Así lo ha explicado la Sala al señalar:

Los errores de hecho probatorios se relacionan con la constatación material de los medios de convicción en el expediente o con la fijación de su contenido objetivo. Se configuran, en palabras de la Corte, '(...) a) cuando se da por existente en el proceso una prueba que en él no existe realmente; b) cuando se omite analizar o apreciar la que en verdad sí existe en los autos; y, c) cuando se valora la prueba que sí existe, pero se altera sin embargo su contenido atribuyéndole una inteligencia contraria por entero a la real, bien sea por adición o por cercenamiento (...)' (CSJ, SC9680, 24 jul. 2015, rad. 2004-00469-01).

La otra modalidad de yerro -el de derecho- se configura en el escenario de la diagnosis jurídica de los elementos de prueba, al ser desconocidas las reglas sobre su aducción e incorporación, mérito demostrativo asignado por el legislador, contradicción de la prueba o valoración del acervo probatorio en conjunto. La Corte enseñó que se incurre en esta falencia si el juzgador:

Aprecia pruebas aducidas al proceso sin la observancia de los requisitos legalmente necesarios para su producción; o cuando,

viéndolas en la realidad que ellas demuestran, no las evalúa por estimar erradamente que fueron ilegalmente rituadas; o cuando le da valor persuasivo a un medio que la ley expresamente prohíbe para el caso; o cuando, requiriéndose por la ley una prueba específica para demostrar determinado hecho o acto jurídico, no le atribuye a dicho medio el mérito probatorio por ella señalado, o lo da por demostrado con otra prueba distinta; o cuando el sentenciador exige para la justificación de un hecho o de un acto una prueba especial que la ley no requiere. (CXLVII, página 61, citada en CSJ SC de 13 abr. 2005, rad. n° 1998-0056-02; CSJ SC de 24 nov. 2008, rad. n° 1998-00529-01; CSJ SC de 15 dic. 2009, rad. n° 1999-01651-01, entre otras).

4. Con base en las anteriores premisas y en aras de desatar el presente remedio extraordinario, tiénese como aspecto pacífico de la determinación cuestionada -por carecer de censura- la consideración según la cual hizo tránsito a cosa juzgada la decisión que el estamento jurisdiccional adoptó, en el precedente juicio de pertenencia que adelantó Mario Betancourt Franco ante el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, a cuyo tenor para cuando inició esa acción -abril de 2005- él ostentaba la condición de tenedor del fundo disputado.

De allí que la impugnación casacional sólo está dirigida a cuestionar que no se tuviera acreditada la posesión desde la época referida -abril de 2005- y hasta la interposición de la nueva demanda de pertenencia génesis de este conflicto judicial -junio de 2015-.

Así las cosas, colige la Corte que no ocurrieron los errores de hecho endilgados al juzgador colegiado, como pasa a verse:

4.1. El tribunal no pretirió la anterior demanda de pertenencia incoada por el recurrente ante el Juzgado 6° Civil del Circuito de Bogotá, como tampoco omitió el libelo de restitución de inmueble arrendado radicado por Tito Francisco Solano Roa contra Mario Betancourt Franco ante el Juzgado 21 Civil Municipal de Bogotá, cardinalmente porque esos elementos suasorios no obran en el plenario y, naturalmente, el juzgador no puede obviar lo que ni siquiera tiene a la vista.

En efecto, aun cuando en la presente contienda la juzgadora *a-quo* decretó, a petición de parte, la incorporación de copia de esos expedientes, y no obstante librar las comunicaciones de rigor, esas piezas nunca fueron arrimadas a este juicio.

De esos trámites el demandante sólo aportó con su libelo, es decir, desde el inicio de esta causa, las sentencias que dirimieron esos litigios y el interrogatorio absuelto por Cecilia Montenegro de Afanador en el precedente juicio de pertenencia; al paso que los convocados incorporaron con su escritos de excepciones copia de las actas de inspección judicial, testimonios recibidos a José Oliverio Moreno Morales, Diego Raúl Velásquez Uribe, Dagoberto Martínez Arévalo, Jesús Sibato Argüello, José Roberto Fula y Gregorio Niño Rodríguez e interrogatorio de Mario Betancourt Franco.

Por lo tanto, el juzgador colegiado no incurrió en los olvidos que se le endilgan en razón a que las demandas supuestamente ignoradas ni siquiera obran en esta causa.

Y aunque las sentencias dirimentes de esos anteriores procesos sí fueron allegadas, resultan insuficientes para extraer de ellas los contornos de tales litigios, habida cuenta que, como reiteradamente lo ha expuesto esta Corte, *«[l]as providencias judiciales, sin embargo, se precisa entre ellas las emitidas en asuntos de índole penal, únicamente, al decir de esta Corporación, ‘son probanza de ellas mismas, en cuanto acreditan ‘su existencia, clase de resolución, autor y fecha’, pues las consideraciones dentro de la estructura lógica de la sentencia es apenas un eventual instrumento de interpretación de la parte resolutive’¹. No es error de hecho, por lo tanto, omitir la valoración probatoria realizada en una decisión judicial, por tratarse de un ejercicio autónomo e independiente.»* (CSJ SC9123 de 2014, rad. 2005-00139, reiterada en CSJ SC433 de 2020, rad. 2008-00266).

En ese mismo sentido esta Corporación doctrinó inviable acoger la valoración probatoria realizada en otra providencia judicial, en razón a que:

(...) podría suscitar eventos ‘incompatibles con principios básicos de derecho procesal, pues entonces no sería el juez de la causa a quien correspondería valorizar y analizar las pruebas para formar su propia convicción sobre los hechos controvertidos, desde luego estaría obligado a aceptar el juicio que sobre los mismos se formó otro juez, y las partes en el nuevo litigio no podrían contradecir la

¹ Sentencia de 4 de agosto de 2010, expediente 00198, reiterando sentencia de casación civil de 6 de octubre de 1981.

prueba ni intervenir en su producción'. (CSJ SC de 2 may. 1953, GJ LXXV, pág. 78; reiterada en SC de 29 oct. 1991, SC de 22 abr. 1977, SC de 10 dic. 1999, SC de 13 dic. 2000).

4.2. El juzgador *ad-quem* tampoco dejó de lado la contestación que los convocados hicieron al pliego perceptor de esta contienda, puesto que -como lo aduce el propio recurrente- en esas réplicas aquellos relataron que él con anterioridad tramitó otro juicio de pertenencia sobre el mismo bien raíz atribuyéndose la condición de poseedor, mas no que esta condición fuera cierta.

En otros términos, informaron de las actuaciones del demandante y de lo alegado por él, pero no aceptaron que sus afirmaciones fueran ciertas. Por el contrario, mostraron franca y expresa oposición a las mismas (contestación al hecho primero de la demanda).

De allí que no se configurara el yerro fáctico pregonado en casación, por cuanto no existió aceptación de los convocados respecto de la condición de poseedor del reclamante.

4.3. El fallo de segunda instancia no omitió el interrogatorio absuelto por Cecilia Montenegro de Afanador en la acción de pertenencia tramitada ante el Juzgado 6° Civil del Circuito de Bogotá, en tanto ella -como lo aduce el impugnante- sólo aceptó que Mario Betancourt Franco ocupaba su inmueble y había dejado de pagar la renta, pero no le atribuyó la condición de poseedor.

Incluso debe colegirse, en sana lógica, que como la absolvente afirmó que Mario Betancourt Franco dejó de pagar la renta, expresamente le atribuyó la condición de tenedor, de donde no podía inferirse de ese medio de convicción la posesión que ahora aduce el demandante.

Por ese sendero debe colegirse, tal cual se anunció, irreal el yerro de hecho atribuido al tribunal.

