AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Magistrado ponente

SC3918-2021

Radicación n° 11001-31-03-033-2008-00106-01

(Aprobado en sesión virtual de veinticinco de marzo de dos mil veintiuno)

Bogotá D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la demandante frente a la sentencia proferida el 28 de abril de 2016, por la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario que Importaciones, Exportaciones y Representaciones Latinoamericanas Ltda. promovió contra la Empresa Brasilera de Aeronáutica S.A. «Embraer».

ANTECEDENTES

1. La accionante solicitó, en forma principal, declarar que desde el 5 de septiembre de 1997 celebró con Embraer contrato de agencia mercantil, el cual tuvo por objeto la venta de los aviones fabricados por esta, así como sus repuestos; que tal convenio no culminó en septiembre de 1998 pues perduró con posterioridad al año 2004; que la agente tiene

derecho a recibir la comisión derivada de la venta que en diciembre de 2004 hizo la enjuiciada al Ministerio de Defensa de Colombia de «16» aviones Súper Tucano, regalía que asciende al 3% del valor «flay away factory» de las aeronaves, esto es, 7'020.000 dólares, los cuales deberán ser pagados a la tasa representativa del mercado en la fecha en la cual el estado colombiano adquirió los aviones, indexada hasta la época de presentación de la demanda y con intereses moratorios de allí en adelante, o la suma que resulte probada en el proceso.

En subsidio, la promotora deprecó disponer que a partir del 6 de septiembre de 1998, o en la época que se demuestre en el juicio, constituyó con Embraer agencia comercial de hecho que tuvo por objeto promocionar los aviones fabricados por esta; que en desarrollo de dicho acuerdo se dio la venta que en diciembre de 2004 realizó de «24» aviones Súper Tucano al Ministerio de Defensa de Colombia; y que se condene a la convocada al pago de la comisión, utilidad o regalía en la cuantía que se acredite en el juicio, indexada desde la fecha de su causación hasta la de presentación de la demanda y con intereses moratorios a partir de ésta época.

En defecto de las anteriores súplicas pidió la reclamante proclamar que, desde septiembre de 1997 o la fecha que se demuestre en el trámite judicial, ajustó contrato de corretaje con la accionada, para la venta de aviones Tucano y Súper Tucano a la Fuerza Aérea de Colombia; que la corredora cumplió ese acuerdo de voluntades al poner en contacto a la demandada con el Ministerio de Defensa Nacional para la

celebración de la venta de aviones Súper Tucano, que a la postre fue concretada en diciembre de 2004 por valor de 234'000.000 de dólares; condenar a la procesada al pago de la comisión, indexada desde la fecha de su causación hasta la de presentación de la demanda y con intereses moratorios a partir de este momento.

2. De otro lado, suplicó la accionante declarar que ella y Embraer celebraron otro contrato de agencia comercial desde el año 1998, o desde la fecha que se pruebe en el rito, tendiente a la promoción de los repuestos y servicios suministrados por la demandada para aviones EMB-312 Tucano y EMB-120 Bandeirante de propiedad de la Fuerza Aérea Colombiana; que tras la terminación unilateral de dicho convenio realizada por Embraer, a partir del 17 de marzo de 2007, debe cancelar a la agente la cesantía comercial prevista en el artículo 1324 del Código de Comercio, que asciende a 120.000 dólares, o la que se acredite en el rito.

3. Tales pretensiones tuvieron como sustento fáctico, en resumen, el siguiente:

3.1. En 1998 Embraer celebró con Importaciones, Exportaciones y Representaciones Latinoamericanas Ltda. contrato de agencia mercantil, para que esta promoviera la venta de repuestos y servicios para las aeronaves EMB-312 Tucano y EMB-110 Bandeirante de propiedad de la Fuerza Aérea Colombiana, pactándose que la remuneración del agente sería del 8% del valor «free carier inconterms 1990» en

Sao Paulo o Sao José dos Campos respecto de los repuestos o servicios vendidos; mandato que acató la accionante con sus recursos, personal y en beneficio de la agenciada, al punto que esta le facturó a la FAC «miles de dólares», por lo cuales la agente recibió sus respectivas comisiones.

Sin embargo, a través de comunicación de 22 de agosto de 2006, Embraer finiquitó esa agencia mercantil con efectos desde el 17 de marzo de 2007, por lo cual la accionante tiene derecho a la cesantía prevista en el artículo 1324 del Código de Comercio.

3.2. En relación con la venta de aviones, relató la peticionaria que en «1988» celebró con Embraer pacto para la promoción de aeronaves EMB-312 Tucano con destino a la Fuerza Aérea Colombiana, el cual fue renovado en 1997 mediante comunicación que también adicionó su campo de acción a los aviones EMB-314 Súper Tucano, y consagró vigencia de 12 meses prorrogables de forma automática por periodos iguales, salvo que una de las partes lo diera por terminado por escrito con 30 días de antelación; así mismo mediante documento denominado «contrato de servicios» fue extendido ese acuerdo a la promoción de aviones para la Sociedad Aeronáutica de Medellín S.A. «SAM».

Agregó que Embraer cesó dicho contrato con misiva de 3 de agosto de 1998, recibido el 7 del mismo mes, y con alcances a partir del 5 de septiembre siguiente.

Sin embargo, de acuerdo con manifestaciones verbales de funcionarios de la agenciada, la decisión de terminar el vínculo sólo tenía efectos formales pues la intención de Embraer era estandarizar sus contratos de agencia comercial en todo el mundo, de donde Importaciones, Exportaciones y Representaciones seguiría siendo el agente en territorio colombiano, por lo que una vez elaborado el nuevo acuerdo le sería remitido para suscripción.

Igualmente adujo la accionante que su labor continuó, al punto que remitió diversas comunicaciones a Embraer reportándole los frentes de trabajo que venía desarrollando en empresas como Sam, Aires, Aces y el estamento militar colombiano, actividades respecto de las cuales recibió respuestas de Embraer como la fechada 22 de septiembre de 1999, en la cual se le pidió entregar un documento al Ministerio de Defensa Nacional, otra de la misma data, con la que Embraer notifica a tal cartera ministerial la decisión de abstenerse de participar en una licitación pública.

Por su parte, la demandante RLA envió mensajes escritos a Embraer como el de 12 de noviembre de 1999 «en torno a modificaciones sugeridas al ministro de defensa», una invitación de igual fecha para participar en el patrocinio de un futuro libro; y el 10 de noviembre de 1999 un informe de cierre de año relativo a los negocios con la FAC.

Estos avisos, añadió la accionante, denotan que, con el consentimiento de Embraer, siguió ejecutando la labor de intermediación para promover la venta de sus aviones a la

Fuerza Aérea Colombiana y a otras entidades interesadas, según dan cuenta, además, las misivas de 4 y 16 de mayo de 2001, enviadas por la demandante RLA a Embraer dándole parte de sus contactos con Avianca y Satena, en su orden; nuevas notas del 28 de junio y 14 de septiembre de 2001 remitidas por RLA, entre otras, con las que reportaba las últimas noticias acerca de la intención del estado colombiano de adquirir aviones de combate; y recibió respuestas de la demandada como la de 2 de julio de 2001, lo cual evidencia la intención de continuar con la intermediación.

También mencionó que la secuencia de sus actividades de intermediación llegó al punto que la Fuerza Aérea Colombiana identificó a RLA como representante de Embraer en Colombia, ya que le enviaba las cartas con las cuales requería información que debía suministrar la demandada sobre la contratación pretendida.

Por último, aseveró que debido a decisión del gobierno colombiano de la época, la adquisición de los aviones tácticos no se concretó, pero con escritos de 26 de enero y 8 de marzo de 2004 la promotora informó a Embraer acerca de la reactivación de la intención de compra, a raíz del cambio presidencial en Colombia, dando lugar a reuniones entre la enjuiciada y la Fuerza Aérea de Colombia con presencia de un representante de la demandante; igualmente, el 24 de marzo de 2004 Embraer pidió información sobre esta intención adquisitiva, que recibió de RLA con misiva del 15 de abril siguiente, a más de otra comunicación sobre la materia que data del 26 de octubre del mismo año.

4. Una vez vinculada al pleito, Embraer se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones meritorias que denominó «*RLA no tiene derecho a reclamar el pago de comisiones por la venta de aviones Súper Tucano al Ministerio de Defensa de la República de Colombia en diciembre de 2005*», «*inexistencia de un contrato de agencia comercial entre Embraer y RLA para la promoción y venta de aviones después de septiembre de 1998*», «*inexistencia de una agencia comercial de hecho entre Embraer y RLA*», «*inexistencia de un contrato de corretaje entre Embraer y RLA para la venta de aviones Tucano y Súper Tucano de Embraer a la Fuerza Aérea Colombiana*» y «*Prescripción*».

5. El Juzgado Primero Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá, una vez agotadas las fases del juicio, con sentencia de 29 de septiembre de 2014 negó las pretensiones al declarar fundadas las excepciones de «*inexistencia de un contrato de agencia comercial entre Embraer y RLA para la promoción y venta de aviones después de septiembre de 1998*», «*inexistencia de una agencia comercial de hecho entre Embraer y RLA*» e «*inexistencia de un contrato de corretaje entre Embraer y RLA para la venta de aviones Tucano y Súper Tucano de Embraer a la Fuerza Aérea Colombiana*».

6. Al resolver la apelación interpuesta por la promotora, con proveído de 28 de abril de 2016 el superior confirmó la decisión y la adicionó para reconocer la existencia del contrato de agencia comercial celebrado entre las partes para la promoción de repuestos y servicios de soporte entre el año

1988 y el 17 de marzo de 2007, pero absolvió a la convocada del pago de la cesantía comercial pedida respecto de este convenio.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. El juzgador *ad-quem* inicialmente recordó la regulación de los contratos de agencia comercial y corretaje, así como los presupuestos concurrentes para que se configure cada uno.

2. Seguidamente se ubicó en el primero de ellos coligiendo, con base en las comunicaciones VPM-020 y VPM-021 de 1997, que a pesar de acreditar la autorización extendida por Embraer a la demandante para promocionar la venta de aeronaves EMB-312 Tucano y EMB-314 Súper Tucano con destino a la Fuerza Aérea Colombiana, por el lapso de 12 meses, no se configuró el contrato de agencia mercantil pues se trató de un encargo dirigido a un sólo cliente, mas no general para impulsar los negocios del agenciado, y la tipicidad de la modalidad contractual bajo estudio excluye los encargos ocasionales, esporádicos o eventuales.

Tras descartar pacto expreso entre los contendientes acerca de la agencia comercial alegada, el juzgador de segunda instancia fijó su análisis en la intención de estos durante el año para el cual fue conferida la autorización citada, encontrando tres acuerdos fechados 26 de septiembre de 1997 a favor de RLA para que gestionara la venta de

aviones a SAM S.A., Avianca S.A. y Aires S.A., así como el informe de 19 de agosto de 1998 remitido por la demandante a la enjuiciada respecto de tal gestión y la desplegada ante la FAC, documentos de los cuales concluyó que el segundo contrato no podía ser valorado por ausencia de traducción al idioma castellano; los dos restantes fueron suscritos por Embraer Aircraft Corporation pero no por la reclamante, sin que se acreditara que esta fuera filial de la Empresa Brasilera de Aeronáutica S.A. «Embraer»; y que la última comunicación comporta una declaración unilateral, además ceñida a la referida autorización que previamente había expedido Embraer.

Por ende, extractó el tribunal, el desenvolvimiento contractual tampoco demuestra intención de las partes de atarse mediante contrato de agencia comercial, conclusión que no se desvanece con el interrogatorio absuelto por la accionada ni el testimonio de Geraldo Cardoso, pues no desvirtúan los anteriores documentos.

