REPUBLICA DE COLOMBIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

"Saber las Leyes non es tan solamente en aprender et decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento"

(Siete Partidas: Partida 1a., Título I, Ley XIII)

LICENCIA NUMERO 451
DE 7 DE MARZO DE 1936

REGISTRADO PARA CURSO LIBRE
DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION CIVIL

PRIMER SEMESTRE DE 1992

TOMO CCXVI - NUMERO 2455

Santafé de Bogotá, D. C. - Colombia - Año de 1992

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CCXVI - No. 2455

PRIMER SEMESTRE DE 1992

SALA DE CASACION CIVIL

Santafé de Bogotá, D. C. - Colombia - IMPRENTA NACIONAL - 1994

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA ENRIQUE LOW MURTRA
PALACIO DE JUSTICIA

Nº INVENTARIO: Rep 007139

NUMERO CLASIFICACION

COMPRA__ CANJE__ DONACION__

FECHA: 05 SET, 2003

PRECIO:

PROCEDENCIA: JUZGADO DE ESTADO

PAIS: BIBLIOTECA

Ej. 1

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

MAGISTRADOS QUE INTEGRAN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y DIGNATARIOS DE LA MISMA

PRIMER SEMESTRE DE 1992

SALA PLENA

Doctores: PEDRO LAFONT PIANETTA - Presidente

DIDIMO PAEZ VELANDIA - Vicepresidente

Blanca Trujillo de Sanjuán - Secretaria

SALA CIVIL

Doctores: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS - Presidente

Carlos Julio Mora Colmenares - Secretario

Magistrados doctores: Carlos Esteban Jaramillo Schloss

Eduardo García Sarmiento

Pedro Lafont Pianetta

Héctor Marín Naranjo

Alberto Ospina Botero

Rafael Romero Sierra

SALA CONSTITUCIONAL

Doctores: PEDRO AUGUSTO ESCOBAR TRUJILLO - Presidente

Martha Esperanza Cuevas Meléndez- Secretaria

Magistrados doctores: Pablo Julio Cáceres Corrales

Pedro Augusto Escobar Trujillo

Julio César Ortiz

María C. Rozo de Chaín

Luz Elena Saldarriaga

SALA LABORAL

Doctores: ERNESTO JIMENEZ DIAZ - Presidente
Javier Antonio Fernandez Sierra - Secretario

Magistrados doctores: Ernesto Jiménez Díaz
Rafael Baquero Herrera
Manuel Enrique Daza Alvarez
Jorge Iván Palacio Palacio
Ramón Zúñiga Valverde
Hugo Suescún Pujols

SALA PENAL

Doctores: RICARDO CALVETE RANGEL - Presidente
Rafael I. Cortés Garnica - Secretario

Magistrados doctores: Jorge Carreño Luengas
Guillermo Duque Ruiz
Juan Manuel Torres Fresneda
Gustavo Gómez Velásquez
Ricardo Calvete Rangel
Dídimo Páez Velandia
Edgar Saavedra Rojas
Patricia Duque Sánchez (E.)
Jorge Enrique Valencia Martínez

RELATORES

Doctores: Rafael Rodriguez Melo, Sala Civil
Miguel Antonio Roa Castelblanco, Sala Constitucional
Esperanza Inés Márquez Ortiz, Sala Laboral
Stella Mejia de Galvis (E.), Sala Laboral
Hilda Leonor Cortés Gómez, Sala Penal
Piedad Ardila Espinosa, Tutelas

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATOR SALA CIVIL	Doctor RAFAEL RODRIGUEZ MELO
RELATOR SALA CONSTITUCIONAL	Doctor MIGUEL ANTONIO ROA CASTELBLANCO
RELATORAS SALA LABORAL	Doctora ESPERANZA INES MARQUEZ ORTIZ
	Doctora STELLA MEJIA DE GALVIS (E.)
RELATORA SALA PENAL	Doctora HILDA LEONOR CORTES GOMEZ

TOMO CCXVI — Santafé de Bogotá — Colombia — Enero a Junio de 1992 Número 2455

Doctor

MANUEL ENRIQUE DAZA ALVAREZ, SEÑORA Y FAMILIA

E. S. M.

Con toda atención nos permitimos transcribir a continuación, la proposición aprobada en sesión de Sala Plena celebrada el día treinta (30) de abril de mil novecientos noventa y dos (1992).

