

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado Ponente

SC2759-2021

Radicación n° 81001-31-03-001-2010-00074-02

(Aprobada en sesión de veintitrés de abril de dos mil veintiuno)

Bogotá D.C., siete (7) de julio de dos mil veintiuno
(2021).

Decide la Corte el recurso de casación que Carmen Alicia Quenza de Lomonaco interpuso contra la sentencia proferida el 20 de octubre de 2017 por la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca dentro del proceso ordinario que le sigue Félix Amadeo Colmenares Rodríguez.

I.- EL LITIGIO

1.- El demandante pidió declarar que la venta contenida en la escritura No. 3045 de 9 de septiembre de 2003 de la Notaría 23 de Bogotá es «*absolutamente o en subsidio, relativamente simulada*»; como primera y segunda pretensiones subsidiarias solicitó «*rescindirla*», en un caso

«por vicios del consentimiento» y en el otro por «lesión enorme»; y como tercera subsidiaria suplicó resolverla por «no pago del precio real». Como consecuencias en común, requirió anotar lo resuelto al margen del instrumento, cancelar su registro en los folios de matrícula inmobiliaria Nos. 410-48049 y 410-41366, mantener vigente en el último la inscripción de la escritura No. 1690 de 27 de diciembre de 1999 de la Notaría Única de Arauca y condenar en costas y perjuicios a la convocada.

Refirió que mediante esta última escritura adquirió de Ganadería La Maporita Ltda., representada por Narda Alicia Lomonaco Quenza, 3.800 hectáreas del predio «La Maporita», y aunque se anotó un precio de \$18.000.000 que la vendedora dijo haber recibido, en realidad fueron \$304.000.000, de los cuales pagó \$229.615.000 en varios desembolsos que realizó entre el 15 de septiembre y el 20 de diciembre de 2000, y el saldo del 9 de noviembre de 2002 al 12 de febrero de 2004, tras ser liberado de un secuestro.

La prenombrada le manifestó que su progenitora y representada Carmen Alicia Quenza de Lomonaco tenía la intención de recuperar el terreno, por lo que creyendo que aquella obraba de buena fe, que lo presionó y que la retención ilegal que sufrió lo dejó afectado, suscribió la escritura No. 3045 que, además de una división material y una hipoteca a su favor, contiene la venta cuestionada por \$18.000.000, esto es, menos de la mitad del valor comercial del bien, aunque apenas recibió una letra de cambio por \$260.000.000.

Como la anterior actuación solo tenía por finalidad que Carmen Alicia creyera que se había cumplido su querer, él mantuvo la posesión, continuó haciendo los abonos y conservó la primera copia del instrumento notarial, pero con astucia y engaño Narda Alicia logró el registro de los dos últimos actos. Posteriormente se abrieron las matrículas 410-48048 y 410-48049 por las ventas que esta efectuó a Carmen Sirenia Saray Tovar y al Instituto de Desarrollo de Arauca «*Idear*».

Advertido de lo ocurrido, inició el cobro ejecutivo del título valor, pero se le exceptuó falsedad, falta de integración del instrumento e inexigibilidad de la obligación.

2.- Notificada la llamada, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de mérito que denominó: «*Ausencia y/o inexistencia de causa para demandar*», «*Pleito pendiente*» y «*Abuso del derecho*» (fls. 69 al 88).

3.- El 31 de marzo de 2017, el Juzgado Civil del Circuito de Arauca acogió la primera defensa perentoria y oficiosamente declaró la caducidad de la acción de lesión enorme; por lo tanto, desestimó los ruegos del pliego genitor (fls. 89 al 106, cuaderno 2).

4.- Apelada por el actor esa decisión, el Tribunal fijó el 21 de septiembre de 2017 con el fin de adelantar la audiencia prevista en el inciso 2° del artículo 327 del Código General del Proceso, oportunidad en la que oyó a las partes y suspendió hasta el 20 de octubre siguiente. En la

continuación revocó el fallo impugnado, declaró la simulación absoluta de la compraventa cuestionada y dispuso la cancelación de su registro, así como de las anotaciones 1,2, 6 y 7 de la matrícula No. 48049, que junto a la No. 48048 surgió de la división, la cual dejó vigente.