3. La misma suerte desestimatoria corrió la agencia mercantil de hecho suplicada, por la inexistencia de elementos probatorios que la pusieran al descubierto, ya que los documentos allegados sólo dejaron ver manifestaciones unilaterales de la reclamante, ajenas a dicho contrato y que no obtuvieron respuesta; porque después del 5 de septiembre de 1998 -fecha en la cual Embraer finiquitó la autorización que había otorgado a RLA- aquella empresa sólo envió tres comunicaciones a ésta solicitándole, en la primera, radicar en el Ministerio de Defensa Nacional la declinación para

participar en la licitación n° 001 de 1999; la segunda, suscrita por persona ajena a Embraer, indica que no era momento de reclamar participación por la eventual compra de aviones Tucano; y en la tercera le recordó que carecía de autorización para promover la enajenación de las aeronaves Súper Tucano, así como que no intervino en la realizada a la cartera ministerial aludida por lo que no podía reclamar comisión alguna.

4. En cuanto atañe al corretaje deprecado, el fallo señaló que las comunicaciones VPM-020 y VPM-021 de 1997 demuestran la autorización extendida por Embraer a la demandante para promocionar la venta de aeronaves EMB-312 Tucano y EMB-314 Súper Tucano con destino a la Fuerza Aérea Colombiana. Sin embargo, con misiva VPM-074 de 1998 fue terminado dicho permiso, con efectos a partir del 5 de septiembre de 1998.

Y a pesar de que la demandante manifestó estar autorizada verbalmente para continuar con ese encargo, tal afirmación no fue probada porque las tres comunicaciones mencionadas en el numeral inmediatamente anterior nada aportan en ese sentido, según el contenido de cada una.

De otro lado, Embraer no aceptó tácitamente la labor que desarrolló RLA, porque omitió responder las manifestaciones e informes que esta le remitió respecto del interés de la FAC por adquirir las naves brasileras, contenidos en fax Lat. 515/99, fax Lat 173/2001, fax Lat 187/2001, fax Lat 332/2001, fax Lat 377/2001, fax Lat

044/2002, fax Lat 066/2002, fax Lat 439/2001, y en los escritos ODG016/2004, ODG039/2004 y ODG258/2004; además dicho silencio no basta para tal propósito porque son necesarios actos materiales que denoten la aceptación tácita; y no pueden tenerse en cuenta los demás documentos allegados con el escrito de reforma a la demanda e invocados en la apelación de la demandante, en tanto dicho libelo fue rechazado.

Tampoco se probó que en diciembre de 2004 se hubiera perfeccionado la venta de los aviones Súper Tucano entre Embraer y la FAC, como se aseveró en la demanda, para habilitar la retribución deprecada, porque la prueba allegada en la última instancia, tras decreto del fallador *ad-quem,* da cuenta de un contrato distinto, celebrado en diciembre de 2005.

5. Por último, en relación con la convención de agencia mercantil para la venta de repuestos y servicios, la comunicación VPM-031 de 1999 acredita ese permiso respecto de los aviones EMB-312 Tucano y EMB-110 Bandeirante de la Fuerza Aérea Colombiana, cuyos términos están contenidos en la carta VPM-032 de 1999; mandato que fue desarrollado hasta el 18 de marzo de 2007 con ocasión de la comunicación VPD-118 de 2006 que así los dispuso, lo cual deja ver que sí existió este acuerdo de voluntades entre los litigantes.

No obstante, la falta de prueba de la venta de repuestos y servicios impide concretar condena alguna por concepto de cesantía comercial.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

La promotora planteó siete cargos, uno invocando la vulneración directa de la ley sustancial, tres por la vía indirecta, y otros tres alegando yerros que aluden las causales tercera, cuarta y quinta de casación previstas en el artículo 336 del Código General del Proceso.

Como quiera que en las censuras fundadas en las causales tercera y quinta de casación se aducen supuestos vicios de actividad no detectados en la providencia auscultada, por ellas iniciará el estudio la Corte, por ser el orden lógico, en la medida en que es de rigor despachar primero los embates que imputan al Tribunal errores *in procedendo*, en tanto la adopción de la sentencia de instancia exigía la ausencia de vicios, no sólo en la conformación de la relación jurídico procesal, también en el procedimiento adelantado.

Agotado el anterior estudio, se proseguirá con el análisis de los demás cargos, los cuales aducen que el fallo fustigado incurrió en yerros de juzgamiento, uno por conculcar el principio constitucional de la *no reformatio in pejus*[1] y los

[1] «*...si lo que pretende es denunciar la trasgresión del algún precepto que determine la forma como el fallador debió juzgar el asunto, y no la manera como debió obrar dentro de la causa, el error por el que debe dolerse ha de ser de los denominados 'in judicando' previstos en las causales primera y cuarta de la aludida norma*», artículo 368 del C.

cuatro restantes por vulnerar la ley sustancial, por vía recta y por la senda indirecta.

TERCER CARGO

Con base en la tercera causal de casación prevista en el artículo 336 del Código General del Proceso, se acusa al fallo de última instancia de incongruente porque el tribunal se pronunció sobre aspectos que no fueron objeto de la censura que planteó la demandante, como apelante exclusiva.

Para desarrollar tal reproche la inconforme indicó que el juzgado *a-quo* concluyó acreditada la relación de corretaje ajustada entre las partes durante los años 1999 a 2004, así como las gestiones que realizó RLA para que Embraer y la Fuerza Aérea Colombiana celebraran el contrato de venta de los aviones Súper Tucano, pero negó la pretensión porque no fue acreditada la celebración del contrato de venta de las aeronaves.

Adicionó que este último aspecto fue objeto del recurso de apelación que incoó contra la sentencia del despacho judicial de primera instancia, en condición de única recurrente, mas no aquellos pues la favorecían, siendo, por ende, vedado para el tribunal analizar si se produjo o no el encargo, el lapso en que transcurrió, ni las gestiones realizadas por la accionante.

---

de P.C., hoy numerales 1, 2 y 4 del canon 336 del C.G. del P. (SC de 25 nov. 1997, rad. 4457).

Sin embargo y desbordando el objeto de la alzada, la providencia de segunda instancia estudió situaciones fácticas ajenas al debate que se le planteó, al colegir que en el expediente estaba ausente la prueba de que el encargo hecho por Embraer a RLA en 1997 se extendió más allá del 5 de septiembre de 1998 o de que aquella entidad, en esta época, tácitamente aceptó las gestiones desplegadas por la reclamante.

Finalizó señalando que este exceso del tribunal tornó incongruente su providencia, por contrariar el artículo 228 del Código General del Proceso, que regula el ámbito sobre el cual debe pronunciarse el fallador de segunda instancia.

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. El artículo 305 de este estatuto procesal civil, equivalente al actual 281 del Código General del Proceso, establece que «*la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las*

excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto al pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta».

De allí se desprende que al juzgador le está vedado imponer condena que supere las súplicas del reclamante, pronunciarse sobre objeto distinto al delimitado por los contendores o por causa diferente a la invocada por ellos, al paso que está obligado a resolver los que sí fueron expuestos; todo sin menoscabo del ejercicio de sus facultades oficiosas.

En relación con esto la Sala ha decantado:

> *(…) son los involucrados en el conflicto, con sus escritos, quienes delimitan el contorno del debate, fijando las pautas a tener en cuenta al momento de desatar la litis y restringiendo, por ende, la labor del funcionario encargado de resolverla. De esa forma, el desconocimiento del querer explicitado se constituye en una irregularidad en la producción del fallo, ya sea por referirse a puntos no sometidos a discusión, acceder a menos de lo pedido o desbordando los alcances esbozados (…) Al respecto la Sala en SC de 18 de diciembre de 2013, rad. 2000-01098-01, precisó que (…) validada la suficiencia del texto de la demanda, mediante su admisión, y concedida la oportunidad de contradecir a aquellos contra quienes se dirige, no puede el funcionario dirimir la disputa por fuera de los lineamientos que le imponen las partes, ya sea al hacer ordenamientos excesivos frente a las expectativas de éstas, al dejar de lado aspectos sometidos a su escrutinio o al resolver puntos que no han sido puestos a consideración, salvo cuando procede en estricto cumplimiento de las facultades oficiosas conferidas por la ley (…) Y en ese mismo pronunciamiento recordó como (…) La Corporación tiene dicho al respecto que '[e]l principio dispositivo que inspira el proceso civil, conduce a que la petición de justicia que realizan las partes delimite la tarea del juez y a que éste, por consiguiente, al dictar sentencia, deba circunscribir su pronunciamiento a lo reclamado por ellas y a los fundamentos de hecho que hubieren delineado, salvo el caso de las excepciones que la ley permite reconocer de oficio, cuando aparecen*

acreditadas en el proceso'. (CSJ SC8410 de 2014, rad. 2005-00304).

Como regla de principio, no incurre en incongruencia el fallador cuando desestima totalmente las súplicas de la demanda, porque tal decisión repele cualquier exceso u omisión en la resolución del debate, habida cuenta que «*(e)ste motivo de impugnación, en principio, es ajeno a los fallos completamente adversos a quien provoca el conflicto, en la medida que brindan una solución íntegra frente a lo requerido y sus alcances totalizadores no dejan campo para la duda o la ambivalencia. En otras palabras, se niega lo que se pide y, por ende, no puede decirse que exista una contradicción por el sólo hecho de que el reclamante insista en un propósito y el funcionario no encuentre soporte al mismo.*» (CSJ SC de 18 dic. 2013, rad. 2000-01098-01).

Sin embargo, excepcionalmente el juez puede incurrir en el vicio de incongruencia -a pesar de desestimar todo lo solicitado-, cuando toma camino ajeno al debatido por los involucrados en la litis, es decir, desconoce abiertamente la situación de facto sometida a su conocimiento y lo pedido con base en esta.

Igual yerro comete el funcionario judicial si tiene por probadas defensas no esgrimidas en tiempo y que eran del resorte exclusivo de una de las partes, como la prescripción, la nulidad relativa y la compensación.

Así lo precisó la Corte al considerar:

> *(...) en el caso de que la decisión absolutoria sea el producto de un desvío considerable de los hechos consignados en el libelo o haciendo caso omiso a los alegatos oportunamente presentados por los intervinientes, desbordando los límites allí trazados al elaborar una interpretación personal del asunto, que dista del querer expreso de las partes, tal proceder constituye un defecto que puede ser objeto de revisión. Lo que también ocurre si se tienen por probadas, de oficio, las defensas que omitió plantear el opositor al apersonarse del proceso, estando a su exclusivo cargo, como sucede con la prescripción, la nulidad relativa y la compensación.* (CSJ SC de 18 dic. 2013, rad. 2000-01098).

Por lo tanto, para la prosperidad de la causal segunda prevista en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, hoy numeral tercero del canon 336 del Código General del Proceso, es menester que el recurrente demuestre un exabrupto palpable entre lo narrado y exigido en la demanda, así como lo planteado en las defensas del oponente, frente a lo que aparece consignado en el fallo, de tal manera que se note de bulto cómo lo decidido es extraño al debate.

3. Otra modalidad de incongruencia corresponde al exceso en que incurre el funcionario judicial de segunda instancia al decidir el recurso de apelación desbordando los temas objeto de la alzada.

Ciertamente, se trata de la aplicación del principio *tantum devolutum quantum appellatum* consagrado en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, hoy 328 del Código General del Proceso, a cuyo tenor «*la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos*

íntimamente relacionados con aquélla.»

Entonces, las facultades del funcionario que conoce de la impugnación interpuesta por un apelante único están restringidas a las recriminaciones exteriorizadas por este, lo cual corresponde al desarrollo del principio de congruencia, en tanto al fallador de segunda instancia le está vedado manifestarse sobre asuntos no propuestos ante él.

Sobre esto la Sala razonó que:

> *«Esta limitación es la expresión de un principio general del derecho procesal, según el cual el juez que conoce de un recurso está circunscrito a lo que es materia de agravios, dado que no está facultado para despojar al apelante único del derecho material que le fue reconocido en la providencia recurrida, y que fue aceptado por la contraparte que no impugnó un extremo del litigio que le desfavoreció. De este modo, lo que no es materia de impugnación se tiene como consentido, sea beneficioso o perjudicial, por lo que la alzada (y de hecho, cualquier recurso) se resuelve en la medida de los agravios expresados.»* (CSJ SC4415 de 2016, rad. 2012-02126).