4.4. En este orden y como consecuencia de la inexistencia de los errores de hecho que pusieran al descubierto la interversión del título de tenedor a poseedor del peticionario, asimismo resultan inconcebibles los yerros fácticos atribuidos al proveído criticado por omitir los testimonios de Víctor Julio Manrique, Felipe Holgado Hernández, Gonzalo Tomás García y Gregorio Niño Rodríguez, así como el contrato de arrendamiento celebrado por el primero de estos testigos con Graciela de Betancourt el 28 de julio de 1989; todo en razón a que con base en este acervo probatorio el accionante tuvo el propósito de acreditar actos posesorios desde el año 1966.

De allí que el tribunal coligiera innecesaria dicha valoración, de un lado, porque la credibilidad de los aludidos testimonios así como la conclusión derivada del contrato de arrendamiento citado quedaban seriamente afectados, si en cuenta se tiene que, *ab-initio*, el tribunal partió de la base - indiscutida por el recurrente en casación- de que este ostentó la tenencia del inmueble litigado hasta abril de 2005.

Por supuesto que si estos elementos persuasivos contradijeron esa conclusión, de entrada denotaban incoherencia respecto del restarte acervo probatorio recaudado.

De otro lado, porque los referidos testimonios mostraban el claro propósito del demandante de reabrir el debate dirimido por el Juzgado 6° Civil del Circuito de Bogotá mediante sentencia confirmada por la Sala Civil del Tribunal Superior del mismo distrito judicial, providencia en la cual se decantó que Mario Betancourt Franco no era poseedor, por lo menos con anterioridad al mes de abril de 2005.

Total es que los errores de hecho alegados en esta sede extraordinario no ocurrieron, principalmente partiendo de que el solicitante tenía la carga de probar la interversión de su condición de tenedor a poseedor con posterioridad al mes de abril de 2005, lo que no observó y, por ende, tampoco cumplió.

4.5. En relación con la inspección judicial y el dictamen pericial evacuados en el presente juicio, la Corte destaca su intrascendencia para los efectos extrañados por el juzgador de segunda instancia.

Ciertamente, si con la intención de obtener la declaración de prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio el demandante pretendió hacer valer su posesión por espacio de 10 años, a lo sumo anteriores a la radicación de su libelo (10 de junio de 2015), traduce que la interversión

de su condición de tenedor a poseedor debió configurarse, a más tardar, el 10 de junio de 2005.

Sin embargo y atado con el aludido propósito, el dictamen pericial practicado sólo da cuenta de que Betancourt Franco elevó una pared medianera en el año 2007, esto es, con posterioridad a la fecha en la cual debió acreditar su interversión de tenedor a poseedor; igualmente la inspección judicial evacuada data de 17 de enero de 2018, de nuevo postrera a la época citada.

Además, en relación con la inspección judicial como elemento demostrativo de la posesión, esta Sala señaló:

De otro lado, la inspección judicial practicada en el trámite también resulta insuficiente para acreditar los actos posesorios alegados por el demandante durante más de dos lustros, en tanto que el propósito de dicho medio persuasivo es el «examen ocular, es determinar la situación física del inmueble para la fecha en que el funcionario de conocimiento se traslada a él». (CSJ SC10189 de 2016, rad. 2007-00105).

Con otras palabras, ese elemento probatorio da cuenta al juzgador de las condiciones en que se encuentra un bien para la época de su visita, de donde resulta exiguo a efectos de acreditar los actos posesorios ejercidos por espacio de varios años, como resultaba forzoso en el sub iudice si se pretendía obtener una decisión estimatoria de la pretensión.

Aunque tal elemento de convicción puede dar cuenta, a través de la percepción directa de la autoridad judicial, de la existencia y particularidades del bien pretendido en usucapión, como su estado de conservación, mantenimiento, etc., (núm. 10, art. 407, C.P.C.), sus limitantes impiden darle valor de plena prueba en aras de acreditar que las condiciones que actualmente muestra han

perdurado durante varios años. (CSJ SC4791 de 2020, rad. 2011-00495).

En suma, el Tribunal no incurrió en pretermisión del dictamen pericial y la inspección judicial de marras, por la potísima razón de que en nada contribuían de cara al principal hecho investigado, necesario para la prosperidad de la usucapión, itérase, la pluricitada interversión.

4.6. Por último, en cuanto atañe a los supuestos yerros de derecho del tribunal al afirmar que el pago de los impuestos de un bien generan posesión, así como la extracción de un indicio en contra del demandante por omitir sufragar dichos tributos, la Corte colige que tal crítica debe ser desestimada por desleal con la administración de justicia y con su contendientes.

Esto en la medida en que el promotor alegó en su libelo, como acto que dijo haber desplegado acreditador de su condición de poseedor, el pago de los impuestos del inmueble objeto de su pretensión; pero ahora que su juzgador natural echó de menos la prueba de que dicho pago lo hizo él y desvirtuó su alegato posesorio, aduce en sede extraordinaria que no se trata de un acto revelador de la referida condición de señor y dueño.

Tal mutación, en desmedro del principio de lealtad procesal para con el estamento jurisdiccional y con su contraparte, debe ser repelida, por tratarse de un alegato sorpresivo que la doctrina denomina «*medio nuevo*», esto es,

aquel que el litigante guarda para erigirlo cuando han fenecido las oportunidades de contradicción previstas en el ordenamiento adjetivo o que critica finalizando el juicio a pesar de que lo apoyó al inicio.

Esto porque, como lo ha puntualizado la Corporación, avalar en el curso del juicio un alegato o una prueba, expresa o tácitamente, y criticarla sorpresivamente en este escenario extraordinario, denota incoherencia en quien así procede, actuar que por desleal no es admisible comoquiera que habilitaría la conculcación del derecho al debido proceso de su contendor, quien vería cercenadas las oportunidades de defensa reguladas en las instancias del proceso, característica que no tiene el recurso de casación.

Esa falencia basta para la desestimación del reclamo, pues la Corte tiene doctrinado, de antaño, que:

Ahora, por cuanto el censor, adelantándose a que la Corporación diera por estructurado tal fenómeno, adujo no estar incurriendo en el antitecnicismo de plantear medios nuevos tanto por los motivos discernidos en la acusación como porque las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento, ha de señalar la Corte que si bien es cierto, en relación con el sistema ecléctico que en este punto impera en el ordenamiento positivo, los fundamentos puramente jurídicos y los medios de orden público en puridad de verdad no constituyen hechos nuevos en el recurso extraordinario, no lo es menos que las razones en que se afincan los yerros achacados al sentenciador no atañen, con estrictez, a esos conceptos, pues en este sentido la jurisprudencia ha sostenido que el cargo planteado con base en defectos rituales que se le imputan a la prueba, que antes no fueron discutidos, ‘implica un medio nuevo, que no puede ser atendido por la Corte, cuya doctrina rechaza, como medio de esta especie, el hecho de que una

sentencia haya tomado en consideración elementos probatorios que como tales no tuvieron tacha alguna en trámites anteriores, acusación que al ser admitida resultaría violatoria del derecho de defensa de los litigantes y reñida con la índole y esencia del recurso extraordinario' (G.J. t. XCV, pag.497), posición que ha sido reiterada, entre otras, en sentencias de 16 de agosto de 1973(G.J. t. CXLVII, pag.26), 23 de enero de 1981 y número 082 de 21 de septiembre de 1998 atrás citadas. (CSJ SC de 27 sep. 2004 rad. n° 7479, reiterada en SC de 23 jun. 2011, rad. n° 2003-00388-01 y SC7978 de 23 jun. 2015, rad. n° 2008-00156-01).

En este mismo sentido y en caso de contornos similares, en el cual un interviniente censuró el dictamen pericial en las instancias del proceso y en casación pretendía su estimación, la Sala aseveró:

En otros términos, el segundo reproche del libelo de casación que tiende a que se acceda a la lesión enorme con base en la preterición del avalúo evacuado para acreditarla, se formula con ocasión del recurso extraordinario no obstante que ante el juzgador ad-quem se pidió su desestimación, de donde se colige que se trata de alegato novedoso, inadmisibile a través del presente mecanismo de defensa por vulnerar el debido proceso, como quiera que sorprende a los demás intervinientes al tratarse de un planteamiento expresamente desechado por su promotor, circunstancia que desemboca en la imposibilidad de analizarlo. (CSJ SC131 de 2018, rad. 2007-00160).