5.- Tempestivamente, la demandada interpuso recurso de casación que el Tribunal concedió; sin embargo, como la Corte declaró prematuro ese pronunciamiento, una vez quedó determinado en debida forma el necesario interés pecuniario, nuevamente fue otorgado y, en esta ocasión, admitido (fls. 17 y 19 al 138, c. del Tribunal, c. 1 de la Corte y fls. 1 al 14 c. 2 *idem*).

II.- DEMANDA DE CASACIÓN

CARGO ÚNICO

Con fundamento en la causal quinta del artículo 336 del Código General del Proceso, la censora denunció que la sentencia de segundo grado fue dictada en un juicio viciado por la nulidad contemplada en los cánones 36 y 107 numeral 1 *ejusdem*, como consecuencia de la indebida integración del órgano emisor.

Refirió que a la audiencia de 21 de septiembre de 2017, en la que se oyeron las alegaciones de las partes y se suspendió, comparecieron el magistrado que la presidió Víctor Hugo Rubiano Macías y su compañera Matilde Lemus San Martín, sin que dijeran las razones de la inasistencia de

la tercera integrante de la Sala, Martha Lucía Narváez Marín, aunque en el acta quedó anotado que se encontraba en uso de permiso.

En la continuación, el 20 de octubre de ese año, fueron los mismos funcionarios que en el comienzo, expresando el sustanciador que la ausente estaba en «uso de permiso», y, «como si fuera poco», antes de dictar la sentencia oral autorizó el retiro de su otra colega.

Adujo que el modelo procedimental vigente exige la concurrencia del juez o de todos los miembros de la respectiva sala de decisión, aunque permite que por motivos de fuerza mayor o caso fortuito apenas acuda la mayoría, dejando constancia en el expediente de esta circunstancia; empero, en el *sub lite* nada así ocurrió, sin que el aludido «permiso» encaje en ese concepto, según la definición del artículo 64 del Código Civil y el entendimiento que la jurisprudencia le ha dado.

Sostuvo que, en todo caso, resulta reprochable la licencia concedida para que la servidora judicial que asistió se marginara del acto, **«sin explicación o justificación alguna y, peor aún, dando continuidad a la audiencia y la emisión de la sentencia (...) con la presencia de tan solo el magistrado ponente...»**.

Relató que tratando de «legitimar» ese comportamiento, el ponente «...destacó, de viva voz, que la decisión fue adoptada por los tres magistrados que integran la Sala(...)lo

que contradice la verdad...», pues pese a que llevaba «un escrito en el que condensó la decisión...lo cierto es que fue adoptada en la audiencia y de forma oral, al punto que fue notificada por estrados», como lo prueba el acta, de tal manera que «no hubo sentencia escrita sino sentencia oral, pero proferida por tan solo uno de los magistrados que integra la sala de decisión del Tribunal, lo que a todas luces, ni siquiera corresponde a una mayoría».

Destacó que el proceder que censura es de tal trascendencia que configura la invalidez; que este recurso extraordinario es la oportunidad para alegarla; y que se encuentra legitimada para esto porque *«tiene derecho a que el pleito sea definido en segunda instancia por todos los magistrados que integran la sala de decisión del tribunal».*

III.- CONSIDERACIONES

1.- Corresponde a la Corte resolver si la sentencia de segundo grado debe ser invalidada porque, según denuncia la casacionista, no fue dictada por la mayoría de la Sala ni todos los integrantes de esta concurren a la respectiva audiencia. En efecto, se casará el fallo atacado, en virtud de la presencia evidente de una causal de nulidad que lesiona el debido proceso.

2.- Las reglas técnicas de inmediación, concentración y publicidad que de manera general sientan los artículos 3º, 5º y 6º del Código General del Proceso convergen de forma esencial en la configuración del sistema *«oral»* y trascienden

meros propósitos de legalidad, en tanto ostentan un alto contenido simbólico al que el legislador de 2012 otorgó gran relevancia como mecanismo adicional para dotar de legitimidad a las resoluciones judiciales.