En la misma providencia esta Corporación concluyó que:

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

4. Sin embargo, la Corte colige impróspero el cargo bajo estudio, en tanto no es absoluta la restricción dirigida al juzgador de segundo grado tendiente a que evite pronunciarse sobre materias no expuestas en la impugnación sometida a su conocimiento, porque el

veredicto en tal sentido denota el cumplimiento de su deber de promulgar el derecho debatido, lo que, por contera, evidencia que se trata de una potestad intrínseca al recurso ordinario de apelación.

En efecto, la resolución de este mecanismo de defensa trae implícitos, además de los reproches incoados por los recurrentes, otros de forzoso pronunciamiento, tal cual lo revela el canon 328 del Código General del Proceso, al señalar que «*[e]l juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante,* ***sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley***». (Destacado ajeno).

En este orden se tiene que, como regla de principio, la decisión del superior está restringida a los argumentos expuestos por el apelante, lo que no obsta para que sentencie sobre temáticas respecto de las cuales el ordenamiento le impone pronunciarse *motu proprio*, por estar íntimamente relacionadas con el asunto sometido a su conocimiento, *verbi gratia*, las restituciones mutuas derivadas de distintas modalidades de decaimiento de un acuerdo de voluntades (CSJ SC 020 de 2003, rad. 6610; SC10097 de 2015, rad. 2009-00241); el deber de reexaminar en juicios coactivos el título ejecutivo aportado a efectos de determinar la cabal concurrencia de sus requisitos (CSJ STC15169 de 2019, rad. 2019-01721; CSJ STC13428 de 2019, rad. 2019-01460); entre otros eventos.

Uno de estos pronunciamientos oficiosos que debe asumir el juzgador *ad-quem* corresponde al señalado en el artículo 282 de la obra en mención, a cuyo tenor *«[e]n cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda».*

Otro lo constituye el análisis de los presupuestos del derecho reclamado por el demandante, sin que este proceder implique la desatención del principio de la congruencia, porque como lo tiene dicho la Corte, *«[d]esde esa perspectiva si lo que pasa por alto el sentenciador es la inexistencia del derecho reclamado, no quiere decir que el fallo sea inconsonante, que sólo se da si no declara de oficio una «excepción» que forzosamente debía reconocer. Esto es, no corresponde a un yerro in procedendo....»* (CSJ SC4574 de 2015, rad. 2007-00600-02).

Es decir, la resolución del derecho reclamado por el demandante, accediendo o negándolo, previamente al estudio de los mecanismos de defensa propuestos por el reo o a los reparos señalados por el recurrente en vía de apelación, no comporta la conculcación del principio de congruencia, por tratarse del cumplimiento del deber de administrar justicia de que está investido todo funcionario judicial, ya de primera instancia ora de segundo grado.

La Corte sobre el punto tiene decantado, aunque en pronunciamiento que refería a la legitimación de las partes pero que guarda simetría con el presente, que «*cuando los sentenciadores de instancia asumen el estudio de la legitimación y determinan su ausencia en relación con alguna de las partes, lo que los lleva a negar la pretensión, están, en estricto sentido, resolviendo oficiosamente sobre los presupuestos indispensables para desatar de mérito la cuestión litigada.*» (CSJ SC2642 de 2015, rad. 1993-05281).

5. En suma, no se configura el vicio de incongruencia cuando el juzgador de segundo grado analiza la satisfacción de los presupuestos de la pretensión radicada por el demandante, aun cuando estos no sean objeto de reparo en la apelación.

CUARTO CARGO

Prevalida del quinto motivo de casación, la recurrente alegó que el fallo del tribunal está viciado de nulidad por falta de competencia funcional, en la medida en que el juzgador colegiado resolvió puntos extraños a los alegados contra la decisión de primera instancia.

En sustento de este reproche la impugnante reiteró los supuestos fácticos que relató en el cargo inmediatamente anterior, jurisprudencia superada de esta Corporación y concluyó que el proceder de su juzgador final se enmarca dentro de la preceptiva plasmada en el artículo 138 del

Código General del Proceso, según la cual el vicio aludido no afecta el trámite del proceso, pero sí el fallo.

CONSIDERACIONES

1. La última causal de casación se configura, necesariamente, cuando ocurre alguna de las causales de nulidad previstas de manera taxativa en el ordenamiento adjetivo y bajo la condición de que no se haya convalidado, expresa o tácitamente.

Sobre el punto la Corte ha dicho que sólo la que genera un grave traumatismo para el pleito por su importancia, expresa consagración legal y ausencia de corrección, justifica que se ordene la repetición de una o varias etapas que ya se encuentran superadas.

En efecto, en sentencia de 5 de diciembre de 2008, rad. 1999-02197-01, reiterada el 20 de agosto de 2013, rad. 2003-00716-01, la Sala indicó:

> *[L]a procedencia de la causal 5ª de casación, por haberse incurrido en alguno de los vicios invalidantes consagrados en el artículo 140 del C. de P. C., supone las siguientes condiciones: 'a) que las irregularidades aducidas como constitutivas de nulidad general existan realmente; b) que además de corresponder a realidades procesales comprobables, esas irregularidades estén contempladas taxativamente dentro de las causales de nulidad adjetiva que enumera el referido artículo 140; y por último, c) que concurriendo los dos presupuestos anteriores y si son saneables, respecto de las nulidades así en principio caracterizadas no aparezca que fueron convalidadas por el asentimiento expreso o tácito de la persona legitimada para hacerlas valer'.*

2. Con base en las anteriores premisas la Sala colige infructuoso el presente reproche, en razón a que no se funda en ningún motivo de invalidación del rito regulado en el artículo 133 del Código General del Proceso, pues se erige, al tenor del escrito casacional, en el canon 138 de esta compilación legal, el cual consagra los efectos de la declaratoria de nulidad del trámite, mas no -se itera- una causal para proceder a la referida anulación.

En efecto, este precepto regula que «*[c]uando se declare la falta de jurisdicción, o la falta de competencia por el factor funcional o subjetivo, lo actuado conservará su validez y el proceso se enviará de inmediato al juez competente; pero si se hubiere dictado sentencia, ésta se invalidará.*»

Se desprende de la norma transcrita, por ende, la consagración de las secuelas producto de la invalidación que respecto del juicio o una parte de este declara el funcionario judicial, pero en manera alguna allí se consagró un motivo para proceder a dicha abolición.

3. Ahora, sobre la nulidad por ausencia de competencia funcional, mencionada en el cargo bajo estudio, esta Corte tiene sentado que:

> *Como bien se sabe, para la distribución de la competencia entre los distintos funcionarios judiciales, deben tenerse en cuenta ciertos criterios que en el derecho procesal se conocen como factores determinantes de competencia, uno de los cuales es el funcional, referido al repartimiento vertical o por grado de la competencia, en consideración a estadios procesales. Sin duda alguna, la noción distintiva entre jueces* a quo *y* ad quem, *nace de la aplicación de este criterio distributivo, porque entre uno de sus*

roles está, precisamente, el de poner en vigencia el principio constitucional de la doble instancia, según el cual al superior jerárquico funcional le corresponde conocer, entre otros, del recurso de apelación interpuesto contra las providencias dictadas por sus inferiores...

...ese conocimiento del 'superior', juez de segunda instancia, surge con ocasión de la presencia de las condiciones que el legislador ha establecido para la adquisición de esa competencia (funcional); exigencias que no son otras distintas a las señaladas por los arts. 351 y 352 ibídem, como requisitos para la concesión y admisibilidad del recurso de apelación, a los cuales deben aunarse los generales para todo recurso, siendo en su totalidad los siguientes: a) que la providencia sea apelable; b) que el apelante se encuentre procesalmente legitimado para recurrir; c) que la providencia impugnada cause perjuicio al recurrente, por cuanto le fue total o parcialmente desfavorable, y d) que el recurso se interponga en la oportunidad señalada por la ley, consultando las formas por ella misma establecidas. (CSJ SC 22 sep. 2000, rad. 5362).

En este orden, el concepto de competencia funcional alude a la distribución de los procesos entre jueces de primera instancia, de segunda y la Corte de Casación, respecto de lo cual se tiene dicho que «[e]*n virtud del factor funcional en estricto sentido, que es el que aquí interesa, el legislador toma en cuenta la diversa índole de las funciones que deben cumplir los jueces que intervienen en las distintas instancias de un mismo proceso (competencia por grados), de modo que habrá jueces de primera y de segunda instancia; pero se sabe además que el Código de Procedimiento Civil colombiano aplica el factor funcional según la clase de función que el juez desempeña en un proceso, distinta del grado, y así por ejemplo tiene la Corte competencia funcional para conocer del recurso de casación o de revisión.*» (CSJ SC de 26 jun. 2003, rad. 7258).

Tal cual brota de los anteriores conceptos, para

esclarecer si ocurrió el vicio de nulidad por falta de competencia funcional basta con escudriñar si el funcionario conocedor de la impugnación es el asignado legalmente para desatarla, es decir, el instituido conforme al ordenamiento procesal para dictar el fallo de segunda instancia.

Por ende, cuando el juzgador asume el estudio de temas ajenos a los expuestos por el apelante no incurre en el vicio de nulidad por falta de competencia funcional, porque se trata de un aspecto de la contienda extraño a tal atribución.

Dicho en otros términos, son institutos procesales disímiles la competencia funcional del funcionario judicial de segunda instancia para conocer de un determinado litigio, y la aplicación del principio *tantum devolutum quantum appellatum* que prevé las potestades de que él está investido al momento de dictar la sentencia de cara a las alegaciones expuestas en el recurso de apelación.

De allí que sobre esta conducta esta Corporación tiene señalado que la causal de nulidad «*no puede confundirse con las deficiencias o excesos que pueda tener el contenido de la sentencia, y que dicen relación a su fundamentación jurídica o probatoria, a la razonabilidad de sus conclusiones o, en fin, a cualquier tema relacionado con el fondo de la controversia*». (CSJ SC4415 de 2016, rad. 2012-02126).

4. Por consecuencia, la acusación está conminada al fracaso pues el pronunciamiento del fallador de segunda instancia, sobre aspectos diferentes a los alegados por el

recurrente en apelación, no constituye vicio de nulidad previsto en el ordenamiento adjetivo.

Además, como anotó la Corte en el cargo inmediatamente anterior, ese proceder ni siquiera comporta exceso, en la medida en que en el *sub lite* el juzgador de última instancia sólo acometió el análisis de los presupuestos de la pretensión reclamada, en cumplimiento de su deber de promulgar el derecho debatido, como potestad intrínseca al recurso ordinario de apelación.

5. Lo dicho impone concluir que el ataque no prospera.

SEGUNDO CARGO

Al amparo de la causal cuarta de casación prevista en el artículo 336 del Código General del Proceso, se acusa al fallo del tribunal de hacer más gravosa la situación de la apelante única, en contravención de los artículos 31 de la Constitución Política, 328 de aquella obra y 357 del Código de Procedimiento Civil.

En apoyo a tal censura la recurrente aduce que, en cuanto atañe a la pretensión subsidiaria a través de la cual deprecó reconocer que las partes celebraron un contrato de corretaje, el fallador de primera instancia concluyó acreditada tal relación entre los años 1999 a 2004, así como las gestiones que realizó RLA para que Embraer y la Fuerza Aérea Colombiana celebraran el contrato de venta de los aviones Súper Tucano.

Se trataba, agregó, de aspectos pacíficos que la favorecían, como única recurrente en apelación, por lo cual eran intangibles para el juzgador de segundo grado, quien sólo debía examinar el presupuesto echado de menos por el fallador *a-quo* para acceder a la aludida pretensión subsidiaria, esto es, la celebración del contrato de venta de las aeronaves.