Proposición

"La Corte Suprema de Justicia, deplora el fallecimiento de la señora Mariana Bustamante Vda. de Cogollo, dama de excepcionales virtudes que con dedicación y cariño formó un hogar que es orgullo de la sociedad colombiana".

"La Corporación ante este infausto acontecimiento, hace llegar a los hijos y familiares de tan dignísima señora los más sinceros sentimientos de pesar y expresa al doctor Manuel Enrique Daza Alvarez, Magistrado de la Sala de Casación Laboral y especialmente a su esposa, señora Hellen Cogollo de Daza, su solidaridad en el dolor".

"En nota de estilo comuníquese al doctor Manuel Enrique Daza Alvarez y a su distinguida familia".

Pedro Lafont Pianetta,

Presidente.

Blanca Trujillo de Sanjuán,

Secretaria General.

Señor

GERMAN HERRERA, SEÑORA E HIJOS

Ciudad

Con toda atención nos permitimos transcribir a continuación, la proposición aprobada en sesión de Sala Plena celebrada el día treinta (30) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

PROPOSICIÓN

"La Corte Suprema de Justicia en sesión de la fecha deplora el fallecimiento del doctor Omar Herrera Niño, juez de aduanas de la ciudad de Bucaramanga, cruelmente sacrificado en cumplimiento del deber, truncando así una promisoria carrera en el campo del derecho, donde se distinguió por su pulcritud, dedicación y brillante inteligencia".

"La Corte, hace llegar sus sentimientos de profundo pesar a sus padres Germán Herrera y Nydia Niño, a sus hermanos y a su tío el doctor Pedro León Niño, Magistrado del Tribunal Superior de San Gil, a quienes se les transcribirá esta proposición por la Secretaria de la Corporación e insértese en la Gaceta Judicial".

Pedro Lafont Pianetta,

Presidente.

Blanca Trujillo de Sanjuán,

Secretaria General.

Doctor

PEDRO LEON NIÑO

Magistrado Sala Civil Laboral

Tribunal Superior Distrito Judicial

San Gil (Santander)

Con toda atención nos permitimos transcribir a continuación, la proposición aprobada en sesión de Sala Plena celebrada el día treinta (30) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

PROPOSICIÓN

"La Corte Suprema de Justicia en sesión de la fecha deplora el fallecimiento del doctor Omar Herrera Niño, juez de aduanas de la ciudad de Bucaramanga, cruelmente sacrificado en cumplimiento del deber, truncando así una promisoria carrera en el campo del derecho, donde se distinguió por su pulcritud, dedicación y brillante inteligencia".

"La Corte, hace llegar sus sentimientos de profundo pesar a sus padres Germán Herrera y Nydia Niño, a sus hermanos y a su tio el doctor Pedro León Niño, Magistrado del Tribunal Superior de San Gil, a quienes se les transcribirá esta proposición por la Secretaría de la Corporación e insértese en la Gaceta Judicial".

Pedro Lafont Pianetta,

Presidente.

Blanca Trujillo de Sanjuán,

Secretaria General.

Doctor

RAFAEL MENDEZ ARANGO

Magistrado Auxiliar

Sala de Casación Laboral

Corte Suprema de Justicia

E. S. D.

Con toda atención nos permitimos transcribir a continuación, la proposición aprobada en sesión de Sala Plena celebrada el día treinta (30) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

PROPOSICIÓN

"La Corte Suprema de Justicia en su sesión del treinta de enero del año en curso, expresa a usted sus mejores agradecimientos por sus servicios prestados a la Corporación, le manifiesta su permanente gratitud, en la seguridad de que siempre contará con nuestra solidaridad y aprecio con la que acoge siempre a los suyos, y le desea justos éxitos en su porvenir profesional, personal y familiar en los nuevos cargos que el servicio público de justicia le sigue demandando".