5. Total, no ocurrieron los errores de hecho y de derecho alegados en el cargo planteado, por lo cual emerge la frustración de la impugnación extraordinaria.

Habida cuenta que el demandante fue amparado por pobre con proveído de 27 de noviembre de 2018², por

² Folio 50, cuaderno del tribunal.

mandato del artículo 154 del Código General del Proceso no será condenado en costas.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2018, por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso de pertenencia instaurado por Mario Betancourt Franco contra Nadia Afanador Angarita y Jorge Afanador Sánchez, trámite en el cual fueron reconocidos Graciela Pinzón de Betancourt, Patricia, Mario y Rubén Darío Betancourt Pinzón como litisconsortes del demandante.

Sin costas en casación.

En firme este proveído retorne el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese,

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Presidente de la Sala

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA
Con aclaración de voto

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Francisco Ternera Barrios

Álvaro Fernando García Restrepo

Hilda Gonzalez Neira

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

Luis Alonso Rico Puerta
Firma con aclaración de voto

Octavio Augusto Tejeiro Duque

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: A74AED45EB4455FA0C06703BB72190860310FC95EF2FDA786662BC7F207051E4

Documento generado en 2021-11-16



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Radicación n.º 11001-31-03-020-2015-00919-01

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque comparto el sentido de la decisión adoptada por la Sala, respetuosamente me permito aclarar mi voto, con relación a la expresión «*interversión de la condición de tenedor*», que aparece reiterada a lo largo de esta providencia. Lo anterior en tanto que, en mi opinión, ese término, acuñado por el precedente consolidado de esta Corporación no permite definir con precisión y claridad las características del fenómeno que pretende explicar.

1. En efecto, hablar de la *interversión de la mera tenencia en posesión* sugiere que es posible que aquella se transforme en posesión, y ello desde luego no es factible, no sólo por razones de índole jurídico, sino –por sobre todo– por las restricciones lógicas que imponen las delimitadas significaciones e implicaciones de una y otra institución.

Nótese, sobre el particular, que la pretendida *interversión* resulta inviable dado el **carácter inmutable de la mera tenencia**, que se deduce del texto del artículo 777 del Código Civil, en cuanto previene que «[e]l simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión», lo que le confiere un

carácter perpetuo e inamovible, mientras se mantengan vigentes sus notas esenciales.

2. Ahora, si la mera tenencia, según el artículo 775 *ejusdem*, es la «*que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño*» –como lo hacen el acreedor prendario, secuestre, usufructuario, usuario, etc.–, es indiscutible que el mero tenedor carece de *animus domini*, el cual resulta esencial para la prosperidad y consolidación del fenómeno posesorio.

De allí que, mientras permanezca en tal estado subjetivo, ningún efecto *transformador* cumple el transcurso del tiempo. O dicho en otros términos, mientras el elemento subjetivo de la mera tenencia –el *animus tenendi*– se conserve, ninguna otra calidad diferente a la de tenedor podrá afirmarse de quien se encuentra en esa circunstancia; y el tiempo de mera tenencia no podrá ser de posesión en ningún caso, sencillamente porque ese lapso no es transferible, transmisible o susceptible de «*suma o agregación*»¹.

Igual cabe sostener respecto de la posesión. El paso del tiempo no transforma la posesión en tenencia, puesto que lo que rige y consolida dicho fenómeno no es la duración temporal de los hechos posesorios (aspecto que solo será importante para efectos prescriptivos), sino el *corpus*, acompañado del elemento subjetivo o *animus domini* (afirmarse y comportarse como dueño).

¹ A esta conclusión permite arribar el artículo 2521 del Código Civil, en cuanto advierte que «*Si una cosa ha sido poseída sucesivamente y sin interrupción, por dos o más personas, el tiempo del antecesor (poseedor) puede o no agregarse al tiempo del sucesor (poseedor), según lo dispuesto en el artículo 778*

3. Posesión y tenencia, entonces, no tienen ninguna comunicabilidad ni interdependencia, aunque ambas contengan un elemento físico, idénticamente denominado como *corpus*, como se advierte del texto del artículo 762 del Código Civil, que define la posesión como «**la tenencia** de una cosa determinada **con ánimo de señor o dueño**, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él».

Sin embargo, el **corpus de la mera tenencia** comprende apenas los actos materiales que propendan por cristalizar las facultades jurídicas propias de la convención que le sirve de antecedente (por vía de ejemplo, el contrato de arrendamiento, el de comodato, etc.), esto es, usar y gozar de un bien conforme a su naturaleza y función intrínseca, pero dentro del preciso marco que señala la relación obligacional subyacente.

4. Por el contrario, **el corpus del fenómeno posesorio**, aunque pudiera ser materialmente parecido, debe estar ligado con la creencia de ser señor y dueño (con el correlativo desconocimiento –en virtud de los actos posesorios públicos, pacíficos e ininterrumpidos– de la existencia de otros titulares de derechos reales sobre el bien), de modo que se desenvuelve ‘sin limitaciones’², como ocurre con el dominio.

² Exceptuando las que deriven de la función social de la propiedad, reconocida constitucionalmente en el artículo 58 de la Carta Política.

Dicho *corpus*, por razón del matiz ya expuesto, debe ser de tal entidad objetiva que imponga a los ojos de un observador razonable, de manera necesaria y fundada, la convicción de que la conducta del detentador es el trasunto directo y natural del ejercicio del derecho de propiedad, es decir, que quien las ejecuta exterioriza, simplemente, las facultades propias del *ius in re*. Y como este es de naturaleza *erga omnes*, esos actos no podrán confundirse con el que hace uso de un bien, o lo disfruta, pero en desarrollo de una relación intersubjetiva, que en nada involucra al conglomerado, o por la simple tolerancia del *verus dominus*.

Por ello el artículo 2520 del Código Civil señala que «*la omisión de actos de mera facultad, y la mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen, no confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna*», por lo que «*el que durante muchos años dejó de edificar en un terreno suyo, no por eso confiere a su vecino el derecho de impedirle que edifique. Del mismo modo, el que tolera que el ganado de su vecino transite por sus tierras eriales, o pascen en ellas, no por eso se impone la servidumbre de este tránsito o pasto. Se llaman actos de mera facultad los que cada cual puede ejecutar en lo suyo, sin necesidad del consentimiento de otro*».

5. Previamente se relevó que la relación tenencial corresponde al desenvolvimiento de un derecho personal, y por lo mismo, aquella solamente posibilita –y a eso aspiran los sujetos negociales– el ejercicio de las prerrogativas propias del respectivo acto jurídico voluntario (y lícito) que le sirve de fuente, el cual no comporta –en ningún caso– vocación traslativa (esta atañe solamente a las convenciones que conllevan la prestación de dar, como la permuta, la

compraventa, la donación y el aporte en sociedad), ni entidad traslaticia (como en el mutuo) o constitutiva (propia de la prenda civil).

Es esto, justamente, lo que ocurre en materia de arrendamiento, comodato, y en todos los fenómenos jurídicos de naturaleza asimilable (esto es, cuyo propósito no consiste en alterar la titularidad de los derechos reales), y a ello se circunscribe el poder jurídico del tenedor, al margen de si la duración de su relación tenencial es indefinida o limitada, puesto que su carácter inmutable no sufre mengua por el mero transcurso del tiempo.

Por el contrario, el hecho de la posesión aspira a que, mediante la invocación de los actos posesorios (hecho jurídico humano voluntario lícito) por el tiempo de ley (hecho jurídico natural), el derecho real prescriptible ingrese al patrimonio del poseedor para hacerse dueño, lo que jamás podrá ocurrir en los supuestos de mera tenencia, gracias a su carácter inmutable, a su falta de vocación traslaticia y a la ausencia de presunción de propiedad en favor del tenedor³.