Sin embargo, el juzgador *ad-quem* volvió a ocuparse de aquellas particularidades al colegir que en el expediente estaba ausente la prueba de que el encargo hecho por Embraer a RLA en 1997 se extendió más allá del 5 de septiembre de 1998 o que aquella entidad, en esta época, tácitamente hubiera aceptado las gestiones desplegadas por la reclamante.

Por ende, el fallo conculcó innecesariamente la prohibición de la *no reformatio in pejus*, máxime cuando el apelante no podía combatir conclusiones que le favorecieron pues este proceder carecería de sentido, y sin que el yerro pueda calificarse de vano por no estar reflejado en el acápite resolutivo de la sentencia, en razón a que dicho proveído debe ser observado armonizándolo con su parte motiva, como lo tiene sentado la doctrina.

Así las cosas, culminó la recurrente, el mandato legal y constitucional que prohíbe al fallador de segundo grado reformar la sentencia apelada, también debe aplicarse respecto de los considerandos de dicha decisión, salvo que se

trate de aspectos necesarios de alteración desde el punto de vista lógico.

CONSIDERACIONES

1. El derecho procesal patrio, en cuanto alude al ordenamiento que rige los conflictos entre particulares, se caracteriza por ser dispositivo, muestra de lo cual es, entre otras, que la actividad del juzgador de segunda instancia es limitada, porque así lo regulaba el inciso inicial del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, al señalar que «*la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla...*»

Tal canon, erigido a rango constitucional con la promulgación de la Carta Política de 1991, al consagrar que «*[e]l superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único*» (art. 31, inc. 2°), conserva vigencia en el actual estatuto adjetivo, a cuyo tenor «*[e]l juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos en la ley.*» (Art. 328, inciso inicial, C.G.P.).

Pues bien, la doctrina de esta Corte tiene sentado de antaño -en pronunciamientos que guardan vigencia- que se

conculca el principio de la *no reformatio in pejus*, que prohíbe modificar la providencia en contra del único recurrente, cuando concurren las siguientes exigencias: «*a) vencimiento parcial de un litigante, b) apelación de una sola de las partes, porque la otra no lo hizo ni principal ni adhesivamente, c) que el juez de segundo grado haya empeorado con su decisión la situación del único recurrente, y d) que la reforma no verse sobre puntos íntimamente relacionados con lo que fue objeto de la apelación.*» (CSJ SC 165 de 2000, rad. 5405; reiterada en SC de 5 jul. 2011, rad. 2000-00183-01 y SC de 14 dic. 2011, rad. 2001-01489-01, entre otras).

Por ende, con el fin de establecer si un proveído de segunda instancia transgredió la regla fundamental de marras, primordial resulta fijar la mirada en su parte resolutiva, en tanto de dicho acápite debe extraerse cuál interviniente resultó vencido en el litigio y si la derrota fue total o parcial.

Para este propósito irrelevante es centrar la atención en la motivación de la sentencia, pues una derrota total no varía porque se haga con un razonamiento o con otro, en razón a que, al fin y al cabo, en ambos eventos se está ante un fracaso íntegro.

Efectivamente, el agravio prohibido debe buscarse en la parte resolutiva del fallo, aspecto sobre el cual ha destacado la Sala que es allí «'*donde debe buscarse el desbordamiento de la limitación que impide al juzgador hacer más gravosa la condición del único apelante, y no en su parte expositiva (...)*'

y '(...) *si en dicho pronunciamiento se confirmó íntegramente la decisión de primer grado, es decir, se mantuvo por el ad-quem lo allí resuelto, sin variación, no hay manera de afirmar que hizo más difícil, para el apelante, la situación establecida por el sentenciador de primera instancia, circunstancia que obvia y necesariamente excluye una acusación por esa causa'.*» (CSJ SC de 4 may. 2005, rad. 2000-00052-01; SC de 14 dic. 2006, rad. 2000-00194-01; SC12024 de 2015, rad. 2009-00387-01, entre otras).

2. Lo dicho traduce que en el *sub judice* no se configuró la transgresión alegada en el cargo bajo estudio, en la medida en que la sentencia de primera instancia desestimó en su totalidad las pretensiones de la demandante dirigidas a la declaratoria de existencia de un contrato de corretaje ajustado con la convocada, lo que confirmó el tribunal.

Por lo tanto, esta resolución no hizo más gravosa la situación que habría proclamado el juzgador de primer grado, lo que revela, sin más, lo infundado del cargo bajo estudio por lo que así se declarará.

QUINTO CARGO

1. Fundada en el segundo motivo de casación regulado en el canon 336 del Código General del Proceso, la demandante endilgó al fallo de segunda instancia la violación, por vía indirecta, de los artículos 822, 824, 854, 870 a 871, 1340 a 1341, 1344 del Código de Comercio, 1506, 1546, 1602 a 1603, 1618, 1622 inciso final, 1626 y 1627

inciso final del Código Civil, como consecuencia de error de derecho en la valoración del acervo probatorio, infringiendo de por medio las normas 167, 174 a 177, 187, 208 inciso 5° del Código de Procedimiento Civil.

2. En apoyo del reproche afirmó que no fueron valoradas en conjunto, como lo prevé el artículo 187 de esta obra, las siguientes pruebas que acreditan el contrato de corretaje descrito en la demanda:

2.1. Las comunicaciones, enviadas por la accionante a la enjuiciada, ODG-080 de 19 de agosto de 1998, contentiva del informe respecto de la gestión desplegada ante entidades como la FAC, Aires y Sam en el primer semestre de ese año; fax LAT 732 de 6 de agosto de 1998, fax LAT 703 de 23 de septiembre de 1998, con los cuales se pretendía concretar una reunión con la FAC; fax LAT 515 de 1999, contentivo de información sobre la oferta de compra de aeronaves emanada del Ministerio de Defensa; fax LAT 173 de 4 de mayo de 2001, fax LAT 187 de 2001; fax LAT 247 y 248 de 28 de junio de 2001, con los que informó acerca de la intención del gobierno colombiano de adquirir aviones tácticos nuevos; fax LAT 267 de 18 de julio de 2001, reportando la aprobación del Conpes sobre un empréstito para la compra de 24 aviones militares; fax LAT 332 de 14 de septiembre de 2001, informando sobre las personas que en la FAC estaban encargadas de la logística para esta adquisición; fax LAT 377 de 11 de octubre de 2001, contentivo de la transmisión de una solicitud de informe de la FAC acerca de los aviones Tucano; fax LAT 439 de 7 de diciembre de 2001, fax LAT 044 de 12 de febrero de

2002, informando sobre el interés de la FAC en adquirir aeronaves militares y la necesidad de suministrarle datos; fax LAT 066 de 5 de marzo de 2002, enterando quiénes fueron las personas que conformaron el comité encargado de seleccionar los aviones tácticos y de comentarios de altos mandos militares; cartas ODG 115 de 3 de mayo de 2002, reportando la aprobación del inicio del proceso de contratación de 24 aeronaves de combate; ODG 016 de 26 de enero de 2004, comunicando las gestiones realizadas con la Jefatura de Operaciones Logísticas de la FAC; ODG 039 de 8 de marzo de 2004, reiterando la posibilidad de que Colombia adquiriera aviones tácticos; ODG 258 de 26 de octubre de 2004 y ODG 279 de 9 de diciembre de 2004, con las que mantuvo a la demandada sobre el estado del proceso de venta de los aviones.

2.2. Las misivas remitidas por Embraer a RLA, como la número DP-134 de 15 de septiembre de 1998, con la que aquella entidad manifestó su enteramiento acerca de las actividades desarrolladas por la intermediaria y su deseo de que culminaran satisfactoriamente; el correo electrónico de 16 de octubre de 1998 así como la carta GVI de 23 de octubre de 1998, con los cuales Eduardo Munhos de Campos, en su orden, intentó concretar una visita a los mandos militares colombianos y confirmar un encuentro con el presidente comercial de Embraer; la carta VPM de 26 de noviembre de 1998, VPM 120 de 22 de septiembre de 1999, GVI 257 de 22 de septiembre de 1999; VPM 141 de 1999 y GVI 311 de 17 de noviembre de 1999, con las cuales Embraer agradeció al Ministerio de Defensa de Colombia la invitación que le hizo

para suministrar dos aviones de patrullaje marítimo, radicada a través de RLA.

2.3. El fax 2602 de 10 de octubre de 2001 remitido por el Ministerio de Defensa de Colombia a la demandante para que le informara sobre las líneas de producción de Embraer respecto del avión Tucano, y el correo electrónico de 26 de diciembre de 2005 enviado a RLA por el Director de la Agencia de Compras de la Fuerza Aérea Colombiana, informándole quién era la persona encargada de gestionar el pago del precio de los aviones Súper Tucano que habían sido adquiridos.

2.4. Y el testimonio de Gilberto Franco Vásquez, quien fungió como comandante de la Fuerza Aérea Colombiana y relató que para la recepción de una propuesta de enajenación de aeronaves era necesario para quien la radica acreditarse ante el Ministerio de Defensa, lo cual realizó el representante legal de la demandante en nombre de Embraer.

3. Añadió la recurrente que también erró de derecho del juzgador colegiado por excluir los documentos relacionados, porque si bien fueron aportados con el escrito de reforma a la demanda y esta fue rechazada, posteriormente quedaron incorporados en el interrogatorio de 28 de febrero de 2013 que absolvió su representante legal, en los términos del inciso 5° del artículo 208 del Código de Procedimiento Civil, pruebas que dan cuenta del encargo que hizo Embraer a favor de RLA para actuar como su intermediario, que perduró

más allá del 5 de septiembre de 1998 y hasta cuando se celebró la venta de los 24 aviones Súper Tucano.

Esos medios de convicción, refirió la reclamante, también muestran que cumplió con su labor, pues acercó a la demandada con la FAC, le brindó información valiosa, confidencial, la mantuvo al tanto del proceso que adelantó esta y que derivó en la adquisición de los 24 aviones Súper Tucano mencionada en la demanda, por último, acreditan que Embraer aceptó tácitamente su gestión, según dan cuenta especialmente los documentos DP-134/98, el correo electrónico de 16 de octubre de 1998, las cartas GVI de 23 de octubre de 1998, VPM de 26 de noviembre de 1998, GVI 257 de 22 de septiembre de 1999 y GVI 311 de 17 de noviembre de 1999.

4. Del mismo modo erró el tribunal al no apreciar en conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica los siguientes elementos suasorios, con los que probó el derecho de aquella a obtener remuneración por la venta que esta hizo a la FAC de 24 aviones Súper Tucano:

4.1. Los documentos enviados por la demandante a la convocada e identificados como fax LAT 247 de 28 de junio de 2001, fax LAT 248 de 28 de junio de 2001, que muestran la cantidad de aviones que deseaba adquirir la FAC; fax LAT 044 de 12 de febrero de 2002 y fax LAT 066 de 5 de marzo de 2002, contentivos de las especificaciones deseadas para las aeronaves; cartas ODG 115 de 3 de mayo de 2002, ODG 016 de 26 de enero de 2004, ODG 279 de 9 de diciembre de 2004,

con las cuales la demandante informó del renacimiento del deseo del gobierno colombiano por adquirir esos aviones; ODG 039 de 8 de marzo de 2004; ODG 258 de 26 de octubre de 2004, que da cuenta de la fecha en la cual se pretendía llevar a cabo la negociación.

4.2. El contrato 01/05 CE-MDN-FAC que contiene la adquisición de los 24 aviones Súper Tucano realizada por la FAC a Embraer, sin que fuera relevante la fecha de este, para efectos de tasar el pago de la comisión solicitada.

5. Las aludidas falencias, remató la entidad casacionista, incidieron en la desestimación de sus pretensiones dirigidas al reconocimiento del contrato de corretaje ajustado con la convocada, en contravía del artículo 1602 del Código Civil en relación con el 824 del Código de Comercio que posibilita a los comerciantes expresar su voluntad de cualquier modo inequívoco, inclusive tácitamente por mandato de los artículos 854 *ídem* y 1506 del Código Civil, al no observar que con posterioridad al 5 de septiembre de 1998 Embraer consintió las actividades de intermediación que realizó RLA relacionados con la venta de aeronaves a las FAC.