"Comuníquese al doctor Rafael Méndez Arango e insértese en la Gaceta Judicial".

Pedro Lafont Pianetta,

Presidente.

Blanca Trujillo de Sanjuán,

Secretaria General.

Doctora

LUZ ELENA SALDARRIAGA BLANCO

Magistrada Auxiliar

Corte Constitucional

E. S. D.

Con toda atención nos permitimos transcribir a continuación, la proposición aprobada en sesión de Sala Plena celebrada el día treinta (30) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992)

PROPOSICIÓN

"La Corte Suprema de Justicia en su sesión del treinta de enero del año en curso, expresa a usted sus mejores agradecimientos por los servicios prestados a la Corporación, la manifiesta su permanente gratitud, en la seguridad de que siempre contará con nuestra solidaridad y aprecio con la que acoge siempre a los suyos, y le desea justos éxitos en su porvenir profesional, personal y familiar en los nuevos cargos que el servicio público de justicia le sigue demandando".

"Comuníquese a la doctora Luz Elena Saldarriaga Blanco e insértese en la Gaceta Judicial".

Pedro Lafont Pianetta,

Presidente.

Blanca Trujillo de Sanjuán,

Secretaria General.

Doctora

MARIA CRISTINA ROZO DE CHAHIN

Magistrada Auxiliar

Corte Constitucional

E. S. D.

Con toda atención nos permitimos transcribir a continuación, la proposición aprobada en sesión de Sala Plena celebrada el día treinta (30) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992)

PROPOSICIÓN

"La Corte Suprema de Justicia en su sesión del treinta de enero del año en curso, expresa a usted sus mejores agradecimientos por los servicios prestados a la Corporación, la manifiesta su permanente gratitud, en la seguridad de que siempre contará con nuestra solidaridad y aprecio con la que acoge siempre a los suyos, y le desea justos éxitos en su porvenir profesional, personal y familiar en los nuevos cargos que el servicio público de justicia le sigue demandando".

"Comuníquese a la doctora María Cristina Rozo de Chahin e insértese en la Gaceta Judicial".

Pedro Lafont Pianetta,

Presidente.

Blanca Trujillo de Sanjuán,

Secretaria General.

Doctor

JULIO CESAR ORTIZ

Magistrado Auxiliar

Corte Constitucional

E. S. D.

Con toda atención nos permitimos transcribir a continuación, la proposición aprobada en sesión de Sala Plena celebrada el día treinta (30) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992)

PROPOSICIÓN

"La Corte Suprema de Justicia en su sesión del treinta de enero del año en curso, expresa a usted sus mejores agradecimientos por los servicios prestados a la Corporación, le manifiesta su permanente gratitud, en la seguridad de que siempre contará con nuestra solidaridad y aprecio con la que acoge siempre a los suyos, y le desea justos éxitos en su porvenir profesional, personal y familiar en los nuevos cargos que el servicio público de justicia le sigue demandando".

"Comuníquese al doctor Julio César Ortiz e insértese en la Gaceta Judicial".

Pedro Lafont Pianetta,

Presidente.

Blanca Trujillo de Sanjuán,

Secretaria General.

Doctor

RICARDO CALVETE RANGEL, SEÑORA Y FAMILIA

Magistrado Sala de Casación Penal.

Corte Suprema de Justicia

E. S. D.

Con toda atención nos permitimos transcribir a continuación, la proposición aprobada en sesión de Sala Plena celebrada el día veintitrés (23) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

PROPOSICIÓN

"La Corte Suprema de Justicia deplora el fallecimiento del padre Norberto Rangel, perteneciente a la orden de los predicadores, ilustre profesor emérito y directivo de la Universidad Santo Tomás de Aquino, tío del Magistrado doctor Ricardo Calvete Rangel, a quien junto con su querida familia manifestamos nuestro profundo sentimiento de pesar".

"Comuníquese al honorable Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corporación, doctor Ricardo Calvete Rangel".

Pablo J. Cáceres Corrales,

Presidente.

Blanca Trujillo de Sanjuán,

Secretaria General.