6. Ahora bien, la pretendida *transformación (mutación o interversión) de la mera tenencia en posesión* la cimienta algún sector de la doctrina en disposiciones como el artículo 2531 del Código, especialmente en su numeral 3, en cuanto prescribe que «(...) *la existencia de un título de mera tenencia, hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a*

³ Artículo 762, Código Civil (inciso 2º): «*El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo*».

menos de concurrir estas dos circunstancias: 1ª) *Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos diez (10) años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción*; y, «2ª) *que el que alegue la prescripción pruebe haber poseído sin violencia clandestinidad, ni interrupción por el mismo espacio de tiempo*».

No obstante, si se analiza con detenimiento la disposición transcrita, resulta forzoso concluir que la referencia no es a un mero tenedor que se transformó en poseedor, sino a un poseedor pura y simplemente, por varias razones:

(i) La norma advierte que si un mero tenedor se proclama poseedor para efectos prescriptivos, debe presumirse su mala fe, pues riñe con la probidad que exigen las relaciones jurídicas que quien –en virtud de un vínculo precario– autoafirma su tenencia, reconociendo el poder de disposición de su contraparte (propia del *dominus*), después desconozca esas calidades (subjetiva y objetivas) para efectos de hacerse al dominio del bien que detenta.

Es esta, justamente, la razón de la presunción de mala fe, dado que la naturaleza misma de la relación tenencial no permite –lícitamente– que el tenedor pueda negar la titularidad del derecho real de dominio en cabeza de quien deriva la prerrogativa de detentación, y por lo mismo, resulta válido conjeturar, como lo hace el legislador, que, al obrar en contrario a esa realidad reconocida, el primero está obrando en forma fraudulenta e inicua.

(ii) Las hipótesis que describe el precepto transcrito, además, son propias de la posesión, no de la mera tenencia, razón por la cual no podría haber nada que transformar. En respaldo de esa afirmación basta destacar que las dos circunstancias del numeral 3 reseñan requisitos esenciales de la posesión, no de la mera tenencia. Así, si el usucapiente no ha reconocido en los últimos diez años dominio ajeno, y además, prueba «haber poseído sin violencia clandestinidad, ni interrupción por el mismo espacio de tiempo», sería impensable calificar su conducta como la de un mero tenedor. Antes bien, lo que reclama la norma transcrita es, exactamente, que actúe como se espera del poseedor.

7. Conforme a lo expuesto, un examen detenido del artículo 2531-3 del estatuto sustantivo civil conduce a reconocer que la totalidad de su contenido apunta a la posesión, no a la mera tenencia, y menos a la transformación de aquella en esta. Dicho de otro modo, si bien la normativa alude a un título de mera tenencia, las referencias subsiguientes desdichan de ello, puesto que los elementos mencionados en las reglas primera y segunda del mismo numeral, son propios de la posesión, fundamentalmente al **animus domini** («que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos diez (10) años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción») y a la **utilidad de la posesión** –para efectos prescriptivos– («que el que alegue la prescripción pruebe haber poseído sin violencia clandestinidad, ni interrupción por el mismo espacio de tiempo»).

8. Así las cosas, no hay duda acerca de que el Código Civil no consagró la «*interversión*» de la mera tenencia en posesión. A lo sumo, admitió que un mero tenedor puede dejar de serlo, para iniciar una posesión, sin violencia ni clandestinidad, por el tiempo de la prescripción extraordinaria –y sin que, en ningún caso, el lapso transcurrido en calidad de tenedor pueda servir para finalidad distinta a ejercer las facultades jurídicas inherentes a su condición–.

Consecuentemente, luce más adecuado sostener, en asuntos como este, que quien inicialmente fue tenedor de un bien debía probar que, en determinado momento, abandonó esa condición precaria, para en adelante autoafirmarse propietario, ejerciendo, además, «*hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión*» (artículo 981, Código Civil).

En los anteriores términos dejo expuesta mi aclaración de voto, con reiteración de mi irrestricto respeto por los demás integrantes de la Sala de Casación Civil.

Fecha *ut supra*,

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Magistrado

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Luis Alonso Rico Puerta

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 98B8A56DFF905C05ADB1E1FE46945641216DF9D41C014CC72528C5E30829D16F

Documento generado en 2021-11-16



Dr. CLAUDIO A. TOBO PUNTES
MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL
Especialista en Derecho Penal y Criminología

Señor:

JUEZ TREINTA Y TRES (33) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

E. S. D.

RADICADO: 11001-31-030-32-**2016-00403-00**
PROCDESO: RESTITUCIÓN DE TENENCIA
DEMANDANTES: NADIA AFANADOR ANGARITA Y JORGE
AFANADOR SÁNCHEZ
DEMANDADO: MARIO BETANCOURT FRANCO

Ref. **SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTO QUE NIEGA INCIDENTE DE NULIDAD**

CLAUDIO A. TOBO PUNTES, mayor de edad, con residencia y domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., identificado como aparece al pie de mi firma, abogado en ejercicio, obrando en mi condición de apoderado judicial del demandante señor **MARIO BETANCOURT FRANCO**, con fundamento en lo establecido en el artículos 321 #5 del C. G. del P. me dirijo con todo respeto ante su Despacho para sustentar el **RECURSO DE APELACIÓN** contra el auto adiado 16 de abril de 2021, notificado por estado electrónico del **19 de abril de 2021**, por medio del cual se rechazó de plano el incidente de nulidad, decisión confirmada mediante proveído de fecha 03 de noviembre de 2021 notificado por estado el día 04 de noviembre de 2021 originado de la sentencia emitida el día 22 de enero de 2020, por haberse proferido después de ocurrida una causal de suspensión e, igualmente, la nulidad originada en la sentencia con fundamento en el artículo 29 de la constitución política por violación al debido proceso, específicamente del principio de legalidad, derivada en las sanciones pecuniarias ilegalmente impuestas en la audiencia de instrucción y juzgamiento celebrada el 22 de enero de 2020 a la apoderada sustituta y al demandado. Lo anterior con sustento en los siguientes:

I. FUNDAMENTOS DE LAS CAUSALES DE NULIDAD QUE SE ENFILARON EN ESTA INSTANCIA Y QUE SE RECHAZARON EN LA PROVIDENCIA QUE SE IMPUGNA.

1. NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA POR HABERSE PROFERIDO DESPUÉS DE OCURRIDA UNA CAUSAL DE SUSPENSIÓN

Respecto a esta causal invocada con sustento en lo dispuesto en el artículo 133 numeral 3° del C.G. del P., este órgano jurisdiccional en el proveído objeto de censura arguye, en síntesis, que si bien en su oportunidad el Juzgado 32 Civil del Circuito de esta ciudad mediante providencia adiada 5 de marzo de 2018 había suspendido el presente proceso por el Recurso de Apelación que cursaba ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de



Dr. CLAUDIO A. TOBO PUNTES
MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL
Especialista en Derecho Penal y Criminología

Bogotá D.C.- Sala Civil en virtud del proceso de pertenencia que adelanta mi poderdante **MARIO BETANCOURT FRANCO** en contra de los aquí demandantes y sobre el inmueble objeto de restitución, dicha actuación así como las demás surtidas con posterioridad al 16 de diciembre de 2017, habían sido declaradas nulas, en virtud de lo consagrado en el artículo 121 del C.G. del P. Igualmente, indica que el recurso de apelación ya fue resuelto por el Tribunal y que, con relación al Recurso de Casación, la suspensión del proceso no es procedente con sustento en lo establecido en el artículo 341 *ibídem*, aunado a que, a su juicio, se trata de un asunto totalmente independiente y ajeno al que cursa ante la Corte Suprema de Justicia.

