El siguiente es el documento presentado por el Magistrado. El contenido total y fiel debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Salvamento de voto – 12 de enero de 2017

Radicación Nro. : 66400-31-03-003-2012-00371-01

Demandante: BANCO BBVA COLOMBIA

Demandado: SERVICIOS TEMPORALES SA Y OTROS

Proceso: Ejecutivo

Magistrado Sustanciador: CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS

**Temas: PRINCIPIO DE CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA.** “La mayoría de la Sala consideró que en virtud del principio de literalidad que caracteriza los títulos valores, la única obligada a pagar aquellos que se aportaron como recaudo ejecutivo era la sociedad Servitemporales S.A., porque en ninguna parte de los mismos aparece de manera expresa que deba hacerlo su representante legal como persona natural. Sin embargo, tuvo a la señora Patricia Elena Fernández Vásquez como avalista, de acuerdo con el artículo 634 del Código de Comercio y con fundamento en este último hecho revocó el fallo de primera instancia que había declarado probada la excepción de fondo propuesta por la citada señora y ordenó seguir adelante la ejecución en la forma ordenada en el mandamiento de pago que se libró el 22 de noviembre de 2012; además, la condenó a pagar las costas causadas en ambas instancias. Es claro entonces que la decisión adoptada resulta incongruente porque se adoptó con fundamento en hechos diferentes a los planteados en la demanda. En ese escrito no se indicó que como avalista, la señora Fernández Vásquez hubiese firmado los títulos valores que sirvieron de sustento a la ejecución. De manera concreta se hizo mención al contrato de mutuo que celebró la entidad ejecutante con las demandadas, en virtud del cual les otorgó los distintos créditos a que se refieren los supuestos fácticos. Es decir, las citó al proceso como deudoras solidarias.”.

**Citación jurisprudencial:** CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia SC17723-2016 del 7 de diciembre de 2016 / Sentencia SC-8845-2016 del 26 de abril de 2016 / Sentencia SC13400-2016, Rad. 08001-3103-013-2001-00093-01 / Sentencia SC16283-2016, Rad. 11001-02-03-000-2012-02237-00.

Pereira, enero 12 de 2016

**SALVAMENTO DE VOTO**

Magistrado Ponente : Edder Jimmy Sánchez Calambás

Expediente No. : 66400-31-03-003-2012-00371-01

Proceso  : Ejecutivo

Demandante  : Banco BBVA Colombia

Demandada  : Servicios Temporales S.A. Empacamos S.A. y Patricia Elena Fernández Vásquez

A continuación expongo las razones por las que me aparté de la decisión que por mayoría se aprobó y que revocó la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira, el 29 de mayo de 2014, en el proceso de la referencia.

1.El artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, vigente para cuando se interpuso el recurso de apelación que resolvió la Sala, dice en su parte pertinente: “*La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta…”*

Y es que la demanda y su contestación, en cuanto recogen las posturas de las partes en el proceso delimitan el contenido del litigio y es por ello que de conformidad con la norma transcrita, el juez, al desatar la controversia, debe hacerlo con sujeción a ellas sin que esté autorizado para hacerlo desbordando los linderos que los contendientes fijaron, porque en tal forma produce un fallo extra petita que desconoce el principio de la congruencia.

En relación con tal disposición, la Corte Suprema de Justicia dijo recientemente:

*“2. Se infiere de la citada disposición legal, que el aludido postulado propugna por asegurar los derechos de defensa y de contradicción, en cuanto impide que al convocado a un litigio se le sorprenda por el juzgador con hechos o peticiones no alegadas, respecto de las cuales careció de oportunidad para confutarlas, resultando admisible para su demostración, la confrontación o parangón entre lo resuelto en el fallo, con lo planteado en la respectiva demanda, o con el escrito de excepciones de mérito, o con los hechos demostrativos de alguno de tales medios enervantes que deban ser reconocidas de oficio.*

*3. Esta Corporación en el fallo CSJ SC1806-2015, rad. n° 2000-00108-01, acerca del error de procedimiento en cuestión, memoró:*