La primera alude al contacto directo del juzgador con las demás personas que participan en el juicio; la segunda recoge la exigencia del cumplimiento de la unidad de acto, esto es, de tiempo, de lugar y de acción, que supone la realización de las actuaciones del proceso en un solo momento y escenario, mediante una audiencia, hasta lograr la conclusión con la sentencia; y la última obedece a la necesidad de discusión y construcción pública de las determinaciones que interesan a la comunidad, que trae consigo la confianza de la sociedad en sus jueces, con la consiguiente legitimidad de las sentencias.

Se trata de directrices que acercan a las partes y a los funcionarios encargados de zanjar sus pleitos y brindan la posibilidad de emitir decisiones sin dilación y que puedan ser conocidas de inmediato por sus destinatarios y la sociedad en general, dejando en todos ellos la valiosa percepción de la proximidad de la justicia otrora tan distante, de la importancia que otorga a sus causas, de la deliberación democrática que estas le merecen y del apremio que le generan.

Por el contrario, la ausencia injustificada de los funcionarios que tienen el deber de concurrir a las audiencias emite un mensaje de precariedad de sus

decisiones, de dejadez en su adopción y de desaire a los justiciables, bajo cuya niebla se desvanece la más profunda de las argumentaciones.

En ese sentido, el postulado de transparencia en que anida el de legitimidad del Juzgador, verdadero beneficio de la oralidad, exige la presencia plena del órgano juzgador, no solo por inmediación probatoria, sino también y, especialmente, para desatar el caso, de donde no resulta admisible que sin justificación alguna se difiera proferir el fallo de inmediato, propiciando una dispersión que riñe con esa etapa del proceso, y menos aún que con posterioridad se emita por un solo magistrado, aunque en su preparación hayan intervenido todos.

Ciertamente, para la generación de confianza entre los usuarios, no es lo mismo ver a los juzgadores actuar frente a las partes, con todo lo que implica el lenguaje no verbal y el mensaje que supone el acompañamiento de los funcionarios mientras el ponente explica la sentencia, a que este se limite a leer lo que «*mandan a decir*» los otros. Aunque en el primer caso aparentemente se pierde tiempo, se gana en legitimidad, confianza y transparencia, valores esenciales anejos al ejercicio del poder en una sociedad democrática.

En ese orden de ideas, si bien la oralidad pudiera resultar más o menos eficiente, rápida o costosa en términos económicos que la escrituralidad, lo cierto es que, entre sus ventajas más notables, además de la efectividad de los últimos principios mencionados, emerge la posibilidad de

construcción y depuración de conocimiento mediante la deliberación pública, activa y dinámica, que involucra la producción de una resolución judicial que defina el litigio.

Dado que las citadas normas de oralidad son de orden público y por lo mismo de obligatorio cumplimiento, en ningún caso pueden ser *«derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley»* (art. 13 ib.), precepto que acompasa con la garantía constitucional del debido proceso (art. 29) consagrada en el artículo 14 del Código General de Proceso para todas las actuaciones previstas en él.

3.- La controversia que en la práctica generan las nulidades procesales cumple la doble función de poner a prueba el trámite adelantado y proporcionarle solidez, comoquiera que permite al fallador verificar si se ha desenvuelto con apego a las previsiones constitucionales y legales y, por esa línea, lo lleva a reconocer el acierto e impide que las partes o terceros puedan volver sobre el tema, posibilitando que la actuación subsiguiente se yerga sobre una base firme, o lo apremia a deshacer lo andado para retomar el rumbo correcto.

Bajo la égida del derecho fundamental al debido proceso en su acepción más amplia, los principios y las reglas de acceso a la administración de justicia, economía, oralidad, concentración, publicidad y duración razonable de los litigios imprimen a las nulidades un carácter que expresa o tácitamente condiciona su interpretación y aplicación,

comoquiera que su existencia no se justifica por sí y ante sí, sino en la medida que forman parte del todo procesal.

En ese marco, jurisprudencia y doctrina les han asignado las características de taxatividad, saneamiento y protección, sobre las que aquella ha dicho, en su orden, que *«no hay defecto capaz de estructurarla[s] sin ley que expresamente la[s] establezca»*, que *«salvo contadas excepciones, desaparece[n]...en virtud del consentimiento expreso o tácito del afectado con el vicio»* y que son *«en favor de la parte cuyo derecho fue cercenado o ignorado con ocasión de la irregularidad»*¹.