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

"Que el doctor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, falleció hace pocos días en la ciudad de Santafé de Bogotá";

"Que el doctor Gutiérrez Anzola cultivó con ejemplar devoción notorio brillo intelectual las disciplinas del Derecho especialmente en el área del Derecho Penal";

"Que el doctor Gutiérrez Anzola, fue eficiente colaborador de la Corte Suprema de Justicia a la que sirvió en su condición de Magistrado de la Sala de Casación Penal y luego como conjuez de la misma, donde puso al servicio de la justicia su reconocida probidad y profundos conocimientos jurídicos".

RESUELVE:

"Deplorar la muerte de tan eximio ciudadano y exaltar la memoria de quien honró la cátedra y el foro".

"Asociarse al duelo que embarga a la familia y amigos del ilustre desaparecido".

"Transcríbase en nota de estilo a sus hijas e insértese en la Gaceta Judicial".

Pablo J. Cáceres Corrales,

Presidente.

Blanca Trujillo de Sanjuán

Secretaria General.

Doctor

PEDRO AUGUSTO ESCOBAR TRUJILLO, SEÑORA Y FAMILIA

Vicepresidente

Corte Suprema de Justicia

E. S. D.

Con toda atención nos permitimos transcribir a continuación la proposición aprobada por la Corte Suprema de Justicia, en sesión de Sala Plena celebrada el día veintitrés (23) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

PROPOSICIÓN

"La Corte Suprema de Justicia deplora el fallecimiento de la distinguida señora Clara Alvarez de Correa, dama de excepcionales virtudes que con dedicación y cariño formó un hogar que es orgullo de la sociedad colombiana".

"La Corporación ante este infausto fallecimiento, hace llegar a los hijos y familiares de tan dignísima señora los más sinceros sentimientos de pesar y expresa al doctor Pedro Augusto Escobar Trujillo, Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia, su señora esposa Luz Stella Correa de Escobar su solidaridad en el dolor".

"Comuníquese al honorable Magistrado doctor Pedro Augusto Escobar Trujillo".

Pablo J. Cáceres Corrales.

Presidente.

Blanca Trujillo de Sanjuán.

Secretaria General.

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En sesión de Sala Plena celebrada el día treinta (30) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992), en reconocimiento a la labor desempeñada por el *doctor Pablo Julio Cáceres Corrales* como Magistrado de esta Corporación, aprobó por unanimidad la siguiente proposición:

"La Corte Suprema de Justicia, expresa profundo reconocimiento y gratitud por los invaluables servicios que en su actual investidura como Presidente, presta a la Institución y a la patria en la más elevada expresión de la administración de justicia. La consagración, el escrupuloso sentido del deber y el espíritu del Derecho como meta de sus actuaciones, han sido sus más preciados distintivos, haciendo honor a su brillante trayectoria profesional que lo señala entre los juristas más destacados de Colombia".

"La Corte Suprema de Justicia se priva ciertamente de las luces intelectuales y de la compañía permanente de tan querido colega pero sabe que el país gana al seguir contando con el concurso de sus capacidades en las delicadas responsabilidades que se propone asumir. Por eso va, no sólo para él sino para el Consejo Superior de la Judicatura y para la Nación entera, las más cálidas felicitaciones y augurios de éxitos en la consolidación de nuestras nuevas estructuras democráticas".

"Transcríbase en nota de estilo al doctor Cáceres Corrales, e insértese en la Gaceta Judicial".

Ricardo Calvete Rangel, Presidente; *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Pedro Augusto Escobar Trujillo, Eduardo García Sarmiento, Gustavo Gómez Velásquez, Ernesto Jiménez Díaz, Héctor Marín Naranjo, Rafael Méndez Arango, Julio César Ortiz, Alberto Ospina Botero, Jorge Iván Palacio Palacio, Rafael Romero Sierra, María Cristina Rozo de Chahín, Edgar Saavedra Rojas, Luz Elena Saldarriaga Blanco, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez, Ramón Zúñiga Valverde.*

Blanca Trujillo de Sanjuán,

Secretaria General.