*A la luz del principio dispositivo que rige primordialmente el procedimiento civil, debe el juez, al dictar el fallo con el cual dirime la controversia, respetar los límites o contornos que las partes le definen a través de lo que reclaman (pretensiones o excepciones) y de los fundamentos fácticos en que se basan ante todo los pedimentos, salvo el caso de las excepciones que la ley permite reconocer de oficio, cuando aparecen acreditadas en el proceso, o de pretensiones que, no aducidas, asimismo deben declararse oficiosamente por el juez.*

*A eso se contrae la congruencia de la sentencia, según lo establece el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, dirigido no sólo a disciplinar que esa respuesta de la jurisdicción corresponda con lo que las partes le ponen de presente, sino, subsecuentemente, a impedir que el juez desconozca el compromiso de fallar dentro del marco de referencia que le trazan las partes, y cuyo incumplimiento es de antaño inscrito en una de estas tres posibilidades: en primer lugar, cuando en la sentencia se otorga más de lo pedido, sin que el juzgador estuviese facultado oficiosamente para concederlo (ultra petita); en segundo lugar, cuando en la sentencia olvida el fallador decidir, así sea implícitamente, alguna de las pretensiones o de las excepciones formuladas (mínima petita); y en tercer lugar, cuando en el fallo decide sobre puntos que no han sido objeto del litigio, o, de un tiempo a esta parte, en Colombia, con apoyo* ***en hechos diferentes a los invocados (extra petita)****…”[[1]](#footnote-1) (resaltado ajeno al texto original).*

A mi juicio, el fallo proferido en esta sede resultó incongruente y desconoció la norma a que me refiero. En efecto, se dijo en los hechos de la demanda que el banco demandante “le otorgó a SERVICIOS TEMPORALES EMPACAMOS S.A. “SERVITEMPORALES S.A.”, representada legalmente por la señora PATRICIA ELENA FERNANDEZ (sic) VASQUEZ (sic), y a ésta (sic) como persona natural”, un crédito por la suma de $400.000.000; ante el incumplimiento “por parte de las accionadas del contrato de mutuo contenido en el pagaré No. 638-9600106716”, procedió la entidad acreedora a diligenciar el titulo valor con sujeción a las instrucciones impartidas “por las deudoras” en carta de instrucciones que se anexa a la demanda.

En la misma forma se redactaron los demás hechos de la demanda, respecto de otros créditos que otorgó el Banco demandante a las demandadas, por las sumas de $200.000.000, $99.368.086.96 y $100.000.000.

La señora Patricia Elena Fernández Vásquez, al ejercer su derecho de defensa, propuso como excepción de fondo la que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, en resumen, porque no firmó los pagarés aportados como recaudo ejecutivo en calidad de deudora solidaria, avalista, fiadora o codeudora, sino identificando a la sociedad también demandada y como su representante legal y adujo que en esos títulos valores ni en las cartas de instrucciones existe claridad en relación con su compromiso.

La mayoría de la Sala consideró que en virtud del principio de literalidad que caracteriza los títulos valores, la única obligada a pagar aquellos que se aportaron como recaudo ejecutivo era la sociedad Servitemporales S.A., porque en ninguna parte de los mismos aparece de manera expresa que deba hacerlo su representante legal como persona natural. Sin embargo, tuvo a la señora Patricia Elena Fernández Vásquez como avalista, de acuerdo con el artículo 634 del Código de Comercio y con fundamento en este último hecho revocó el fallo de primera instancia que había declarado probada la excepción de fondo propuesta por la citada señora y ordenó seguir adelante la ejecución en la forma ordenada en el mandamiento de pago que se libró el 22 de noviembre de 2012; además, la condenó a pagar las costas causadas en ambas instancias.

Es claro entonces que la decisión adoptada resulta incongruente porque se adoptó con fundamento en hechos diferentes a los planteados en la demanda. En ese escrito no se indicó que como avalista, la señora Fernández Vásquez hubiese firmado los títulos valores que sirvieron de sustento a la ejecución. De manera concreta se hizo mención al contrato de mutuo que celebró la entidad ejecutante con las demandadas, en virtud del cual les otorgó los distintos créditos a que se refieren los supuestos fácticos. Es decir, las citó al proceso como deudoras solidarias.