Igualmente, las han clasificado en saneables e insaneables, según que a pesar del acaecimiento del motivo que les da origen, la persona en cuyo beneficio fueron establecidas tenga la facultad de renunciar a ellas expresa o tácitamente o, una vez declaradas, pueda convalidar el trámite viciado; o que, por el contrario, dada su gravedad, la judicatura deba fulminarlas, al margen de la voluntad de las partes.

La primera constituye la regla general, de tal manera que solo cuando la ley así lo predique, puede señalarse que una nulidad es insaneable. Por lo tanto, corresponde al legislador, en el ámbito de su libertad configurativa, determinar la naturaleza de cada anomalía, lo que, por supuesto, no hace al azar, sino en concordancia con la

¹ CSJ SC 7jun. 1996, exp. 4791

importancia que otorga a los valores que con ellas estima pertinente salvaguardar, que según se ha visto en sede de oralidad trascienden la mera legalidad.

En ese escenario es que el artículo 136 del Código General del Proceso enuncia los eventos en que deben considerarse saneadas las nulidades que son susceptibles de ese remedio, al tiempo que en su parágrafo prevé que las originadas en *«...proceder contra providencia ejecutoriada del superior, revivir un proceso legalmente concluido o pretermitir íntegramente la respectiva instancia, son insaneables»*.

4. En el nuevo sistema procesal, la falta de jurisdicción y de competencia no entrañan *per se* nulidad de lo actuado, porque el artículo 133 *idem* solo determina esa consecuencia cuando el juez *«actúe en el proceso»* después de declarar esa carencia (num. 1).

En armonía con ello, el 138 *ib.* señala expresamente que lo rituado con anterioridad a tal reconocimiento conservará validez; sin embargo, acota que *«...si se hubiere dictado sentencia, esta se invalidará»*, reiterando así lo expuesto en el artículo 16 *id.* en el sentido que *«[c]uando se declare, de oficio o a petición de parte, la falta de jurisdicción o la falta de competencia por los factores subjetivo o funcional, lo actuado conservará validez, salvo la sentencia que se hubiere proferido que será nula, y el proceso se enviará de inmediato al juez competente. Lo actuado con posterioridad a la declaratoria de falta de jurisdicción o de competencia será nulo»*.

El análisis de esta normatividad permite sostener que por designio legal la sentencia emitida sin jurisdicción o competencia funcional está signada de nulidad y que esta es insaneable, pues sea que se dicte antes o después de que el juez admite que en el caso concreto no tiene alguna de esas potestades que emanan del Estado, la consecuencia lacónica y fatal es que «se invalidará» o «será nula», lo que elimina cualquier margen para que los extremos procesales dispongan a voluntad, en lo que radica la esencia de los vicios que son superables, máxime si se advierte que el fallador puede proceder «de oficio».

Sobre este tópico, la Corte Constitucional indicó que no obstante no decirlo expresamente, tales reglas consagran un motivo adicional de nulidad insaneable del fallo promulgado en esas circunstancias, así:

La combinación de estas dos normas, a primera vista, podría dar lugar a concluir (...) que ésta es saneable. Sin embargo, como quedó establecido en el párrafo anterior, de acuerdo con el artículo 16 del CGP, esta nulidad debe ser declarada de oficio por el juez el que se percatará del vicio en cumplimiento de su deber de control permanente de legalidad del proceso (artículo 132) y la competencia es improrrogable, es decir, que el juez no podrá dictar válidamente sentencia, la que expresamente se dispone que será nula. En estos términos, habrá que concluirse...que, a pesar de que el CGP mantuvo un sistema taxativo de nulidades, la lista completa no se encuentra de manera exclusiva en el artículo 136 y la nulidad de la sentencia derivada de la incompetencia por los factores subjetivo y funcional, es insaneable².