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En sesión de Sala Plena celebrada el día treinta (30) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992), en reconocimiento a la labor desempeñada por el *doctor Pedro Augusto Escobar Trujillo* como Magistrado de esta Corporación, aprobó por unanimidad la siguiente proposición:

"La Corte Suprema de Justicia, expresa profundo reconocimiento y gratitud por los invaluables servicios que en su actual investidura como Vicepresidente, presta a la Institución y a la patria en la más elevada expresión de la administración de justicia. La consagración, el escrupuloso sentido del deber y el espíritu del derecho como meta de sus actuaciones, han sido sus más preciados distintivos, haciendo honor a su brillante trayectoria profesional que lo señala entre los juristas más destacados de Colombia".

"La Corte Suprema de Justicia se priva ciertamente de las luces intelectuales y de la compañía permanente de tan querido colega pero sabe que el país gana al seguir contando con el concurso de sus capacidades en las delicadas responsabilidades que se propone asumir. Por eso va, no sólo para él sino para el Consejo Superior de la Judicatura y para la Nación entera, las más cálidas felicitaciones y augurios de éxitos en la consolidación de nuestras nuevas estructuras democráticas".

"Transcríbase en nota de estilo al doctor Escobar Trujillo, e insértese en la Gaceta Judicial".

Pablo Julio Cáceres Corrales, Presidente; *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Eduardo García Sarmiento, Gustavo Gómez Velásquez, Ernesto Jiménez Díaz, Héctor Marín Naranjo, Rafael Méndez Arango, Julio César Ortiz, Alberto Ospina Botero, Jorge Iván Palacio Palacio, Rafael Romero Sierra, María Cristina Rozo de Chahín, Edgar Saavedra Rojas, Luz Elena Saldarriaga Blanco, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez, Ramón Zúñiga Valverde.*

Blanca Trujillo de Sanjuán,

Secretaria General.

SENTENCIA NUMERO 004

SIMULACION

Noción de acto simulado. Requisitos para su prosperidad. Indicios que tienen por demostrada la simulación. La simulación de que se trata es relativa. La falta de insinuación en las donaciones acarrea nulidad absoluta.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Héctor Marín Naranjo*

Santafé de Bogotá, D. C., veinte (20) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Referencia: 2462.

Profiere la Corte la sentencia sustitutiva de la segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por Bertha Inés Hernández vda. de Flórez, y adelantado luego por José Jesús Flórez de la Ossa, Gustavo Gabriel Flórez de la Ossa y Laureano Rafael Flórez Pineda, frente a Néstor Rafael, Narciso, Guillermo León, Pedro Antonio y Alfredo Flórez Castro, y Tobías Flórez Doria, Teresa Flórez Severiche, Rosa Isabel Flórez de Hernández, Eugenio Carlos, Alvaro Julio, José María Flórez Buelvas, Orlando Flórez Ortega y Judith Alicia de Meza.

La demandante inicial, desvinculada del proceso al desistir de sus pretensiones, formuló como tales las que a continuación se transcriben del escrito de la reforma a la demanda:

"a) Que es simulado el contrato contenido en la Escritura Pública No. 152, otorgada en la Notaría de este lugar con fecha 9 de junio de 1971, inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, seccional de Sincé, bajo el No. 200, a fls. 281/82 del Tomo 1° del Libro Primero, con fecha 15 del citado mes de junio, ratificado y modificado por medio de la Escritura No. 131 otorgada en la Notaría de este lugar con fecha 6 de mayo de 1976, registrada en la misma seccional de Sincé bajo el No. 180, a fls. 70/72 del Tomo 2° del Libro Primero, con fecha 21 del citado mes de mayo, mediante el cual Pedro Antonio Flórez Cuello dice vender a sus hijos Alfredo, Néstor, Guillermo, Pedro Antonio y Narciso Flórez Castro, y éstos dicen comprar, la nueva propiedad del predio

rural denominado 'Villa Matilde', cuya ubicación y linderos se indican más adelante:

"b) Que, como consecuencia de la declaración anterior, el vínculo jurídico que liga a dichos contratantes por medio de los precitados títulos es el de una donación entre vivos hecha por Pedro Antonio Flórez Cuello a favor de sus hijos Alfredo Augusto, Néstor, Guillermo, Pedro Antonio y Narciso Flórez Castro;

"c) Que la donación de que trata la declaración anterior es válida hasta el valor de dos mil pesos ($2.000.00) y nula en el exceso, por falta de insinuación;

"d) Que por virtud de la decisión inmediatamente anterior, la finca 'Villa Matilde' objeto de la demanda pertenece, por una parte, a los demandados Alfredo, Néstor, Guillermo, Pedro y Narciso Flórez Castro, en un derecho proindiviso equivalente a dos mil pesos ($2.000.00); y, por la otra parte, a la sucesión ilíquida del finado Pedro Antonio Flórez Cuello, en un derecho proindiviso equivalente al resto del valor de dicho inmueble;

"e) Que los poseedores Alfredo, Néstor, Guillermo, Pedro y Narciso Flórez Castro están obligados a restituir a la sucesión de Pedro Antonio Flórez Cuello la parte proporcional de la mencionada finca 'Villa Matilde' y de los frutos naturales y civiles de' expresado Inmueble, y no solamente de los percibidos sino de los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo el Inmueble en su poder desde el día 10 de noviembre de 1975, fecha en que el donante renunció al usufructo de tal predio, en adelante, y considerando a los demandados como poseedores de mala fe;

"f) En el caso improbable de que no se considere a dichos demandados como poseedores de mala fe, que se les condene a esos contratantes a la restitución de los frutos como poseedores de buena fe, y en cualquiera de esos dos casos se haga la regulación en forma pericial;

"g) Que se comunique al Notario Único y al Registrador de Instrumentos Públicos del Círculo de Sincé la sentencia para que se sirvan anotarla, el primero, al margen de la matriz de las precitadas Escrituras Nos. 152 y 131, y el último de dichos funcionarios en el folio de matrícula correspondiente a la finca 'Villa Matilde', tantas veces citada;

"h) Costas a cargo de los demandados que se opusieren (fl. 77 cuaderno 1).

La *causa petendi* se hizo consistir en los hechos que se sintetizan así:

El señor Pedro Antonio Flórez Cuello, adquirió, por medio de las Escrituras Públicas Nos. 84, del 9 de diciembre de 1932, y 69 de 25 de marzo de 1950, otorgadas en la Notaría del Círculo de Sincé (Sucre), debidamente registradas, el dominio pleno del predio rural denominado 'Villa Matilde' que, luego de su matrimonio católico contraído con la inicial actora el 16 de junio de 1955, transfirió a sus hijos Néstor Rafael, Guillermo León, Pedro Antonio y Alfredo Flórez Castro, según Escritura Pública No. 152 del 9 de junio de 1971, por el precio de doscientos mil pesos ($200.000.00), reservándose el derecho de usufructo 'para toda la vida', mediante contrato que denominaron de compraventa.

Posteriormente, por medio de la Escritura Pública No. 72 del 8 de marzo de 1974, los contratantes aclararon que era donación, y no compraventa, el negocio consignado en el título escriturario citado, y por medio de la Escritura Pública No. 345 del 10 de noviembre de 1975, el entonces donante renunció al usufructo, que lo convertía en nudo propietario del inmueble, para determinar que los donatarios adquirían la propiedad plena del referido predio rural y su correspondiente posesión efectiva.

Finalmente, mediante la Escritura Pública No. 131 del 6 de mayo de 1976, los citados otorgantes declararon la nulidad de la Escritura Pública No. 72 del 8 de marzo de 1974, que revocaron y dejaron sin efecto por contener una donación carente de requisitos legales, según sus propias manifestaciones, procediendo a otorgarle vigencia a la Escritura No. 152 del 9 de junio de 1971 y a la número 345 del 10 de noviembre de 1975, que, en su orden, se referían al contrato de compraventa inicial y a la renuncia del usufructo.