El juzgador *ad-quem* igualmente conculcó las reglas 1618 y 1622 del Código Civil, porque dejó de lado la intención clara de las partes y la aplicación práctica de su convenio; los artículos 1340, 1344 y 1341 del estatuto mercantil que regulan el concepto de corredor, sus deberes y el derecho a su remuneración en concordancia con los cánones 1626 y

1627 del Código Civil; los cánones 870 de esta obra y 1546 de aquella que consagran el derecho del contratante cumplido a pedir lo propio de su contraparte; 871 del Código de Comercio y 1603 del estatuto civil que imponen a las partes obrar de buena fe en todos sus actos.

CONSIDERACIONES

1. En relación con el contrato de corretaje, esta Sala recientemente precisó que «*es un contrato en virtud del cual una parte llamada corredora, experta y conocedora del mercado, contrae, para con otra denominada cliente, encargante o proponente, a cambio de una comisión, la obligación de gestionar, promover, inducir y propiciar la celebración de un negocio poniéndola en conexión con otra u otras, sin tener vínculos de colaboración, dependencia, mandato o representación con alguna de ellas.*» (CSJ SC008 de 2021, rad. 2016-00293-01).

Y respecto de sus contornos expresó:

> *En cuanto hace a su tipología, en la legislación patria, el corretaje, entre otras características, es contrato con tipicidad legal por su disciplina legis; bilateral o de prestaciones correlativas al generar obligaciones para ambas partes contratantes; oneroso y conmutativo; principal porque su existencia no pende de otro u otros negocios, tampoco del finalmente celebrado por las partes acercadas del cual es un tipo diverso, autónomo e independiente; en principio, paritario o de libre discusión; consensual o de forma libre, y aun cuando prepara, facilita o propicia la celebración de otro negocio, no es contrato preliminar o preparatorio por no crear para el corredor, ni el encargante, prestación de hacer o de celebrar un negocio, sino buscar, aproximar y contactar interesados en su celebración.* (CSJ SC 14 sep. 2011, rad. 2005-00366-01).

Por ende, como regla de principio, el corredor tiene derecho a percibir la remuneración convenida si el encargante celebra el negocio jurídico por aquel procurado, lo cual le exige acreditar que tal acto sucedió con ocasión a su gestión, siendo indispensable para ese propósito la relación entre la labor promocionada y la realizada por el encargante y el tercero acercado a este.

En otros términos, forzoso resulta probar la relación de causa y efecto entre su gestión y el vínculo jurídico concertado por las personas que él juntó.

De allí que esta Corporación doctrinara que el corredor logra derecho a retribución por su labor cuando se cumplen los siguientes presupuestos:

> *a) que el comitente haya solicitado o aceptado los servicios del intermediario para efectuar determinado negocio; b) que el corredor haya efectuado gestiones idóneas para el logro del encargo; c) que como consecuencia de las gestiones efectuadas por el corredor, se haya concluido el negocio con el comitente con el tercero, salvo revocación abusiva del encargo.* (SC de 13 abr. 1955, GJ LXXX, 13, reiterada en CSJ SC008 de 2021, rad. 2016-00293-01).

2. 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 esta 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 exponer:

> *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. n° 2004-00469-01).

La segunda modalidad, el yerro de *iure*, se configura en el escenario de la diagnosis jurídica de los elementos de prueba, al ser desconocidas las reglas sobre su aducción e incorporación, el 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).

Ahora, el error de derecho por omisión del juzgador en valorar en conjunto del acervo probatorio, en desmedro del mandato contenido en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, que hoy corresponde al canon 176 del Código General del Proceso -invocado en el cargo bajo estudio- se configura cuando el juez aprecia aisladamente los elementos suasorios, en contravía de lo que arrojaría ese mismo acervo con una mirada integral y concordante.

Por consecuencia, no constituye falencia de derecho la valoración que desde el punto de vista objetivo realice el funcionario judicial, porque esta ponderación se ubica en el campo fáctico, esto es, propia del error de hecho.

Tal precisión ha sido decantada por esta Corporación, al señalar que:

(...) cuando se achaca un yerro de jure por la infracción del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, como tiene dicho la Sala, "en procura de que ese error aparezca, debe el impugnante demostrar que la tarea evaluativa de las distintas probanzas cumplida por el sentenciador se llevó a cabo al margen del análisis de conjunto pedido en el artículo 187, o sea, poniendo de manifiesto cómo la apreciación de los diversos medios lo fue de manera separada o aislada, sin buscar sus puntos de enlace o de coincidencia. Ese y no otro debe ser el criterio a seguirse cuando de individualizar este tipo de yerro se trata. En consecuencia, si, con prescindencia de las conclusiones obtenidas en el campo de los resultados de la prueba, pues es asunto que cae en el terreno rigurosamente fáctico, la referida tarea valorativa se ciñó a la norma citada, no será admisible la prédica de la sustitución del examen de conjunto realizado por el sentenciador por el que proponga el recurrente. Expresado de otra manera, se debe tener un cuidado sumo para que el planteamiento no derive hacia el

aspecto de la objetividad de los hechos pues en éste la cuestión queda ya bajo el influjo del error de hecho que como se sabe tiene una naturaleza distinta a la del error de derecho (CSJ SC067 de 4 mar. 1991, rad. 4102; reiterada en SC4809-2014 y SC9721 de 2015, rad. 2002-00566).

Tal cual se desprende de las anteriores premisas, son tres los requisitos para que el juez incurra en el error de derecho por no valorar las pruebas en conjunto: 1°) que aprecie el material; 2°) que dicho análisis se haga de forma dispersa o disgregada; y 3°) que se extracte una conclusión diversa a la que dejaría el mismo análisis hecho integralmente.

Entonces, el punto de partida para que el fallador incurra en el error de derecho por no valorar el acervo probatorio en conjunto es que efectivamente haya apreciado las pruebas, pues de no hacerlo podría incurrir en otro tipo de falencia, bien puede tratarse de un yerro de hecho por pretermisión o incluso un error de derecho pero en otra modalidad, por vía de ejemplo, cuando omite estimar ese material por considerar que no fue incorporado al plenario en cabal forma.

Es decir, si el juzgador no valora determinados medios de prueba -al margen del motivo para tal omisión- no puede incurrir en el yerro de derecho por estimarlos de forma aislada porque -itérase- ni siquiera los evaluó.

3. Aplicadas las anteriores nociones al cargo bajo estudio emerge su desacierto, en tanto critica al tribunal por no haber apreciado en conjunto los documentos en él

relacionados, pero la lectura de la sentencia atacada deja al descubierto que el juzgador *ad-quem* ni siquiera los estimó, lo cual descarta, de entrada, que hubiera cometido aquel yerro de *iure* en su apreciación.

En efecto, esa Colegiatura, en el estudio de las súplicas de Importaciones, Exportaciones y Representaciones Latinoamericanas tendientes al reconocimiento del contrato de corretaje, a nota a pie de página explicó que:

> «No pasa inadvertido para la Sala que en el escrito de alzada RLA pretendió probar, respaldada en los facsímiles de 2 y 11 de junio de 1997, así como en otro de 25 de enero de 2001, una comunicación de 8 de marzo de 2004, otro más de 9 de diciembre de dicho año, un correo electrónico de 17 de junio de 2005, una misiva de 15 de noviembre de 2006 y su respuesta emitida el 14 de diciembre siguiente; documentos todos que se allegaron junto a la reforma a la demanda, los cuales no pueden ser valorados, justamente por haberse rechazado tal actuación. Memórese que conforme al artículo 174 del C. de P.C., toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente aportadas al proceso; a cuyo respecto, entre muchos otros pronunciamientos, se refirió la Corte Constitucional en sentencia C-070 de 1993 en los siguientes términos: ....» (Folio 144, cuaderno del Tribunal).

Esto muestra que la corporación de segunda instancia excluyó de análisis el material probatorio descrito en el cargo -salvo el testimonio de Gilberto Franco Vásquez y el contrato 01/05 CE-MDN-FAC- por considerar que no fue aportado al plenario en oportunidad probatoria regulada en el ordenamiento adjetivo.

Por lo tanto, desvirtuado trasluce el error de derecho endilgado a la sentencia criticada, pues tal queja se fundó en que el juzgador de última instancia no valoró en conjunto ese

acervo probatorio, sino que lo hizo de manera disgregada; cuando realmente ni siquiera lo apreció, esto es, ni aisladamente ni en conjunto.

4. De otro lado, no desconoce la Corte el señalamiento de la recurrente, lacónico, acerca de que los documentos referidos en su reproche los aportó con su reforma a la demanda y que -a pesar del rechazo de este libelo modificatorio- a la postre fueron incorporados en el interrogatorio de 28 de febrero de 2013 que absolvió su representante legal, tesis con la cual aduce que el error de derecho igualmente se dio por no tener en cuenta que la prueba fue incorporada al expediente de forma regular.

Pues bien, este alegato paralelo, según el cual hubo yerro de *iure* por la indebida aplicación de las normas sobre aducción de los elementos suasorios, tampoco se encuentra estructurado, porque los aludidos elementos de convicción no fueron incorporados al plenario en el interrogatorio absuelto por la demandante, a través de su representante legal, como erradamente lo afirma la recurrente, pues una mirada del acta contentiva de dicha diligencia judicial denota que este extremo del litigio no los presentó o anunció en los términos del inciso 5° del artículo 208 del Código de Procedimiento Civil vigente para la época, a cuyo tenor «*[l]a parte podrá presentar documentos relacionados con los hechos sobre los cuales declara, los que se agregarán al expediente y se dará en traslado común por tres días, sin necesidad de auto que lo ordene*».

Ciertamente, en la referida audiencia se cuestionó a la accionante acerca de si «*con posterioridad al 5 de septiembre de 1998 RLA dentro del marco de sus relaciones comerciales con EMBRAER continuo* (sic) *enviando correspondencia a EMBRAER*», a lo cual su representante legal contestó, literalmente, que «*Si,* (sic) *es cierto. Documentos contenidos en el cuaderno AZ-1 de los anexos aportados con la reforma de la demanda*», pero sin anunciar su incorporación al plenario porque únicamente los describió. (Acta de 28 de febrero de 2013, folio 594, cuaderno 4 que corresponde a la continuación del número 1).

Es decir, el absolvente dio por sentado que los aludidos instrumentos fueron agregados al legajo con el escrito modificatorio de la demanda -a pesar de que este fue rechazado- y fundado en ese error de convicción omitió anunciarlos en el interrogatorio de parte que estaba contestando.

Consecuentemente, no ocurrió el yerro de derecho invocado, en razón a que, como lo aseveró el tribunal, las aludidas piezas documentales fueron aportadas con la reforma a la demanda, pero esta fue repelida mediante auto de 6 de septiembre de 2012, confirmado por el estrado judicial de última instancia el 18 de noviembre de 2013; y a pesar que la promotora alegó haberlos presentado en el interrogatorio que absolvió, lo cierto es que dicha afirmación queda desvirtuada al observar el acta contentiva de dicha audiencia.

5. Ahora bien, en relación con la valoración del testimonio de Gilberto Franco Vásquez y el contrato 01/05 CE-MDN-FAC, la Sala colige que el tribunal no incurrió en la falencia de derecho a él imputada, esto es, que dejara de estimarlos en conjunto con los demás elementos de convicción.

Esto, por cuanto el juzgador *ad-quem* fundó la desestimación de la súplica tendiente al reconocimiento del contrato de corretaje en que Embraer no aceptó tácitamente la labor que desarrolló RLA, porque omitió responder las manifestaciones e informes que esta le remitió respecto del interés de la FAC por adquirir las naves brasileras; amén de que tal silencio no basta, porque son necesarios actos materiales que denoten la aceptación tácita.