En ese orden de ideas, en primer lugar, es menester hacer hincapié que, *a contrario sensu* de lo señalado por este Despacho, el proceso que aquí se ventila no es sustancialmente disímil al que ahora conoce la Corte Suprema de Justicia Sala Civil en sede de Casación, por cuanto tal como se adujo profusamente en el incidente de nulidad incoado en el proceso con radicado No. **2015-00919**, se solicita una prescripción extraordinaria de dominio (Usucapión) por parte del aquí demandado **MARIO BETANCOURT FRANCO** sobre el inmueble objeto de restitución en este proceso, motivo por el cual, diáfananamente se desprende, sin lugar a dubitaciones que, en caso de accederse a las pretensiones del referido proceso, la restitución que en la sentencia proferida por este Juzgado el día 22 de enero de 2020 no tendría asidero factico ni jurídico alguno, al haberse demostrado que mi poderdante no se trata de un mero tenedor sino de un verdadero poseedor, lo que –itero- deja sin sustento jurídico y aniquila totalmente la procedencia jurídica de la presente acción y su correspondiente sentencia favorable a las pretensiones de la parte actora.

Y es que, la nulidad deprecada no es caprichosa ni antojadiza, ni aún menos improcedente, pues tal como lo ha adocinado la jurisprudencia inveterada de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el fin último de la suspensión por prejudicialidad en cualquier instancia es evitar fallos contradictorios o antagónicos:

*“De ahí que, teniendo como mira el que los operadores de justicia no **emitan distintas providencias para el mismo conflicto en orden a evitar fallos, contradictorios**, han sido creados diversos mecanismos (...) la suspensión del proceso por prejudicialidad (art. 170 (...)); lo que adicionalmente sobrepone el principio de economía procesal por encima de los intereses de las partes.”¹ (negritas y subrayas ajenas)*

Por lo anterior, ante el Recurso Extraordinario de Casación deprecado esta Agencia Judicial estaba en el deber y/u obligación de sanear oficiosamente

¹ CSJ SC Sentencia SC15214-2017, 26 sep. 2017, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Radicación n° 11001-31-03-001-2009-00479-01



Dr. CLAUDIO A. TOBO PUNTES
MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL
Especialista en Derecho Penal y Criminología

las irregularidades que pudieran viciar el proceso y decretar la suspensión del proceso en virtud de la circunstancia anotada, puesto que el mismo repercute directamente en el proceso que aquí se cursa.

Al respecto, aunque de antiguo se conoce que, promovido el proceso, es del resorte del funcionario competente agotar todas las etapas que rigen el respectivo trámite judicial, en orden a cerrar definitivamente la controversia suscitada, cumple recordar que existen hipótesis legales que imponen decretar la suspensión o interrupción (arts. 159 a 163 del C. G. del P.).

La suspensión por prejudicialidad civil tiene como presupuesto, que la sentencia que deba dictarse en un proceso, dependa de lo que deba decidirse en otro proceso civil que verse sobre cuestión que no sea procedente resolver en el primero, según lo estipulado en el precitado artículo 161 numeral 2 del C.G. del P.

Igualmente, como lo ha determinado la jurisprudencia patria en reiteradas oportunidades la prejudicialidad trae como consecuencia adjetiva y jurídica inmediata la suspensión temporal de la competencia del Juez en un caso concreto, hasta tanto, se decida otro proceso cuya determinación tenga marcada incidencia en el que se suspende; **de tal suerte que con este mecanismo se busca que no haya decisiones antagónicas, o al menos contradictorias**²:

*“Contiene esta disposición una de las causales de suspensión del proceso que se denomina “por prejudicialidad”, la cual exige para su procedencia ciertas características, entre ellas, la más esencial, **que la decisión que deba tomarse en un proceso dependa de la decisión de otro.** “Esta dependencia significa que el asunto a decidir en un proceso sea indispensable y determinante para tomar la decisión en otro proceso, es decir, **queda condicionada la decisión de un proceso a las resultas de otro.** (...) “A juicio de la Sala, **es la necesidad de un pronunciamiento en un proceso determinado para resolver otro, la que marca la nota distintiva en la figura de la suspensión por prejudicialidad. Este ingrediente denota la imposibilidad para el juez de tomar la decisión hasta tanto se resuelva el proceso del cual depende**”³ (negrillas y subrayas ajenas)*

Sobre este punto en particular, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Sentencia STC6791-2019 del 30 de mayo de 2019, M.P. Margarita Cabello Blanco⁴ adujo:

² Consejo de Estado, Subsección “B” auto de 4 de marzo de 2010, Exp. No.1338-09 Actor: Hernando Saumeth Ospina, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

³ Consejo de Estado, Sección 4ª, auto del 5 de marzo de 2004 Exp. 14366 M.P. Juan Ángel Palacio Hincapié.

⁴ Radicación n.º 68001-22-13-000-2019-00123-01



Dr. CLAUDIO A. TOBO PUNTES
MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL
Especialista en Derecho Penal y Criminología

«la suspensión del proceso por prejudicialidad está prevista para los casos en los cuales la sentencia que deba dictarse en un proceso dependa de la que deba decidirse en otro, y que el punto tenga que ver con algún aspecto que no sea procedente decidir en el primero» aunado a que *«la prejudicialidad trae consigo la suspensión temporal de la competencia del Juez en un caso concreto, hasta tanto, se decida otro proceso cuya determinación tenga marcada incidencia en el que se suspende; **de tal suerte que con este mecanismo se busca que no haya decisiones antagónicas, o al menos contradictorias** se estructura siempre que en un proceso surge alguna cuestión sustancial que deba ser decidida en una causa diferente y sin cuya decisión resulta imposible pronunciarse sobre el objeto de controversia de aquél, **dada la estrecha relación entre dicho objeto y el aspecto sustancial referido**».*

(..)

*«en síntesis, **para que pueda hablarse de prejudicialidad civil es menester que en un proceso exista una cuestión sustancial que debe ser decidida en proceso diferente y que mientras no se resuelva, sea imposible pronunciarse sobre el objeto de la controversia**, en razón a la estrecha relación existente entre ambos». (negritas y subrayas ajenas)*

En efecto, no resultaba plausible que esta Agencia Judicial con precedencia a emitir sentencia de fondo pretermitiera la solicitud de suspensión que en su momento se había deprecado por el suscrito, y aún menos que no sólo en ese momento sino también en la providencia que se censura, afirme que era posible emitir el fallo, al tratarse de procesos diferentes e independientes, debido a que, resulta pertinente preguntarnos: ¿Si en sede de Casación la Corte Suprema de Justicia –Sala Civil decide que el señor **MARIO BETANCOURT FRANCO** se trata de un legítimo poseedor, era procedente ordenar la restitución del predio objeto de usucapión, si aquel no ostentaba la calidad de mero tenedor?

La respuesta a la anterior incógnita es, por demás obvia, claro que la sentencia proferida en el presente asunto no tendría validez jurídica alguna y le causaría grandes perjuicios a mi mandante como poseedor, pues le despojaría por completo de la posesión que ha ejercido sobre el inmueble por tantos años e, incluso, se abre paso a otro interrogante: ¿Era posible emitir sentencia de fondo en el *sub lite* si aún está pendiente de decisión definitiva que el demandado **MARIO BETANCOURT FRANCO** ostente la calidad de poseedor del inmueble o no?

Por ende, emerge patente que resultaba imposible pronunciarse de fondo sobre la restitución del inmueble, si aún no se tiene una decisión judicial definitiva que le dé la calidad al demandado de mero tenedor y/o que aniquile por completo su calidad de poseedor, lo que da cuenta de la estrecha relación que se presenta entre el objeto de este asunto y el aspecto sustancial del proceso de Usucapión.