Al tratar a la señora en cita como avalista, de manera sorpresiva, en la sentencia de la que me aparto, se le negó la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, pues nunca supo que con tal calidad sería juzgada y así resultó condenada. En tal forma, se le vulneró el derecho a un debido proceso.

No desconozco que de acuerdo con el inciso 2º del artículo 634 del Código de Comercio *“…La sola firma puesta en el título, cuando no se le pueda atribuir otra significación se tendrá como firma de avalista…”* Sin embargo, tal disposición no podía ser la que sirviera en este caso para definir la cuestión, porque los hechos de la demanda, reitero, no dicen que la señora Patricia Elena Fernández Vásquez haya actuado con tal calidad. Se le citó como deudora solidaria y fue de tal hecho del que se defendió para decir que no lo era.

En consecuencia, la sentencia de la que respetuosamente me aparto ha debido ser confirmada.

2. No sobra anotar que insiste la mayoría de la Sala en imponer condena en costas, sin fijar las agencias en derecho. Estas, considero, deben tasarse porque así lo dispone el numeral 2º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, aunque en la actualidad esté vigente el Código General del Proceso que ya no manda hacerlo así y con fundamento en las reglas sobre la aplicación de la ley procesal en el tiempo.

En efecto, como el recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia se interpuso en vigencia del Código de Procedimiento Civil, es ese estatuto el que debe aplicarse durante todo el trámite de la alzada de acuerdo con el artículo 40 de la ley 153 de 1887, modificado por el 624 del Código General del Proceso, que dice:

*“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.*

*Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.*

*La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad”.*

De acuerdo con esa disposición, las normas procesales son de aplicación inmediata, aun respecto de los procesos pendientes, pero esa regla general admite algunas excepciones, concretamente aquellas que enlista en el inciso 2º, dentro de las cuales se incluye, para hacer referencia al caso concreto, la de los recursos interpuestos, que se rigen por la ley vigente para la fecha en que se propusieron.

Esa excepción ordena entonces aplicar la ultractividad de la ley antigua respecto de los recursos interpuestos bajo su imperio. En esas condiciones, como el de apelación que formularon la parte demandante y la sociedad llamada en garantía lo fue en vigencia del Código de Procedimiento Civil y no se había desatado cuando entró a regir el Código General del Proceso, su trámite ha de terminar regulado por el primero, lo que permite obtener un orden procesal.

Y es que el trámite del recurso finaliza con la ejecutoria de la providencia que lo defina, pero si se impone condena en costas, lo será con la del auto que apruebe su liquidación, pues el numeral 1º del artículo 393 del Código de Procedimiento Civil ordena liquidarlas al Tribunal o juzgado de la respectiva instancia o recurso, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que las imponga.

En conclusión, como no podía aplicarse el Código General del Proceso en la propia sentencia que desató el recurso, pues el trámite de este no había terminado, debían fijarse las agencias en derecho en aquella providencia, tal como lo ordena el numeral 2º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el 19 de la ley 1395 de 2010; además liquidarse y aprobarse las costas en esta sede.

En relación con ese tránsito legislativo, dijo la Corte Suprema de Justicia:

 *“1.- Cuestión de primer orden es precisar el referente adjetivo al que se acudirá, en lo que fuere pertinente, habida cuenta que mientras que este litigio comenzó con el Código de Procedimiento Civil (julio de 2014), en la fase del recurso extraordinario cobró vigencia integral el General del Proceso, producto de la expedición por el Consejo Superior de la Judicatura del Acuerdo No. PSAA15-10392 de 1° de octubre de 2015, que en su artículo 1° dispone: “El Código General del Proceso entrará en vigencia en todos los distritos judiciales del país el día 1º de enero del año 2016, íntegramente”.