5.- Amén de las causales de nulidad establecidas en el artículo 133 *ejusdem*, los preceptos 36 y 107 del mismo compendio consagran una especial, en cuanto el primero

2 Corte Constitucional, C-537/2016

prescribe que «[l]as audiencias y diligencias que realicen los jueces colegiados serán presididas por el ponente, y a ellas deberán concurrir todos los magistrados que integran la Sala, so pena de nulidad», lo que reitera y complementa el posterior al expresar que «[t]oda audiencia será presidida por el juez y, en su caso, por los magistrados que conozcan del proceso. La ausencia del juez o de los magistrados genera la nulidad de la respectiva actuación».

Dichas normas son el desarrollo práctico que en relación con los falladores colegiados dio el legislador a las directrices de publicidad e inmediación, en cuanto no solo indicó cómo deben realizar las audiencias, sino que precisó clara e iterativamente el efecto de su omisión.

Por su parte, el postulado de «concentración» en relación con el pronunciamiento de mérito del superior encuentra tratamiento palpable en el inciso segundo del numeral 5° del canon 327, conforme al cual «[e]jecutoriado el auto que admite la apelación, el juez convocará a la audiencia de sustentación y fallo. Si decreta pruebas, estas se practicarán en la misma audiencia, y a continuación se oirán las alegaciones de las partes y se dictará sentencia de conformidad con la regla general prevista en este código», esto es:

En la misma audiencia el juez proferirá sentencia en forma oral, aunque las partes o sus apoderados no hayan asistido o se hubieren retirado. Si fuere necesario podrá decretarse un receso hasta por dos (2) horas para el pronunciamiento de la sentencia. Si no fuere posible dictar la sentencia en forma oral, el juez deberá dejar constancia expresa de las razones concretas e informar a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. En

este evento, el juez deberá anunciar el sentido de su fallo, con una breve exposición de sus fundamentos, y emitir la decisión escrita dentro de los diez (10) días siguientes, sin que en ningún caso, pueda desconocer el plazo de duración del proceso previsto en el artículo 121 (incisos primero al tercero, numeral 5°, artículo 373).

Como puede verse, en el trámite y decisión del recurso de apelación de sentencias ante un juez colegiado, el Código General del Proceso privilegia el principio básico de oralidad, al punto que prevé una sola audiencia para dos fines: sustentación y fallo, a la cual deben asistir todos los magistrados integrantes de la sala de decisión. Se trata de una unidad que se materializa en una audiencia destinada a dos actividades inescindibles y complementarias, atadas en tiempo, espacio e intervinientes.

6.- No escapa a la Sala que el artículo 107 procedimental también prevé que, si los asistentes a la *audientia* constituyen mayoría, el acto puede llevarse a cabo en la medida que la incomparecencia de los restantes obedezca a fuerza mayor o caso fortuito, debiendo dejarse expresa constancia del hecho que genitivo de estas circunstancias, formulación cuya claridad no remite a duda en cuanto a la excepción establecida, el motivo puntual que la origina y la manera como se atesta en el expediente.

Sin embargo, este no es el único evento en que los organismos colegiados podrían adelantar tales actuaciones sin la presencia de todos los integrantes de sus salas de decisión, si se pondera que el artículo 144 de la Ley 270 de 1996 contempla el derecho que tienen «*los funcionarios...de*

la Rama Judicial» para obtener «permiso remunerado por causa justificada».

Se trata de una prebenda laboral cuyo ejercicio no es arbitrario u omnímodo, porque según dijo en C-037 de 1996 la Corte Constitucional, al examinar la exequibilidad de la norma, *«[l]as mismas razones constitucionales ya expuestas justifican que el legislador establezca la forma de otorgar los permisos dentro de la administración de justicia, bajo el supuesto de que éstos tengan suficiente justificación, según la naturaleza de las circunstancias que el respectivo superior analice en cada caso en concreto».*

En tal orden de ideas, no podría un imponderable a la hora de programar una audiencia o diligencia, que generalmente no emerge del magistrado ponente sino de alguno de los demás integrantes de la célula que preside, anclado en el legítimo ejercicio de una prerrogativa de que estos gozan, dar al traste con la actuación prevista, pues ello entraría en contradicción con principios como la economía procesal y el derecho fundamental de acceso a la justicia en el marco de un proceso de duración razonable, fin para el que precisamente quedó prescrito que la segunda instancia no puede prolongarse más de seis meses, de ser necesario prorrogables otro tanto y por una sola vez, desde la recepción del respectivo expediente en la secretaría del superior, so pena de pérdida de la competencia y nulidad de lo actuado (art. 121, Código General del Proceso).