Dr. CLAUDIO A. TOBO PUNTES
MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL
Especialista en Derecho Penal y Criminología

De ahí que, tampoco resulta admisible que este Despacho sustente su decisión en que en sede de Casación no es posible que se produzca la suspensión de otros procesos concomitantes o no, por cuanto tal como lo expresa el reconocido jurista Hernando Devis Echandía en el libro Compendio de Derecho Procesal, citado en por la Corte Constitucional en Sentencia SU-478 de 1997⁵, es tal la importancia de suspender un proceso que tiene directa incidencia en otro que es deber del Juez ordenarlo, más allá de la ley lo ordene o no:

*“Se entiende por prejudicialidad la cuestión sustancial pero conexas, que sea indispensable resolver por sentencia en proceso separado, ante el mismo despacho judicial o en otro distinto, **para que sea posible decidir sobre lo que es materia de litigio o de la declaración voluntaria en el respectivo proceso, que debe ser suspendido hasta cuando aquella decisión se produzca y sin que sea necesario que la ley lo ordene.**” (negritas y subrayas ajenas)*

Al respecto, cabe destacar que los funcionarios judiciales, deben en sus actuaciones dar prevalencia al derecho sustancial consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política y replicado en el canon 11 del Código General del Proceso, conforme al cual «*el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial*». Al respecto, el Órgano de Cierre de esta Especialidad ha ilustrado:

*«(...) [R]ecordemos que **el derecho procesal es medio y no fin**, [y] (...) **la finalidad de los procedimientos es la efectividad de los derechos sustanciales** (...). Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto y el fin de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial (...).»*

*«(...) [L]a relación de medio a fin es ostensible, lo que hace ver que la rigurosidad con la que actuaron los jueces de instancia, desconoció] principios generales del derecho procesal, los cuales deben estar para cumplir la garantía constitucional del debido proceso, a cuyo respecto se ha referido esta Sala en pretéritas oportunidades como cuando dijo: **‘No en vano el legislador ha previsto que ‘las dudas que surjan de la interpretación de las normas del presente Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes’** (art. 4º, C. de P. C.)» (SC 27 abr. 2006, 2006-00480-01; reiterada recientemente en STC8971-2017, 22 jun. 2017, rad. 2017-01237-01). (negritas y subrayas ajenas)*

En ese orden de ideas, era deber de este Juzgador para evitar no sólo la materialización de una sentencia antagónica o contradictoria, sino la vulneración de los derechos fundamentales de mi representado, suspender

⁵ M.P. Alejandro Martínez Caballero



Dr. CLAUDIO A. TOBO PUNTES
MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL
Especialista en Derecho Penal y Criminología

el presente asunto por prejudicialidad hasta tanto no se emitiera sentencia de fondo por parte de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, hecho o circunstancia que a la fecha no ha surgido.

Adicionalmente, la nulidad incoada tiene su sustento jurídico en que la suspensión por prejudicialidad debió declararse, por cuanto reunía los requisitos que ha dispuesto el legislador y la jurisprudencia para tal fin. Sobre este punto en particular, la Corte Constitucional en Sentencia T-666 de 2015⁶ adoctrinó:

*“En este orden de ideas, de acuerdo con las normas que regulan la materia, **únicamente opera la suspensión por prejudicialidad cuando se cumplen los siguientes tres requisitos:** (i) la existencia una relación determinante entre dos procesos, de tal forma que la decisión de uno tenga una incidencia necesaria en el otro; (ii) que esté probado el proceso que produce la suspensión, el cual debe ser cabalmente conocido por el juez que la decreta, y (iii) que el proceso que se pretende suspender se encuentre en estado de dictar sentencia.”*

Así las cosas, es menester esbozar los motivos que conducen a esta parte a colegir que se cumplieran a cabalidad los tres requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional:

- i) El primer requisito para que proceda la solicitud elevada por prejudicialidad, **es que la decisión que debe adoptar en este proceso, dependa necesariamente de la que se decida en otro juicio. Y para que pueda hablarse de cuestiones prejudiciales no basta con la simple relación entre dos procesos, sino que es imperiosa la incidencia definitiva y directa, esto es, que la resolución que se tome en un proceso tenga influencia necesaria sobre la que se acoja en otro**, prejudicialidad que puede ser de proceso penal a proceso civil, de proceso civil a proceso civil y de proceso contencioso-administrativo a proceso civil.

Como se ha indicado reiteradamente es incontrastable que la sentencia que pueda emitir la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil en virtud del **Recurso Extraordinario de Casación** enervado, podría repercutir directamente en la decisión que aquí se definió, puesto que, como se adujo pretéritamente en dicho proceso se solicita una prescripción extraordinaria de dominio (Usucapión) por parte del aquí demandado **MARIO BETANCOURT FRANCO** sobre el inmueble objeto de restitución en este proceso, lo que destruiría cualquier calidad de mero tenedor que es la que le da la legitimidad por pasiva para ser demandado en el *sub judice*, no siendo procedente la restitución del predio objeto de litis.

⁶ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado



Dr. CLAUDIO A. TOBO PUNTES
MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL
Especialista en Derecho Penal y Criminología

- ii)** Estaba suficientemente probado el proceso que producía la suspensión, aunado a que ya había se había puesto en conocimiento de este Juzgado, ya que, que mediante actuación que milita a folios 567 y 570, el suscrito le puso de presente al Juzgado de conocimiento de la época que a pesar de que ya se había resuelto la apelación deprecada ante el Tribunal Superior de Bogotá D.C. dentro del proceso con radicado No. **2015-00919**, aún se encontraba pendiente por resolver el **Recurso Extraordinario de Casación** propuesto ante la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, **el cual fue concedido por el Tribunal Superior de Bogotá Sala Civil mediante providencia calendada el 27 de noviembre de 2018 (fls.568-570)**
- iii)** El tercer elemento para que la suspensión por prejudicialidad saliera avante es que en el proceso donde se solicite la suspensión no se haya proferido sentencia, circunstancia que acaeció en el presente asunto, pues la solicitud se efectuó previamente a la emisión de la sentencia, a pesar de que este Juzgador no la advirtiera y no declarará la causal que daba lugar a la suspensión. Nótese como en la audiencia efectuada el 22 de enero del año 2020, nada se dice respecto a la Casación pendiente por resolver actualmente en la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, lo que deja entrever que el funcionario judicial ni siquiera había efectuado la revisión completa del expediente que le advirtiera sobre esta circunstancia.

Bajo este escenario, conforme a los presupuestos facticos y jurídicos esbozados, resultaba por demás procedente que esta Agencia Judicial suspendiera el presente proceso por prejudicialidad, sin soslayar dicha circunstancia llevando a cabo la Audiencia de Instrucción y Juzgamiento.

No obstante lo anterior, este Despacho sin reparar que el tema en cuestión se encontraba sin recibir sello de decisión, procedió no sólo el pasado 22 de enero de 2020 a llevar a cabo la aludida audiencia, sino también realizándola y, aún más grave aún, emitiendo el fallo de instancia, irregularidad manifiesta al pasarse por alto que, para llegarse al estadio de proferir sentencia, la actuación surtida hasta entonces debe estar de exenta de cualquier irregularidad o presencia de cualquier asunto pendiente de solución porque como es de ley, la actuación procesal debe transitar sin maculas que la empañen para así, como consecuencia, evitar actuaciones como la del *sub lite* que buscan en sobre manera el saneamiento de lo actuado.