La actora expuso en los hechos de su demanda que tal procedimiento obedecía al querer del causante para dejarla sin posibilidad de heredarle, por lo cual estaba transfiriendo todos sus bienes a los hijos y a las compañeras extramatrimoniales, motivándola a demandar para la sucesión, que oportunamente inició ante la inactividad en tal sentido de los hijos de su cónyuge.

Luego de presentarse varias incidencias procesales, oportunamente resueltas durante el debate, quedaron vinculados a la *litis* las personas naturales antes señaladas, que activamente intervienen para la sucesión de Pedro Antonio Flórez Cuello, frente a quienes, en la parte pasiva, actuaron como sujetos en el negocio cuya simulación se depreca, y frente a otros herederos, no contratantes, algunos de los cuales fueron representados por curador *ad litem*.

La primera instancia concluyó con sentencia en la que se adoptaron las siguientes declaraciones y condenas:

"*Primero*. Declarar que es simulado el contrato contenido en la Escritura Pública número 152 de fecha 9 de junio de 1971, otorgada en la Notaría Única de este lugar, inscrita en la Oficina de Instrumentos Públicos, Sección de Sincé, bajo el número 200, a folios 281/82, Tomo 1°, con fecha 15 del citado mes de junio, ratificado y modificado por la Escritura número 131, otorgada en la Notaría Única de este lugar con fecha 6 de mayo de 1976, registrada en la Oficina de Sincé bajo el número 180, folios 70/72, Tomo 2°, Libro 1° el 21 de mayo del mismo año mediante la cual Pedro Antonio Flórez Cuello dice vender a sus hijos Alfredo Augusto, Néstor, Guillermo, Pedro Antonio y Narciso Flórez Castro el predio rural llamado 'Villa Matilde'.

"*Segundo*. Declarar que el vínculo jurídico existente entre los contratantes es el de una donación entre vivos hecha por Pedro Antonio Flórez Cuello a favor de sus hijos ya mencionados, válida tan sólo hasta el valor de $ 2.000.00 y nula en el exceso, por falta de insinuación.

"*Tercero*. Declarar que la finca 'Villa Matilde' pertenece por una parte a Alfredo Augusto, Néstor, Guillermo, Pedro Antonio y Narciso Flórez Castro en un derecho proindiviso equivalente a $ 2.000.00, y por otra parte, a la sucesión ilíquida de Pedro Antonio Flórez Cuello en un derecho proindiviso igual al resto del valor comercial.

"*Cuarto.* Condénase a los poseedores Alfredo Augusto, Néstor, Guillermo, Pedro Antonio y Narciso Flórez Castro a restituir a la sucesión iliquida de Pedro Antonio Flórez Cuello la parte proporcional de la finca 'Villa Matilde', y de los frutos naturales y civiles del inmueble y no sólo los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir teniendo el inmueble en su poder, desde el 10 de noviembre de 1975, fecha en que el donante renunció al usufructo, y considerándoseles como poseedores de mala fe.

"*Quinto.* Comuníquese esta sentencia al señor Notario de la localidad para que se sirva anotarla al margen de la *matriz de las Escrituras Nos. 132 y 131*, y al señor Registrador de Instrumentos Públicos de esta seccional para que la anote en el folio de matrícula correspondiente a la finca 'Villa Matilde'.

"*Sexto.* Declarar no probada la excepción de prescripción.

"*Séptimo.* Costas a cargo de los demandados. Tásense".

La decisión transcrita fue apelada por los demandados en contra de quienes se profirió, en recurso que desató el Tribunal confirmándola íntegramente mediante sentencia que, en virtud al recurso de casación interpuesto por los demandados, esta Corporación casó, por lo cual la Sala, en sede de instancia, para sustituir la de segundo grado y resolver la apelación, tiene en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES:

i. *Por razones de método se debe abordar, en primer lugar, el tema de la excepción de mérito propuesta, porque ella, a pesar de las ostensibles fallas técnicas advertibles en su presentación, envuelve la negación de la vigencia de la acción impetrada, al fundamentarse, sin argumentación adicional alguna, en el artículo 1750 del Código Civil, determinador del término prescriptivo de la acción de nulidad, cuando ésta es relativa.*