La sucesión temporal o tránsito legislativo luego de la iniciación de un juicio apareja interrogantes complejos y, por lo mismo, en ocasiones, de difícil solución. En el campo teórico, esa problemática puede resolverse de tres formas: (i) aplicando la ley anterior hasta la definición del pleito; (ii) incorporando la nueva a todos los actos posteriores a su vigencia; o (iii) empleando para unas actuaciones la novel normativa y para otras la que le precedió.*

 *La Ley 1564 de 2012 sigue, en los artículos 624 y 625, que son los que tratan puntualmente el asunto, un sistema mixto.*

 *En efecto, el primer canon, modificatorio del artículo 40 de la ley 153 de 1887, trae una regla general sobre la aplicación inmediata de la ley procesal, con ciertas salvedades relativas a la ultractividad, taxativamente señaladas a saber: “los recursos interpuestos**, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones”.*

 *El segundo, apartándose del postulado general, ofrece unas orientaciones específicas destinadas a preservar la vigencia temporal y excepcional de la norma derogada, no en todos los procesos, sino en los ordinarios, abreviados, verbales y ejecutivos, y sólo hasta determinadas etapas. Y, también aquí, el legislador se cuidó de repetir las salvedades del 624 en lo concerniente a recursos interpuestos, pruebas decretadas, audiencias convocadas, diligencias iniciadas, términos que estén corriendo, incidentes en curso y notificaciones que se estén surtiendo.*

*En ese orden de ideas, el funcionario judicial frente a un caso de sucesión o tránsito de legislación, debe preguntarse, en primer término, la clase de proceso que se está tramitando, luego la etapa que se está surtiendo y después cotejarla o compararla con las pautas del 625 id.*

*Acá, por ejemplo, se trata de un juicio ordinario que cuenta con fallos de primera y segunda instancia, de manera que ese precepto indica en el numeral 1, literal c), que “proferida la sentencia, el proceso se tramitará conforme a la nueva legislación”. Sería, entonces, el Código General del Proceso el llamado a gobernar las actuaciones postreras al veredicto, lo que finalmente no ocurre, en atención a que la excepción legislativa, inserta en ese canon y en el 624, determina que cuando se ha interpuesto un recurso (no se precisa cual, luego ello cobija ordinarios y extraordinarios), la preceptiva aplicable será la del tiempo de su formulación, que aquí es el C. de P. C., atendiendo que la impugnación extraordinaria se planteó el 8 de junio de 2012.*

 *Consecuencia necesaria y natural de la precitada inferencia, es la de que al transitar esta casación por el camino del Código de Procedimiento Civil, todo lo que se derive de su discurrir y resolución, incluso la expedición de copias o certificaciones, el reconocimientos de personería, la condena en costas y su tasación, el decreto y práctica de pruebas (si ello se ordena previa sentencia sustitutiva), cumple rituarlo con esa codificación.*

 *Lo contrario implicaría mezclar en un mismo escenario y con alternancia, dos codificaciones procesales, lo que atentaría con el mínimo de seguridad o certeza jurídica que debe acompañar la sustanciación de los litigios. Para los usuarios del sistema de administración de justicia, que buscan la tutela efectiva de sus derechos, debe ofrecerse una hermenéutica que les provea certidumbre sobre las normas que regulan el conflicto jurídico respecto del cual se solicita la decisión*...”[[2]](#footnote-2)

Y no es ese un criterio aislado. Lo mismo dijo en sentencia del 26 de octubre de 2016: *“Resulta pertinente precisar, que de acuerdo con el artículo 624 del Código General del Proceso, modificatorio del precepto 40 de la Ley 153 de 1887, para resolver el recurso se tomarán en cuenta las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, al hallarse este vigente para cuando comenzó su trámite…”[[3]](#footnote-3)* En esa providencia también fijó las agencias en derecho. En forma aún más reciente procedió en idéntica forma, concretamente el 11 de noviembre del año que corre[[4]](#footnote-4).

Claudia María Arcila Ríos

Magistrada

1. Sala de Casación Civil, sentencia SC17723-2016 del 7 de diciembre de 2016, MP. Dr. Luis Alfonso Rico Puerta. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sala de Casación Civil del 26 de abril de 2016, MP. Dr. Fernando Giraldo Gutiérrez, sentencia SC-8845-2016, expediente 6600131030032010-00207-01. [↑](#footnote-ref-2)
3. #  MP. Dr. Luis Alonso Rico Puerta, sentencia SC13400-2016, expediente 08001-3103-013-2001-00093-01

 [↑](#footnote-ref-3)
4. MP. Dr. Ariel Salazar Ramírez, sentencia SC16283-2016, Radicación n° 11001-02-03-000-2012-02237-00 [↑](#footnote-ref-4)