Así las cosas, es razonable concluir que paralelo a la

inasistencia fundada en caso fortuito o fuerza mayor debidamente justificados, el permiso se erige en un evento adicional por el que las audiencias o diligencias podrían adelantarse sin la presencia de todos los juzgadores, en todo caso, si ello no afecta el número mínimo para deliberar, adoptar y promulgar sus providencias.

7.- Salvo tales excepciones, la anomalía surgida de no hallarse presentes todos los integrantes de la Sala se cierne directamente sobre la sentencia dictada en ese escenario precario; sin embargo, retomando la línea argumentativa ya trazada, toda vez que no está previsto lo contrario, se halla sometida a las pautas generales de saneamiento establecidas en el precepto 136 ya citado, es decir, «1. Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla. 2. Cuando la parte que podía alegarla la convalidó en forma expresa antes de haber sido renovada la actuación anulada...4. Cuando a pesar del vicio el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa».

En tal medida, la oportuna interposición del recurso extraordinario *sub examine* constituye el mecanismo apropiado para propiciar su posterior alegación, que será en la respectiva demanda, en cuanto el numeral 5º del artículo 336 prevé como causal de casación «[h]aberse dictado sentencia en un juicio viciado de algunas de las causales de nulidad consagradas en la ley, a menos que tales vicios hubieren sido saneados»; por ende, cuando una de las partes desencadena ese trámite, no puede aceptarse que con sus

actuaciones intermedias entre la formulación de la impugnación extraordinaria y la sustentación haya saneado el vicio.

Tanto así que a pesar de que el numeral 8° del artículo 355 *ejusdem* erige en motivo de revisión «[e]xistir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso...», establece como presupuesto básico para su prosperidad que esta no fuera «...susceptible de recurso», con lo cual subraya la necesidad de que previamente se alegue en casación, por supuesto si este instrumento es viable en el asunto concreto.

Es por lo anterior que la Sala ha sido constante en señalar en sede de revisión que

El motivo de impugnación esgrimido es el preceptuado en el numeral 8° del canon 355 del citado estatuto procesal, que alude a “[e]xistir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso”, la cual surge, según lo ha determinado la Corte, en el acto mismo de dictar el fallo con que termina el juicio, siempre y cuando no procedan en su contra los recursos de apelación o de casación, pues ante esta posibilidad, la irregularidad deberá alegarse al sustentar tales mecanismos de defensa; de modo que si la respectiva impugnación no se interpuso, se produce el saneamiento del eventual vicio (CSJ SC3362-2020, reiterativa de lo dicho, entre otras, en CSJ SC3951-2019, SC9228-2017, SC4584-2014).

8.- El inciso primero del artículo 36 del Código General del Proceso, al reglamentar la forma como la Corte y los tribunales ejercen sus atribuciones, determina que «[c]orresponde a las salas de decisión dictar las sentencias (...)\», en lo que complementa el inciso primero del artículo 54 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, conforme al cual «[t]odas las decisiones que las Corporaciones

judiciales en pleno o cualquiera de sus salas o secciones deban tomar, requerirán para su deliberación y decisión, de la asistencia y voto de la mayoría de los miembros de la Corporación, sala o sección».

Tales disposiciones disciplinan un tema de competencia, que por atañer al órgano con facultad de resolver la apelación de una sentencia es de índole funcional, como explicó esta Corte al indicar que *«(...) carece de competencia funcional el juzgador plural que delibera y decide sin la asistencia, ni el voto mayoritario favorable de los integrantes de la respectiva Sala»³*, ocasión en la que recordó lo dicho en vigencia del anterior estatuto procedimental, en el sentido que cuando el Tribunal *«(...) teniendo el conocimiento de dicho proceso no se ha integrado o no ha adoptado o suscrito legalmente dicha sentencia (...), la sentencia resulta dictada por una Sala que, por su defectuosa integración para la decisión, no se erige en el órgano competente colegiado para este efecto»⁴*.