Los dos elementos persuasivos aludidos (testimonio de Gilberto Franco Vásquez y contrato 01/05 CE-MDN-FAC), nada revelan en relación con la manifestación de Embraer extrañada por el juez colegiado, pues el primero sólo muestra que en el estamento militar colombiano se identificó a RLA como mediador de Embraer cuando el declarante estuvo vinculado a esa institución a título de comandante de la Fuerza Aérea -que lo fue hasta el año 1988 (folio 612 a 614, cuaderno 4)-, pero no en la época objeto de debate; al paso que el pacto 01/05 CE-MDN-FAC únicamente consagra el acuerdo de voluntades relacionados con la enajenación de los aviones Súper Tucano, sin indicar quién o quiénes desarrollaron labores previas para su suscripción.

Por este sendero, entonces, tampoco se observa la comisión del defecto enrostrado al juzgador de última instancia.

6. Total, el cargo es impróspero porque la falencia de *iure* en él aducida no ocurrió.

SEXTO CARGO

1. Invocando la segunda causal de casación prevista en el canon 336 del Código General del Proceso, la demandante endilgó al fallo de segunda instancia la violación, por vía indirecta, de los artículos 822, 824, 854, 870 a 871, 1340 a 1341, 1344 del Código de Comercio, 1506, 1546, 1602 a 1603, 1618, 1622 inciso final, 1626 y 1627 inciso final del Código Civil, como consecuencia de error de hecho en la valoración del acervo probatorio.

2. Se estructura el reproche en que el tribunal recortó el contenido objetivo de los siguientes documentos: del fax LAT 515 de 1999, del fax LAT 173 de 4 de mayo de 2001, del fax LAT 187 de 2001, del fax LAT 267 de 18 de julio de 2001, del fax LAT 332 de 14 de septiembre de 2001, del fax LAT 377 de 11 de octubre de 2001, del fax LAT 439 de 7 de diciembre de 2001, del fax LAT 044 de 12 de febrero de 2002, del fax LAT 066 de 5 de marzo de 2002, y las comunicaciones ODG 016 de 26 de enero de 2004, ODG 039 de 8 de marzo de 2004 y ODG 258 de 26 de octubre de 2004; así como que pretirió el restante material suasorio relacionado en el cargo

inmediatamente anterior, salvo el fax LAT 732 de 6 de agosto de 1998.

3. Adicionó que la sentencia criticada igualmente se equivocó al interpretar la demanda, porque en la descripción del contrato de venta de aviones Súper Tucano respecto del cual se deprecó el reconocimiento de labores de corretaje desplegadas por la accionante, no se limitó a un pacto específico suscrito en diciembre de 2004, como lo coligió el funcionario judicial de última instancia, no obstante que el libelo genitor del litigio sí incurrió en un «*error de transcripción*» al plasmar tal fecha, lo que sólo muestra un «*simple error de digitación*».

Muestra de la pifia interpretativa aludida, añadió la impugnante, es que el poder especial que confirió al profesional del derecho que inició el pleito sí señala que el aludido contrato de venta de aeronaves data del mes de diciembre de 2005, lo cual concuerda con lo relatado en ese libelo; y porque en el año 2004 la FAC no celebró con Embraer ninguna otra alianza que tuviera por objeto la compra de aeronaves.

4. Y agregó igual argumentación a la plasmada en el reproche quinto de casación, relativa a las conclusiones que de ese material de convicción debió extraer el fallador de segunda instancia, así como a la conculcación de la ley sustancial derivada de aquellas supuestas fallas.

CARGO PRIMERO

1. Erigida en la primera causal de casación prevista en el artículo 336 del Código General del Proceso, adujo que el fallo atacado vulneró por vía directa los artículos 822, 824, 854, 870 a 871, 1340 a 1341, 1344 del Código de Comercio, 1501 a 1502, 1506, 1546, 1602 a 1603, 1618, 1622 inciso final, 1626 y 1627 inciso final del Código Civil.

2. Funda su descontento en la afirmación del tribunal, según la cual el corredor que acata un acuerdo de corretaje no tiene derecho a percibir la remuneración «*cuando el contrato cuya correduría pregonaba se celebraba en época distinta a la indicada en la demanda*», puesto que, conforme a la jurisprudencia, para que sea exigible ese débito le basta demostrar que favoreció el acercamiento entre quien le hizo el encargo y el potencial contratante de este, sin que la retribución quede sujeta a la celebración del negocio en una fecha concreta, porque este aspecto temporal no es un requisito de la esencia del negocio gestionado, al tenor del artículo 1501 del Código Civil.

Añadió que la interpretación del tribunal es contraria al espíritu del artículo 1341 del estatuto mercantil, porque implica afirmar que el retardo en la celebración del negocio por quien hizo el encargo, o el cambio de las condiciones inicialmente divulgadas por este, truncan la remuneración del mediador, lo cual equivale a crear un requisito no previsto para dicho pago, cual es el de precisar fecha exacta en la cual su comendador deberá suscribir el convenio.

CONSIDERACIONES

1. Los cargos primero y sexto serán estudiados conjuntamente, en la medida en que su resolución se valdrá de consideraciones comunes, en razón a que ambos tienen un reproche igual frente a la sentencia del Tribunal, relacionado con la fecha en la cual fue celebrado el contrato de compra de aeronaves entre Embraer y el Ministerio de Defensa Nacional.

2. Ahora bien, en lo que atañe a los errores de hecho imputados al tribunal en el cargo sexto respecto de la valoración del acervo probatorio, recuérdese, porque viene al caso, que dicha falencia se presenta cuando el funcionario basa su decisión en un material inexistente (suposición), omite el que sí obra (pretermisión) o deforma el contenido de lo que este refleja (tergiversación).

Efectivamente, para que el fallador incurra en el segundo de esos yerros fácticos, esto es, dejar de ver un material probatorio, es indispensable que este se encuentre incorporado al litigio en debida forma, de donde se colige que si fue rechazado porque su aducción quedó impura -como se declaró en el *sub lite* mediante proveído debidamente ejecutoriado- no se configura la omisión en la valoración del acervo probatorio, pues el rechazo de que fue objeto equivale a afirmar que las piezas de convicción no existen para la contienda.

De donde el juez no incurre en error de hecho, en ninguna de sus modalidades, cuando excluye una pieza de convicción por considerar que fue incorporada irregularmente al juicio, en tanto que en este supuesto el juzgador sí la vio pero la rechazó, lo cual descarta que la haya omitido; tampoco la supuso porque sí obraba en el plenario, aunque de forma irregular según consideró; ni la deformó porque ni siquiera valoró su contenido.

Así las cosas y de cara al *sub lite*, emana que son inexistentes los errores de hecho imputados al tribunal en este nuevo reproche casacional, en tanto que, tal cual se dejó anotado en las consideraciones del cargo inmediatamente anterior, el acervo probatorio de índole documental en que la demandante erige su inconformidad fue excluido expresamente, habida cuenta de su agregación inoportuna al expediente.

Por ende, no se configuró el requisito *sine qua non* para que el juzgador hubiera incurrido en el error de hecho que se le imputa, como es que la documental reseñada estuviera acopiada en legal forma al plenario, llevando a concluir que tampoco pudo incurrir en el referido desatino.

En suma, son irreales los yerros fácticos enarbolados por la promotora del pleito respecto del material probatorio que con detalle describió.

3. En relación con la supuesta interpretación errada de la demanda atribuida al fallo de instancia, fundamentada por

la inconforme en que el juzgador *ad-quem* no debió acoger el tenor literal de su pretensión según el cual el contrato de compra de las aeronaves Súper Tucano ocurrió en diciembre de 2004, basta memorar que, como en innumerables ocasiones lo ha decantado la Corte, el error de hecho derivado de la interpretación de ese pliego sólo se configura si la estimación dada por el funcionario judicial riñe abierta y flagrantemente con su contenido, al punto que cualquier lector, incluso el más desprevenido, se percata de tal disonancia.

Al respecto, como tiene dicho la Corte:

> *La apreciación errónea de una demanda constituye motivo determinante de la casación de un fallo proferido por la jurisdicción civil, habida consideración que adoleciendo este último de un defecto de tal naturaleza, la decisión adoptada dirimirá el conflicto con apoyo en reglas de derecho sustancial que le son extrañas y, por consecuencia, habrá dejado de aplicar las que son pertinentes para regularlo. Pero es en verdad importante no perder de vista que al tenor de aquella disposición procesal, para que así sucedan las cosas y sea viable la infirmación por la causa aludida, deben reunirse varias condiciones que no siempre se dan con la facilidad que por lo común suponen los litigantes que al recurso en referencia acuden, residiendo una de ellas, como se sabe, en la necesaria ocurrencia de un genuino error de hecho que además de manifiesto e influyente en lo dispositivo de la resolución judicial por esta vía impugnada, ha de consistir en la desfiguración mental o material del escrito de demanda por falta de cuidadosa observación, capaz de producir por lo tanto una desviación ideológica del juez en relación con los elementos llamados a identificar el contenido medular de dicho escrito y respecto de los cuales ese funcionario no tiene atribución para suplir a las partes (...) En otras palabras y en orden a que tengan relevancia para los fines señalados, la falencia de juzgamiento de la que viene haciendo mérito debe tener origen en un yerro objetivó que surgiendo de una desfiguración evidente y por eso mismo perceptible de manera intuitiva, vaya contra toda razón en cuanto que, tergiversando el texto de la demanda '...le hace decir lo que no expresa o le cercena su real contenido' (G.J. t. CXXXIX, pág. 136) en lo que atañe a la causa pretendí hecha valer por el actor, el petitum por él formulado o la naturaleza jurídica de la pretensión*

concreta entablada (CSJ SC 19 oct. 1994, rad. 3972, citada en SC10298-2014 y SC9721 de 2015, rad. 2002-00566-01).

Por consecuencia, la transgresión indirecta de la ley sustancial por error de hecho en la indebida interpretación de la demanda corresponde a la distorsión de lo pedido, porque el fallador estudia la pretensión con un enfoque ajeno a ella, producto de una equivocación notoria y ostensible.

Estas características dejan al descubierto que, entonces, no se forma el error de hecho cuando el juez ejerce su facultad de esclarecer o dilucidar los textos confusos o contradictorios, en tanto esto hace parte del ejercicio de la función judicial, pues necesariamente es un paso previo a la resolución del derecho debatido.

En el *sub-examine* basta con la exposición del cargo para ver que es ilusorio el yerro fáctico endilgado al tribunal en relación con la interpretación de su libelo iniciador de la contienda, pues la propia recurrente dejó al descubierto que incurrió en varios *lapsus* en su redacción, al señalar que el contrato de venta de aeronaves celebrado entre la Fuerza Aérea Colombiana y Embraer data de diciembre de 2004, pero que en verdad correspondía a otra época.

Esos errores plasmados en el escrito genitor no sólo están contenidos en la pretensión -como trivialmente lo quiere hacer ver la recurrente-, también obran en el acápite correspondiente a los hechos que dieron lugar al pleito, pues allí se relató que «*[e]n diciembre de 2004, gracias a los esfuerzos de RLA, EMBRAER suscribió con el Ministerio de*

Defensa Nacional un contrato de compraventa de dieciséis aviones Super (sic) Tucano. El valor total de la compra fue de doscientos treinta y cuatro millones de dólares de los Estados Unidos de América (US$234.000.000).»

Así las cosas, se descarta la errada asunción de la demanda endilgada en el cargo a su juzgador colegiado, porque en verdad la interpretación acogida por este corresponde a lo pedido en él, siendo del resorte de su redactor las discrepancias con la situación que ahora pretende solventar, por vía del recurso extraordinario de casación.