En ese sentido, tal como se adujo en el incidente de nulidad deprecado, conforme a lo consagrado en el artículo 134 del C.G. del P., en consonancia con el artículo 133 numeral 3º *ibidem* resulta procedente declarar la nulidad originada en la sentencia por haberse adelantado después de ocurrida la causal de suspensión del proceso por prejudicialidad solicitada y puesta en conocimiento precedentemente mediante intervención procesal (fls. 567-570)



Dr. CLAUDIO A. TOBO PUNTES
MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL
Especialista en Derecho Penal y Criminología

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que el desconocimiento por parte del juzgador cognoscente **DE ALGUNA CAUSAL DE SUSPENSIÓN ACARREA LA NULIDAD DE LAS ACTUACIONES EMITIDAS CON POSTERIORIDAD A SU CAUSACIÓN**, tal como se cita:

*“Descripción normativa de tal incidencia que si el juzgador la desconoce, todo lo actuado, **luego del acaecimiento** del hecho que suscita la interrupción del proceso **o cuando lo reanuda antes de la oportunidad debida, queda afectado de nulidad**, como así lo previene, de manera perentoria, el numeral 5º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.” (Auto del 19 de noviembre de 2012. Rad. 11001-02-03-000-2012-00215 00) (negrillas y subrayas ajenas)*

Bajo estos parámetros, cabe resaltar que el Juzgado estaba en el deber así fuera oficioso de revisar y estudiar posibles causales de nulidad que afectaran la sentencia, máxime cuando la causal de suspensión afecta directamente la resolución de este asunto y podría dar lugar a fallos antagónicos. De esta forma, conforme lo dispone la disposición citada y dicha Corporación, no era posible **EJECUTAR NINGÚN ACTO PROCESAL**, por efectuarse **UNA PARALIZACIÓN DEL JUICIO** y en caso de haberlo realizado, como sucedió en el presente asunto con la celebración de la audiencia de instrucción y juzgamiento, la misma **CARECE DE EFECTOS JURÍDICOS VINCULANTES** y, por ende, es **NULA**.

Por último, y en gracia de discusión, de acuerdo a lo normado en el inciso 2º del artículo 129 del C.G. del P. los incidentes (incluidos los de nulidad) pueden promoverse por fuera de audiencia cuando se ha proferido sentencia, disposición normativa reafirmada por el Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá Dr. Marco Antonio Álvarez Gómez, quien en su libro “*CUESTIONES Y OPINIONES Acercamiento práctico al Código General del Proceso*” señaló:

*“Por eso el artículo 109 del C.G.P. dispone que el secretario sólo ingresará el expediente al despacho del juez, cuando se trate de memoriales que puedan resolverse por fuera de audiencia. **Por eso las partes sólo pueden proponer incidentes en audiencia, salvo cuando se haya proferido sentencia (C.G.P., art. 129), lo que incluye, claro está, las solicitudes de nulidad**, como lo evidencia, para el caso de la segunda instancia, el inciso final del artículo 328 de la nueva codificación.”*

Puestas, así las cosas, en el caso en concreto, el Juzgado si incurrió en una causal de nulidad originada en la sentencia por haberse proferida después de ocurrida una causal de suspensión al emitir la decisión de mérito que zanjó el asunto puesto en su conocimiento, sin para mientes en que existía una causal de suspensión, la cual opera de pleno derecho, motivo por el cual, resulta plausible revocar la providencia que se censura y acceder a declarar la nulidad incoada.



Dr. CLAUDIO A. TOBO PUNTES
MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL
Especialista en Derecho Penal y Criminología

2. NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA CON FUNDAMENTO EN EL ARTICULO 29 DE LA CONSTITUCIÓN POLITICA POR VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO DERIVADAS EN LAS SANCIONES PECUNIARIAS ILEGALMENTE IMPUESTAS EN LA AUDIENCIA DE INSTRUCCIÓN Y JUZGAMIENTO CELEBRADA EL 22 DE ENERO DE 2020.

En relación con la segunda causal de nulidad incoada, la cual tiene su sustento jurídico en el artículo 29 de la Constitución Política por vulneración del derecho al debido proceso, específicamente al principio de legalidad, por imponer sanciones pecuniarias que no están contempladas por el legislador, este órgano judicial mediante el auto objeto de crítica argumentó que no era posible declarar la nulidad, por cuanto conforme a lo dispuesto en el artículo 29 Superior, ello sólo era viable en el evento de que se tratará de una prueba ilícita obtenida con violación al debido proceso.

Al respecto, resulta importante aclararle a este Juzgador que la nulidad deprecada con sustento en el artículo 29 constitucional no iba encaminada a que se declarara alguna prueba que se hubiese obtenido de manera ilícita o con violación al debido proceso, lo solicitado tenía como sustento la no violación del derecho constitucional iusfundamental al debido proceso, **el cual lleva implícito el principio de legalidad, el cual impone que todas las actuaciones de las autoridades deben tener un sustento legal.**

Así pues, el artículo 29 de nuestra Carta Política de 1991 versa en su literalidad:

“ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a 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. (...)*(negrillas y subrayas ajenas)*

En ese orden de ideas, respecto al principio de legalidad en las sanciones, la Corte Constitucional en Sentencia C-475 de 2004⁷ adoctrinó:

“El principio de legalidad de las sanciones exige: (i) que el señalamiento de la sanción sea hecho directamente por el legislador; (ii) que este señalamiento sea previo al momento de

⁷ M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra



Dr. CLAUDIO A. TOBO PUNTES
MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL
Especialista en Derecho Penal y Criminología

comisión del ilícito y también al acto que determina la imposición de la sanción; (iii) que la sanción se determine no sólo previamente, sino también plenamente, es decir que sea determinada y no determinable. Obviamente, esto no impide que el legislador diseñe mecanismos que permitan la gradación de la sanción, como el señalamiento de topes máximos o mínimos.” (negrillas y subrayas ajenas)

En consecuencia, el principio de legalidad de las faltas y de las sanciones “alude a que una norma con fuerza material de ley establezca la descripción de las conductas sancionables, así como las clases y cuantías de las sanciones a ser impuestas.” En consecuencia, la Constitución exige la predeterminación legal de las infracciones administrativas, así como las correspondientes sanciones. Este principio se desarrolla en una doble dimensión: i) reserva de ley, y **ii) tipicidad**. Dentro de la dimensión de la tipicidad, ello implica que **la sanción o conducta sancionable, este tipificada expresamente en la ley determinando su alcance y cuantía.**

Así las cosas, conforme a lo decantado por la jurisprudencia constitucional dando aplicación al principio de legalidad de las sanciones, sólo es posible la imposición de una sanción, cualquiera sea su naturaleza, si esta ha sido dispuesta expresamente por el legislador. Sin embargo, y a pesar de lo anterior, este Juzgado en la Audiencia de Instrucción y Juzgamiento llevada a cabo el día 22 de enero de 2020 impuso sanciones pecuniarias a la abogada sustituta y a mi poderdante, sin que esta estuviera contemplada en la norma adjetiva aplicable (Código General del Proceso) o cualquier otra ley concordante o suplementaria.

En efecto, aunque el artículo 372 numeral 4º del C. G. del P., si manifiesta que se impondrá multa de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv) a la parte o apoderado que no concurra a audiencia, esto únicamente es aplicable a la diligencia allí contemplada, esta es, a la de **CONCILIACIÓN, DECISIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS, FIJACIÓN DE LITIGIO INTERROGATORIO Y DECRETO DE PRUEBAS**, mandato impuesto por el legislador en virtud de la importancia de la asistencia de las partes y sus apoderados a esta diligencia por las etapas que se surten. Empero, dicha consecuencia pecuniaria no está contemplada para la inasistencia a la audiencia contemplada en el artículo 373 del C.G. del P. que fue la que se llevó a cabo en el presente asunto.