Ahora bien, las sentencias que en el marco de la oralidad dictan los órganos plurales constituyen un acto complejo, encadenado e inescindible, en virtud del cual, una vez todos sus integrantes oyen las alegaciones de las partes, deliberan en torno a la propuesta del magistrado sustanciador, exponiendo y defendiendo los argumentos fácticos y jurídicos que estiman relevantes para la solución

3 AC7719-2017

4 CSJ. Civil. Sentencia de 19 de abril de 1989, CXCVI-89; citada en sentencia No. 100 de 25 de mayo de 2005, expediente 7198.

del caso; a continuación, toman la decisión que surge de ese debate, que debe contar con el beneplácito de la mayoría absoluta⁵, correspondiendo al o a los disidentes manifestar su disconformidad mediante salvamento de voto; y finalmente, promulgan lo resuelto de viva voz del ponente.

En ese sentido, amén de la relevancia alegórica que se encuentren presentes todos los magistrados que discuten, resuelven y dan a conocer el fallo, también tiene fines tangibles de cara a su existencia como proveído, máxime que el inciso final del artículo 279 procedimental en vigor determina que *«ninguna providencia tendrá valor ni efecto jurídico hasta tanto haya sido pronunciada»*.

En efecto, mientras que al emitir un pronunciamiento escrito -se asume- que los funcionarios no estampan su rúbrica sino después de verificar que la motivación y la resolución se ajustan al criterio que vertieron en el debate previo y que plasmaron en su voto, en el escenario oral solo únicamente podrán hacer efectivo ese control en la medida que estén de cuerpo presente en el instante que se hace público, pues, incluso si el ponente se guía por algún documento, como en no pocas ocasiones sucede, no se sabe si los demás lo conocieron previamente. En tal medida, con su ausencia declinan anticipada e injustificadamente el deber de formular las salvedades y aclaraciones que la versión final amerite, amén de que eventuales adiciones, correcciones o complementaciones a instancia de las partes

5 De todos los miembros de la Sala, no solo de los presentes.

o de oficio no podrían ser despachadas por quien acude solitario⁶.

Al final de cuentas, el establecimiento de órganos colegiados se justifica si en efecto cumplen a cabalidad su labor conjunta; de lo contrario, ningún sentido tendría ese diseño, si finalmente los funcionarios que los conforman proceden de la misma manera que el juez singular.

De conformidad con lo anterior, adaptada la memorada norma de la Ley 270 de 1996, expedida en plena vigencia del sistema escritural, a los tiempos de oralidad que corren, la sentencia surgida en este último marco sin la participación en una o más de sus etapas del número de magistrados que constituye la mayoría requerida no es producto del órgano colegiado instituido para ese propósito, por lo que su emisor ha obrado carente de competencia funcional, lo cual engendra nulidad insaneable.

9.- De lo discurrido hasta el momento puede concluirse que la falta de uno o más de los integrantes de una sala de decisión a la audiencia que la ley dice que deben asistir, cuando esa ausencia no está sustentada en permiso, fuerza mayor o caso fortuito, es un asunto que esencialmente resta legitimidad al acto y genera nulidad saneable; si la misma inasistencia afecta el *quorum* requerido para deliberar, resolver y dar publicidad a la sentencia, es un tema preponderantemente de legalidad que conlleva un vicio

⁶ El inciso 3° del art. 279 del Código General del Proceso indica que las aclaraciones y salvamentos de voto “se anunciarán en la audiencia”.

insaneable. En cualquiera de los casos, el recurso de casación se yergue en la herramienta idónea para que la parte agraviada alegue la invalidez.

10.- En el caso concreto, a la audiencia donde se dictó la sentencia de segunda instancia concurrieron el magistrado ponente Víctor Hugo Rubiano Macías y su compañera Matilde Lemus San Martín, lo que en principio representa la mayoría necesaria para emitirla; sin embargo, una vez instalada, aquel «*autorizó*» el retiro de la asistente, dando al traste con la composición de la célula decisoria, lo que resulta injustificado porque ninguna norma procesal le otorga ese arbitrio; por el contrario, con carácter de orden público precisan la presencia de todos sus miembros.

Secuela de lo anterior fue que el sustanciador terminó solitario dictando el fallo, configurando así una falta de competencia funcional, pues tal labor correspondía, cuando menos, a la mayoría de la Sala, incidiendo en nulidad insaneable.