4. Las precedentes consideraciones denotan, de paso, que el cargo primero tampoco está llamado al éxito, porque aun en el evento de que el tribunal hubiera considerado que el corredor carece de derecho a la remuneración cuando no es celebrado el contrato entre quien le hizo el encargo y el tercero con el cual intermedió, y además que dicha conclusión del juzgador fuera errada conforme al ordenamiento jurídico, lo cierto es que tales falencias -de existir- carecerían de trascendencia porque el fallo también consignó otro razonamiento que impedía la prosperidad de la pretensión de la demandante.

Recuérdese que el error a que alude el inicial motivo de casación previsto en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, que hoy corresponde a las causales primera y segunda del canon 336 del Código General del Proceso, debe ser de tal magnitud que incida adversamente

en la forma como se desató el litigio, produciéndose un resultado contrario al legal.

De allí que cuando la configuración del ataque se centra en una disconformidad con la aplicación que el operador judicial hizo de un precepto de orden sustancial, es indispensable que el recurrente demuestre la disparidad entre lo proclamado u omitido por el funcionario de conocimiento y la consecuencia prevista en el mandato de orden sustancial invocado.

En el *sub lite* el primero de los cargos planteados carece de justificación en cuanto a la trascendencia del supuesto error de juzgamiento endilgado al fallador de última instancia, porque la reclamante censura al Tribunal por aplicar indebidamente el artículo 1341 del Código de Comercio.

Sin embargo, aun en el evento de que la Corte acogiera el entendimiento alegado en el embate casacional, no implicaría el acogimiento de su pretensión puesto que el fallador *ad-quem* señaló como impedimento adicional que no se probó que en diciembre de 2004 se hubiera perfeccionado la venta de los aviones Súper Tucano entre Embraer y la FAC, como se aseveró en la demanda, para habilitar la retribución deprecada, porque la prueba allegada en la última instancia dio cuenta de un contrato distinto, celebrado en diciembre de 2005.

Así las cosas, de interpretarse el artículo 1341 del estatuto mercantil en la forma solicitada por la recurrente, el yerro del tribunal carecería de trascendencia porque, como bien lo anotó esa Corporación, la pretensión dirigida al reconocimiento del contrato de corretaje sería improcedente en cuanto la deprecó respecto de un acuerdo de venta de aeronaves suscrito en diciembre de 2004 entre la demandada con el Ministerio de Defensa Nacional, negocio diverso al probado en el plenario.

Esta última argumentación impide, sin más, la prosperidad de la pretensión dirigida al reconocimiento del acuerdo de corretaje supuestamente suscrito entre los contendientes.

Por contera, el embate debe ser desestimado.

CARGO SÉPTIMO

1. De nuevo, al amparo del segundo motivo de casación regulado en el artículo 336 del Código General del Proceso, la promotora atribuyó al fallo de segunda instancia la violación, por vía indirecta, de los artículos 822, 824, 854, 870 a 871, 1340 a 1341, 1344 del Código de Comercio, 1506, 1546, 1602 a 1603, 1618, 1622 inciso final, 1626 y 1627 inciso final del Código Civil, derivada de error de derecho en contra de los mandatos contenidos en las reglas 42

numerales 2, 4 y 5, 169 a 170, 173, 243 y 268 de la primera obra citada.

2. En desarrollo del reproche señaló que el desatino de su juzgador obedeció a la abstención injustificada de este para decretar, de oficio, la incorporación de las pruebas aportadas con el escrito de reforma a la demanda, que hubiera mostrado la aceptación tácita de Embraer respecto de las gestiones desplegadas por RLA, dando lugar a tener por establecido el contrato de corretaje pedido en la demanda.

Esa omisión, agregó, va en contravía de las normas procesales relacionadas en el cargo, que prevén las obligaciones de que está investido todo juzgador para esclarecer los hechos materia de controversia sometidos a su conocimiento, deberes que repelen la actitud pasiva del operador judicial, como lo tiene sentado la jurisprudencia en desarrollo de los postulados constitucionales de legalidad, justicia y verdad.

Añadió que el yerro del estrado judicial *ad-quem* implicó dejar de incorporar al plenario las comunicaciones ODG-080 de 19 de agosto de 1998, DP-134 de 15 de septiembre de 1998, fax LAT 703 de 23 de septiembre de 1998, fax LAT 732 de 6 de agosto de 1998, la carta GVI de 23 de octubre de 1998, el correo electrónico de 16 de octubre de 1998, las misivas VPM de 26 de noviembre de 1998, VPM 120 de 22 de septiembre de 1999, GVI 257 de 22 de septiembre de 1999,

fax LAT 515 de 1999, VPM 141 de 1999 y GVI 311 de 17 de noviembre de 1999, fax LAT 173 de 4 de mayo de 2001, fax LAT 187 de 2001; fax LAT 247 y 248 de 28 de junio de 2001, fax LAT 267 de 18 de julio de 2001, fax LAT 332 de 14 de septiembre de 2001, fax 2602 de 10 de octubre de 2001, fax LAT 377 de 11 de octubre de 2001, fax LAT 439 de 7 de diciembre de 2001, fax LAT 044 de 12 de febrero de 2002, fax LAT 066 de 5 de marzo de 2002, cartas ODG 115 de 3 de mayo de 2002, ODG 016 de 26 de enero de 2004, ODG 039 de 8 de marzo de 2004, ODG 258 de 26 de octubre de 2004, ODG 279 de 9 de diciembre de 2004 y el correo electrónico de 26 de diciembre de 2005; todos los cuales daban lugar a reconocer el contrato de corretaje pedido en el libelo, en los términos expuestos en el cargo quinto de casación, según valoración probatoria que reprodujo.

CONSIDERACIONES

1. El error de derecho alegado en el último reproche casacional tampoco se configura en el *sub judice* porque el decreto de pruebas de oficio, aun cuando comporta una facultad-deber para el juez, no genera imperativo absoluto en la medida en que regla general es la consagrada en el artículo 167 del Código General del Proceso, a cuyo tenor «*[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*».

Es decir que, no obstante corresponder al funcionario judicial el decreto oficioso de unos especialísimos medios de

convicción en asuntos de índole taxativamente consagrada en el ordenamiento adjetivo en razón a su naturaleza, como la prueba de genética en los juicios de investigación o impugnación de la filiación, la inspección judicial en los procesos de pertenencia, entre otros eventos; ello no releva a los intervinientes de su carga probatoria, regulada como regla de principio en el canon 167 citado.

Así lo ha sostenido esta Corporación al señalar que:

> *Es cierto que, en principio, el decreto de "pruebas de oficio" no es un mandato absoluto que se le imponga fatalmente al sentenciador, puesto que él goza de una discreta autonomía en la instrucción del proceso, circunstancia por la que no siempre que se abstenga de utilizar tal prerrogativa equivale a la comisión de su parte de un yerro de derecho. Además, no puede perderse de vista que hay casos en los cuales la actitud pasiva u omisiva del litigante que tiene la carga de demostrar determinada circunstancia fáctica, es la generadora del fracaso, bien de las pretensiones ora de sus defensas, cuando menosprecia su compromiso procesal en el interior de la tramitación y en las oportunidades previstas por el legislador.* (CSJ SC de 21 oct. 2010, rad. 2003-00527-01).

Lo anterior evidencia que la facultad-deber que yace en el juzgador respecto del decreto de pruebas oficiosas para esclarecer la situación fáctica que dio lugar al pleito sometido a su conocimiento, con el propósito de dirimirlo, no puede convertirse en patente de corso que derogue tácitamente la carga de la prueba impuesta a los contendientes en el estatuto de los ritos civiles, en razón a que, refiriéndose a esta, la Corte doctrinó:

> *La comprensión previamente expuesta no implica que las partes hayan sido liberadas de la carga probatoria que les incumbe,*

según el mencionado precepto 177 del Código de Procedimiento Civil; por el contrario, con excepción de «los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas», o de aquéllos eventos en donde la ley presume un determinado acontecimiento y se apareja anticipadamente una consecuencia jurídica, les corresponde actuar diligentemente en la demostración del «supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen».

En otros términos, si bien los poderes que se le han venido confiriendo al fallador ponen de presente que la tendencia legislativa se orienta a la superación del sistema dispositivo puro y la mayor vigencia del inquisitivo, la supresión de aquél no se ha producido, de lo cual puede concluirse que la existencia del sistema mixto representa una equilibrada amalgama, en la que, con la denodada intervención de las partes y la potestad oficiosa del juez, se logre una justa y eficaz composición del debate, a partir de bases ciertas y no meramente formales.

Conforme con ello, aunque al juez se le exige acuciosidad y dinamismo en la búsqueda de la verdad real sobre la cual ha de definir la controversia, esa labor no se extiende hasta el punto de tener que suplir en cualquier supuesto la carga probatoria que le incumbe a las partes. (CSJ SC5676-2018 de 19 dic. 2018, rad. 2008-00165-01).

En este orden de ideas, el funcionario judicial no incurre en yerro de derecho cuando se abstiene de decretar pruebas oficiosas, si al alcance de las partes está su aducción al proceso para el buen suceso de su pretensión, salvo aquellas taxativas que el juez está obligado a decretar en juicio específicos señalados por el legislador.

Lo anterior denota, para el caso de autos, que no existió el yerro de *iure* endilgado al tribunal, habida cuenta que al alcance de la demandante estuvo aportar al expediente los documentos que por vía casacional pretende introducir al debate, tanto así que los allegó tardíamente con su escrito de reforma a la demanda.

En otros términos, no hubo impedimento alguno para que el extremo accionante, de actuar con diligencia, hubiera incorporado al pleito en regular forma las piezas que fundan su recurso extraordinario, aducción que incluso pudo ejecutar en los términos del inciso 5° del artículo 208 del Código de Procedimiento Civil vigente para la época, hoy numeral 6° del canon 221 del Código General del Proceso, lo que tampoco realizó.

2. Con todo y aun dejando de lado las precedentes motivaciones, lo cierto es que tampoco se cumplen los requisitos para colegir que ocurrió el error de derecho alegado, en razón a que los documentos relacionados en el cargo tampoco revisten la trascendencia necesaria para que la decisión criticada hubiera variado.

Sobre los aludidos presupuestos, esta Corporación estableció que:

> *[t]ambién se produce este desfase cuando el sentenciador, sin razón y existiendo serios motivos para que lo haga, no acude a las facultades conferidas por los artículos 37 numeral 4, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil de decretar pruebas de oficio necesarias para la comprobación de «los hechos relacionados con las alegaciones de las partes», sin que ello conlleve suplir las cargas desatendidas por estas y que le son propias, sino el esclarecimiento de aquellas situaciones que obstruyen el deber de administrar pronta y cumplida justicia,* ***pero siempre y cuando esa omisión tenga relevancia en la forma como se desató el pleito*** *(...) Es así como su práctica se hace imprescindible, entre otros, en asuntos de filiación, para identificar la relación genética de los involucrados; en los trámites de pertenencia, donde es obligatoria la inspección judicial del bien, salvo cuando se trata de viviendas de interés social; y cuando se requieren para imponer una condena resarcitoria integral, al ocasionar un perjuicio que debe ser indemnizado (...) Sin embargo, una recriminación por este sendero sólo se verifica si el medio de convicción está claramente sugerido o insinuado en el expediente, porque de no ser así, se estaría desconociendo la discrecionalidad con que cuenta el*

fallador al respecto. Ello ocurre, por ejemplo, cuando obra la prueba aunque indebidamente aducida o incorporada, hipótesis en la cual, ***de ser trascendente en la decisión, se hace imperioso regularizarla,*** *porque de no hacerlo se produce una grave desatención de los elementos que conforman el plenario.* (CSJ SC15746-2014, reiterada en SC8219 de 2016, rad. 2003-00546-01. Resaltado ajeno).

2.1. En el caso de autos, inicialmente debe señalarse que la súplica de la demandante sobre la cual versa el recurso extraordinario de casación estuvo dirigida al reconocimiento de un contrato de corretaje entre ella, como corredora, y Embraer, quien hizo el encargo, que le posibilitara la venta de aviones Súper Tucano a la Fuerza Aérea Colombiana.