Y es que, contrario a lo que señala este órgano judicial en el proveído objeto de reproche, la ilicitud y/o ilegalidad de un acto no tiene su génesis en que lo allí determinado este expresa o tácitamente prohibido por la ley, o atente contra la moral y las buenas costumbres, entre otros, sino en que **el acto y/o decisión censurada no tenga sustento jurídico o legal alguno, que adicionalmente puede vulnerar los derechos fundamentales del sancionado.**

De ahí que, en el *sub examine*, el auto que fijó fecha y hora para la diligencia de **ALEGATOS Y SENTENCIA**, en primer lugar, **JAMÁS PREVINO A LAS PARTES Y A LOS ABOGADOS QUE SU NO COMPARECENCIA LES**



Dr. CLAUDIO A. TOBO PUNTES
MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL
Especialista en Derecho Penal y Criminología

ACARREARÍA SANCIONES, ENTRE ELLAS LA DE IMPOSICIÓN DE MULTA. (Véase fls. 583 al 584), segundo, aun de haberse omitido dicha advertencia, el artículo 373 del Código General del Proceso –se itera– no estipula dicho gravamen pecuniario como sanción ante quien no asista a la memorada vista pública, pues la misma solo es procedente ante la inasistencia a la audiencia de que trata el artículo 372 *Ibidem*, sin que sea posible **APLICAR POR ANALOGÍA DICHA PENA**, por cuanto, en materia de sanciones, no es posible extender a supuestos no contemplados en la ley un precepto que castiga casos similares, al compás de lo instituido en el artículo 6 del Código Penal que se transcribe:

*“**ARTICULO 6o. LEGALIDAD.** Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.*

La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.

La analogía sólo se aplicará en materias permisivas.” (negrillas y subrayas ajenas)

Y de la misma forma lo ha reconocido la Corte Constitucional en sentencia C-091-17, así como la doctrina contemporánea.⁸, debido a que, aunque la analogía consiste en aplicar una norma jurídica a un caso que no está incluido en el tenor literal de la norma pero que resulta muy similar a los que sí están previstos en ella, de forma que se le da el mismo tratamiento jurídico, no obstante, **EN MATERIAS SANCIONADORAS**, la misma no puede ser utilizada por el juez como método de integración del Derecho para completar las lagunas legales o para brindar un tratamiento igual, pues contraviene el **PRINCIPIO DE LEGALIDAD**.

E incluso, para reforzar el marco teórico que se ha venido bosquejando, el doctrinante Marco Antonio Álvarez Gómez, miembro de las Comisiones redactora y revisora del Código General del Proceso y Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, ha manifestado que en un supuesto similar al que se analiza lo siguiente⁹:

*“Nada dijo el legislador sobre los efectos de la inasistencia injustificada de las partes a la audiencia prevista en el recurso de revisión. ¿Puede acudirse a la analogía? **El problema es que las normas que gobiernan casos parecidos, como el numeral 4º del artículo 372 del CGP, establecen consecuencias sancionatorias, lo que excluye –de un tajo– ese mecanismo integrador.**” (negrillas y subrayas ajenas)*

⁸ Reflexiones sobre el papel de la analogía ‘in bonam partem’ en el derecho penal colombiano. Revista N° 33 Oct.-Dic. 2010

⁹ Cuestiones Y Opiniones Acercamiento Práctico Al Código General Del Proceso. Pág. 171, 2017.



Dr. CLAUDIO A. TOBO PUNTES
MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL
Especialista en Derecho Penal y Criminología

Aunado a lo anterior, en lo que al demandado **MARIO BETANCOURT FRANCO** concierne, es preciso reiterar que la asistencia de las partes en la audiencia de instrucción y juzgamiento que contempla el art. 373 del C.G. del P. **NO ES OBLIGATORIA**, pues tal mandato sólo es aplicable en el evento de la audiencia del art. 372 o eventualmente en el 373 (si no se ha practicado interrogatorio de parte) y, por tal razón, el legislador dispone una sanción pecuniaria por la inasistencia. No obstante, al ser la audiencia de Instrucción y Juzgamiento por expresa disposición normativa en la que prepondera la participación de los abogados, no es necesaria la asistencia de ningunas de las partes, aún menos cuando no estaba pendiente por surtir ningún interrogatorio de parte pendiente que lo apremiara pues en este asunto sólo quedaba pendiente por surtir alegatos y fallo, sin que tampoco se tratara de una audiencia concentrada.

Ahora, respecto a lo que se considera de nuestro lado, la nulidad deprecada estriba en la violación al debido proceso en que incurrió vuestra competencia al imponer unas sanciones pecuniarias con fundamento en interpretaciones por fuera de la ley y que no estaban tipificadas en la misma, y no en la obtención de pruebas ilícitas que nada tienen que ver con el objeto de la nulidad incoada, toda vez que las mismas dejan de estar previstas para la fase surtida en el ámbito del artículo 373 del C.G. del P. y sin que la misma cobre vigencia por vía de aplicación extensiva o analógica del artículo 372 *Ibidem*. Al así sancionar, por demás que ha sido una determinación repito con transgresión del imperativo que gobierna el asunto, de contera el Juzgado ha desconocido de manera palmaria los derechos de defensa, contradicción y hacer oído, sometiendo tanto a la parte como su apoderada sustituta a una consecuencia sancionatoria para la cual se ha cercenado el más mínimo derecho de defensa. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-125 de 2010 respecto a la procedencia de este tipo de nulidad, señaló:

*“Las nulidades son irregularidades que se presentan en el marco de un proceso, **que vulneran el debido proceso y que, por su gravedad, el legislador –y excepcionalmente el constituyente- les ha atribuido la consecuencia –sanción- de invalidar las actuaciones surtidas. A través de su declaración se controla entonces la validez de la actuación procesal y se asegura a las partes el derecho constitucional al debido proceso.**” (negrillas y subrayas ajenas)*

Bajo tal derrotero, no es plausible bajo el marco la normativa y jurisprudencia anotadas, que el Juzgador de esta instancia pretermitea lo dispuesto por el legislador e impusiera ilegalmente sanciones pecuniarias improcedentes que no tiene ningún asidero jurídico pues no están sustentadas en ninguna norma ni como sanción a la no asistencia de la audiencia contemplada en el art. 373 del C.G. del P., yendo en contra vía del principio de legalidad impuesto por el artículo 7º del C.G. del P., en consonancia con el artículo 29 constitucional, ni aún menos que a través de la providencia censurada no sanee las irregularidades en las que incurrió, las cuales –se itera- no tenían ningún sustento legal.

II. PRETENSIONES



Dr. CLAUDIO A. TOBO PUNTES
MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL
Especialista en Derecho Penal y Criminología

Por todo lo expuesto en líneas anteriores y en acogimiento a cada uno de los precedentes legales y jurisprudenciales solicito a su señoría las siguientes:

PRIMERA: REVOCAR para reponer en su integridad el auto atacado por las razones esbozadas en líneas anteriores.

SEGUNDA: En consecuencia, **DECLARAR** la **NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA POR HABERSE PROFERIDO DESPUÉS DE OCURRIDA UNA CAUSAL DE SUSPENSIÓN**, concretamente alegada mediante acto procesal que obra folios 567 y 570 del expediente prevista en los artículos 133 numeral 3 y 134 del Código General del Proceso y en sede a ello, que se declare la nulidad de la audiencia celebrada el 22 de enero de 2020 a las 8:30 en el presente asunto.

TERCERA: DEJAR SN EFECTOS JURÍDICOS lo ordenado en dicha audiencia pública y, de paso, se **DECRETE LA SUSPENSIÓN DEL PRESENTE PROCESO** por encontrarse pendiente por resolver el **Recurso Extraordinario de Casación** propuesto ante la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, el cual fue concedido por el Tribunal Superior de Bogotá Sala Civil mediante providencia calendada el 27 de noviembre de 2018 dentro del proceso con radicado No. **2015-00919**.

CUARTA: DECLARAR la nulidad originada en la sentencia con fundamento en el artículo 29 de la Constitución Política por violación al **DEBIDO PROCESO**, específicamente del **PRINCIPIO DE LEGALIDAD**, derivadas en las sanciones pecuniarias ilegalmente impuestas en la audiencia de instrucción y juzgamiento celebrada el 22 de enero de 2020 a la abogada sustituta como al demandado **MARIO BETANCOURT FRANCO**.

Del Señor(a) Juez,

Atentamente,

CLAUDIO A. TOBO PUNTES
C.C. N° 1.098.253 de Nobsa (Boyacá)
T.P. No. 43.759 del C.S. de la J.