Aunque el funcionario justificó ese proceder en que ya había acuerdo sobre la resolución, y la servidora judicial que se retiró suscribió el acta, ello no es suficiente para concluir que la mayoría mínima requerida emitió el veredicto, en tanto el *quorum* se desintegró en la fase más relevante en relación con los postulados de oralidad, inmediación y publicidad.

No ocurrió lo mismo desde la perspectiva de la nulidad contemplada en los artículos 36 y 107 procedimentales, en la medida que la inasistencia de la otra integrante de la Sala obedeció a que se encontraba en «*uso de permiso*» conforme lo manifestó el ponente y quedó consignado en la respectiva acta, lo que *per se* no generó invalidez.

11.- Conclusión obligada es que prospera el cargo, por lo que se anulará el fallo del Tribunal, al cual se devolverá el expediente para que renueve la actuación viciada (art. 349, inc. 2, *idem*).

Por lo mismo, no hay lugar a condena en costas (inc. final, *eiusdem*).

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia proferida el 20 de octubre de 2017 por la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca dentro del proceso ordinario que Carmen Alicia Quenza de Lomonaco sigue a Félix Amadeo Colmenares Rodríguez.

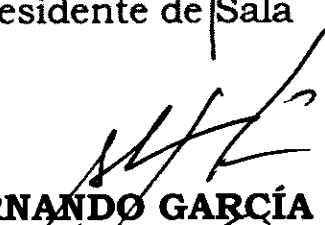
Devuélvase el expediente al Tribunal de origen, con el fin de que reponga ese fallo, acatando las formalidades que le son propias.

Sin costas.

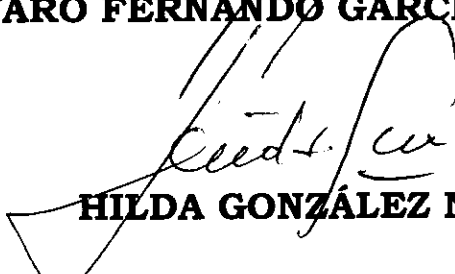
Notifíquese,



FRANCISCO TERNERA BARRIOS
Presidente de Sala

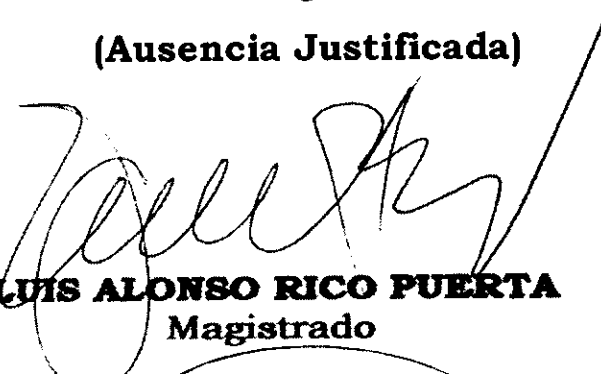


ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



HILDA GONZÁLEZ NEIRA

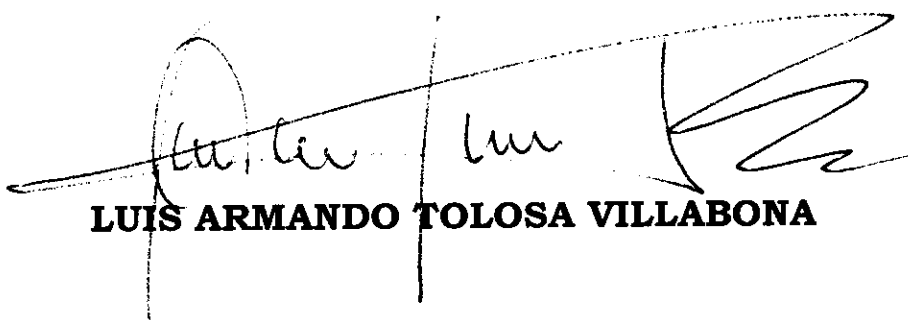
AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
(Ausencia Justificada)



LUIS ALONSO RICO PUERTA
Magistrado



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