Como de allí se desprende, no se pidió el reconocimiento de un contrato de corretaje para la venta de repuestos de estas aeronaves ni de otras, tampoco para la enajenación de aviones comerciales o militares diversos al Súper Tucano, aspectos sobre el cual sí versaron sus demás peticiones.

2.2. Con la anterior delimitación, lo segundo es memorar que en relación con la pretensión de marras el tribunal tuvo por establecida la relación de intermediación de Embraer con la reclamante hasta el 5 de septiembre de 1998, cuando fue finiquitada por aquella.

De esta data en adelante el tribunal igualmente coligió ciertos los despliegues de RLA, pero extrañó el visto bueno de Embraer que facultara a aquella para desarrollar ese encargo.

Con otras palabras, el fallo echó de menos el consentimiento de Embraer, tácito o expreso, para que RLA siguiera actuando como su corredora después del 5 de septiembre de 1998, frente a la Fuerza Aérea Colombiana y respecto de la venta de aviones Súper Tucano.

Por ende, el debate se centra en establecer si con posterioridad a la memorada fecha, Embraer autorizó a RLA para fungir como su corredora en relación con la enajenación de aviones Súper Tucano para el estamento militar de Colombia.

2.3. Pues bien, una revisión detallada de los documentos relacionados por la accionante en el cargo bajo estudio no dejan ver tal consentimiento, porque las comunicaciones ODG-080 de 19 de agosto de 1998, DP-134 de 15 de septiembre de 1998, fax LAT 703 de 23 de septiembre de 1998, fax LAT 732 de 6 de agosto de 1998, fax LAT 515 de 1999, fax LAT 173 de 4 de mayo de 2001, fax LAT 187 de 2001; fax LAT 247 y 248 de 28 de junio de 2001, fax LAT 267 de 18 de julio de 2001, fax LAT 332 de 14 de septiembre de 2001, fax 2602 de 10 de octubre de 2001, fax LAT 377 de 11 de octubre de 2001, fax LAT 439 de 7 de diciembre de 2001, fax LAT 044 de 12 de febrero de 2002, fax LAT 066 de 5 de marzo de 2002, cartas ODG 115 de 3 de mayo de 2002, ODG 016 de 26 de enero de 2004, ODG 039 de 8 de marzo de 2004, ODG 258 de 26 de octubre de 2004, ODG 279 de 9 de diciembre de 2004 y el correo electrónico de 26 de diciembre de 2005, no provinieron de la empresa convocada sino de la demandante y de terceros.

Ciertamente, en las aludidas piezas documentales no obra manifestación emanada de la compañía enjuiciada, ya que se trató de comunicaciones enviadas por la demandante y dos misivas remitidas por la Fuerza Aérea Colombiana al RLA informándole de actividades internas de la entidad.

Por ende, tales instrumentos, en el evento de que la Corte los apreciara fungiendo como juez de instancia tras casar la sentencia del tribunal, no sirven al propósito investigado, al carecer de declaraciones de la convocada, y sabido es que esta se opuso a la pretensión de corretaje señalando que las actividades de RLA no estaban autorizadas y que esta las desplegó, *motu proprio*, con el propósito de congraciarse con Embraer para obtener, de nuevo, la autorización para obrar como su intermediaria.

A igual conclusión se llega de valorar las misivas GVI 257 de 22 de septiembre de 1999 y GVI 311 de 17 de noviembre de 1999, enviadas por Embraer a RLA, en razón a que sólo contienen solicitudes para que esta radique, en el Ministerio de Defensa Nacional, las comunicaciones VPM 120 de 22 de septiembre de 1999 y VPM 141 de 1999, en su orden, a través de las cuales la enjuiciada hace referencia a las solicitudes de suministro de aeronaves de patrullaje marítimo, esto es, bienes diversos a los aviones Súper Tucano objeto de la pretensión de corretaje.

Y, por último, el correo electrónico de 16 de octubre de 1998 así como las cartas GVI de 23 de octubre de 1998 y VPM de 26 de noviembre de 1998, remitidas por Embraer a

RLA, sólo evidencian conversaciones para concretar reuniones entre las partes, sin precisar su objeto, lo que es insuficiente para el propósito auscultado, máxime si se tiene en cuenta que a tales empresas las ataba otros convenios, como el contrato de agencia mercantil para la venta de repuestos y servicios dirigidos a las aeronaves EMB-312 Tucano y EMB-120 Bandeirante que años atrás había adquirido el estamento militar colombiano, o la inicial autorización para intermediar en la venta de aviones comerciales a empresas de la misma naturaleza como Aires, Sam, Aces, etc.

Es que para dar por acreditado el corretaje, en los términos pedidos en la demanda, no bastaba con que al plenario se incorporaran diversas comunicaciones cruzadas entre las partes relativas al despliegue ejecutado para cumplir otros convenios -como a lo largo del proceso se intentó-, era menester que dicho acervo probatorio estuviera claramente enfocado en el corretaje pedido, esto es, con las características descritas en el libelo como fueron el objeto y los hitos temporales, entre otras circunstancias, labor litigiosa que no se acató porque, como se anotó, en el evento de que la Corte casara la sentencia atacada y fungiera como juez de segundo grado, tampoco encontraría el consentimiento extrañado por el tribunal.

En conclusión, los documentos que pretendió aducir la recurrente en su escrito de reforma a la demanda génesis del litigio, así como a través del presente recurso extraordinario, tampoco develan el consentimiento de Embraer en relación

con las actividades que desplegó RLA, que dieran por sentado el contrato de corretaje caracterizado por esta, de donde se colige que el error de derecho alegado en el último de sus embates casacionales tampoco aparece demostrado por la ausencia de trascendencia de las citadas piezas documentales.

3. En suma, el agravio bajo estudio no prospera.

CONCLUSIÓN

De todo lo analizado emerge la frustración de la impugnación extraordinaria, la imposición de costas a su proponente, según lo previsto en el inciso final del artículo 349 del Código General del Proceso, y el señalamiento de agencias en derecho como lo dispone el precepto 365 numeral 1° *ibídem*, para lo cual se tendrá en cuenta que la parte opositora replicó la demanda de casación.

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 28 de abril de 2016, por la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario que Importaciones, Exportaciones y Representaciones Latinoamericanas Ltda. promovió contra la Empresa Brasilera de Aeronáutica S.A. «Embraer».

Se condena en costas a la recurrente en casación. Inclúyase en la liquidación correspondiente la suma de $6'000.000, por concepto de agencias en derecho.

Cumplido lo anterior devuélvase la actuación surtida al Tribunal de origen.

Notifíquese,

FRANCISCO TERNERA BARRIOS
Presidente de la Sala

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n° 11001-31-03-033-2008-00106-01

Aunque estoy de acuerdo con la decisión de no casar la sentencia proferida el 28 de abril de 2016, por la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, aclaro mi voto respecto de algunas de las razones que se expusieron en la definición de los cargos cuarto y séptimo.

1.- El séptimo cargo propuesto por la recurrente se erigió sobre la segunda causal de casación y se atribuyó yerro de *iure* al fallo del Tribunal por la "*abstención injustificada de este para decretar, de oficio, la incorporación de las pruebas aportadas con el escrito de reforma a la demanda*".

Si bien la Corte ha relievado la importancia de la facultad oficiosa de decretar pruebas en segunda instancia como una herramienta valiosa para la resolución de litigios, su exigencia debe ser ponderada, dado que la misma en modo alguno puede aparejar el desconocimiento de la regla de juicio consagrada en el inciso primero del artículo 167 del Código General del Proceso, conforme a la cual, «*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*», y le impone al sentenciador trasladar las consecuencias de no probar un hecho a quien debía acreditarlo.

Dicha regla sigue vigente en el actual estatuto procesal civil y junto con otras pautas, como la *«facultad-deber»* de decretar pruebas de oficio (art. 170 C.G.P.), y la denominada *«carga dinámica de la prueba»* (art. 167, inc. 2°, *ib.*), orientan el raciocinio del juez al acometer el ejercicio exclusivo de apreciación probatoria, que involucra establecer cuáles circunstancias fácticas relevantes quedaron acreditadas en el juicio y cuáles no. Por lo tanto, no es desacertado que un juzgador, después de efectuar el análisis crítico y armónico de las probanzas recaudadas como se lo impone el canon 176 *ibídem,* dirima la controversia de manera adversa a quien teniendo la carga de probar un determinado hecho no la satisfizo, haciendo así uso de la comentada *«regla de juicio»*, que se deriva de las normas de distribución del *onus probandi*, y *«prefiguran la resolución judicial»*[1].

Lo anterior, sin perjuicio, claro está, que el juez estime la necesidad de intervenir en el recaudo probatorio decretando pruebas para mejor proveer *o «distribuyendo la carga de la prueba»* en los términos que lo autoriza el canon 167 *ibídem.* No obstante, esa *«facultad-deber»* de ordenar probanzas oficiosas en modo alguno puede tener como cometido suplir la desidia de las partes o las deficiencias probatorias atribuibles a ellas, porque en el actual estatuto procedimental la aportación probatoria por excelencia está radicada en las partes y no en el juez, de ahí, que la falta de iniciativa de este último en el recaudo adicional de elementos de persuasión por sí misma no siempre puede conllevar la incursión en un yerro de derecho atribuible al juzgador.

---

[1] Cfr. SC 18-01-2010, Exp. No. 13001 3103 006 2001 00137 01

2.- Frente a la definición del cuarto cargo, pese a que comparto los motivos de su fracaso, considero pertinente acotar que con la expedición del Código General del Proceso, tratándose del recurso de apelación se introdujo la figura de la «***pretensión impugnaticia***», por virtud de la cual, en principio, el funcionario de segundo grado solo deberá ocuparse de los temas que sean propuestos por el o los inconformes, como antítesis a la visión panorámica que en dicho marco imperó en anteriores sistemas adjetivos.

Sin embargo, al tenor del artículo 328 *ibídem*, esta regla general encuentra excepciones o salvedades en los siguientes eventos: *i)* cuando sea menester adoptar decisiones «*de oficio, en los casos previstos por la ley*», lo que armoniza con el inciso 3° del canon 282 del mismo estatuto, evento en el cual, el superior está habilitado para resolver sobre las otras excepciones de mérito «*aunque quien la alegó no haya apelado de la sentencia*»; y, *ii)* en aquellos casos que ambas partes apelen toda la sentencia o cuando quien no recurre adhiera al medio propuesto por su contendiente, circunstancias en las cuales «*el superior resolverá sin limitaciones*».

A partir de esas premisas jurídicas, resulta diáfano que la desatención del imperativo de competencia restringida en sede de apelación, consagrado en el citado artículo 328, solo puede verse violentado al momento de dictar la sentencia de segunda instancia, pues es esa la oportunidad en que el *ad quem* se pronuncia acerca de los motivos de disconformidad planteados, de manera que únicamente allí puede incurrir en

un yerro derivado de resolver por fuera de la órbita de sus atribuciones, lo que, de suyo, comporta una eventualidad de falta de competencia funcional, pues si los puntos que no fueron cuestionados por el apelante quedan por fuera de discusión en una segunda instancia, y por lo tanto definidos por lo que al respecto resolvió el *a quo*, es claro que cualquier determinación que llegare a adoptar el superior sobre tales *ítems*, quedaría viciada, por ir más allá de su potestad en ese grado de conocimiento.

No obstante, la literalidad del numeral 5° del artículo 336 del Código General del Proceso impide ventilar una afrenta jurídica de ese calado por la vía de la quinta causal de casación, por cuanto ella presupone que se haya dictado la sentencia «*en un juicio viciado de algunas de las causales de nulidad consagradas en la ley, a menos que tales vicios hubieren sido saneados*», de manera que este precepto solo remite a las graves afrentas que el legislador consagra en el artículo 133 *ibídem*, como motivos de invalidación del proceso en todo o en parte que acontecen en el curso de aquel y no en la sentencia misma.

En estos términos dejo plasmada mi aclaración.

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE
Magistrado