Como consideración única y suficiente para desestimar tal excepción basta anotar que en la presente litis *no se discute evento alguno que conduzca a la declaración de una nulidad relativa, pues lo pedido es la declaratoria de una simulación y la consecuencial invalidez del negocio realmente querido, a saber, una donación. Como es patente, el acogimiento de esta pretensión consecuencial generaría la declaratoria de una nulidad absoluta sobre el negocio realmente querido por las partes, nulidad que en sus términos extintivos se regula por las normas ordinarias de la prescripción, diferentes a la invocada, con plazos sustancialmente distintos al cuatrienio de que trata la norma citada por los excepcionantes.*

En cuanto a la remisión que los mismos hacen al artículo 2529 ibidem, *también es desacertada, porque éste trata de la prescripción adquisitiva que, como tal, sólo puede presentarse procesalmente como acción. Estos planteamientos conducen, por ende, a la confirmación de la decisión del* a quo *en el sentido de declarar no probada la excepción alegada.*

ii. *Al quedar en pie el ejercicio de la acción simulatoria, la Sala procede a estudiarla en su fondo, sobre la base de que, como es sabido, ella tiene su fuente legal*

en el artículo 1766 del Código Civil, cuyo contenido ha sido profusamente desarrollado por la jurisprudencia, para la cual el acto simulado es "todo acuerdo contractual mediante el cual las partes emiten una declaración de voluntad no acorde con la realidad". (G. J., T. CLII, pág. 393). También ella ha dicho que para la prosperidad de la acción se requiere de la presencia de los siguientes condicionamientos:

1. *Que esté probado el contrato tildado de simulado.*

2. *Que quien demanda esté legitimado en la causa.*

3. *Que se demuestre plenamente la existencia de la simulación.*

ii. 1. *En cuanto al primero de los mencionados presupuestos, en autos se encuentra la prueba del contrato que se ataca como simulado, prueba conformada por las copias auténticas debidamente registradas de las Escrituras Públicas Nos. 152 del 9 de junio de 1971, 345 del 10 de noviembre de 1975, 131 del 6 de mayo de 1976 y 72 del 8 de marzo de 1974, otorgada por el causante Pedro Antonio Flórez Cuello a favor de sus hijos Néstor Rafael, Narciso, Guillermo León, Pedro Antonio y Alfredo Flórez Castro, quien actuaba en su propio nombre y en representación de sus otros hermanos. Esos instrumentos son demostrativos de los distintos pasos dados por las nombradas personas con miras a darle alguna figuración jurídica a lo por ellas acordado.*

ii. 2. *El segundo de los requisitos enunciados, lo han sustentado los actores en su calidad de herederos del enajenante Pedro Antonio Flórez Cuello, para demandar a favor de la sucesión, es decir, con interés serio y actual de que se integre a la masa partible el bien inmueble transferido a las personas antes nombradas bajo el ropaje de un contrato de compraventa.*

Así promovió la acción la inicial demandante, en situación que luego prolongaron los otros intervenientes consorciales, quienes lo hicieron como hijos extramatrimoniales de Pedro Antonio Flórez Cuello, señores José Jesús Flórez de la Ossa, Gustavo Gabriel Flórez de la Ossa y Laureano Rafael Flórez Pineda, de quienes se demostró su vocación hereditaria, mediante prueba documental debidamente allegada al proceso, permitiéndoles que, en beneficio de la sucesión, aspiren a que se decrete la simulación del contrato de compraventa ajustado por el de cujus *con algunos de sus hijos, y, previa declaración de la nulidad del acto realmente querido por los mismos, o sea, de la donación, en el exceso de $2.000.00, reingrese el bien a la masa relicta para formar parte de los que deben ser partidos entre todos los herederos.*

iii. *El último de los requisitos, conduce al análisis de la prueba recaudada para demostrar la existencia de la simulación. Esta prueba, como bien se sabe, las más de las veces, es indirecta y, por lo mismo recae sobre hechos concurrentes que, observados en su conjunto, y por su importancia o gravedad, le permiten al fallador descubrir, con la certeza suficiente, la real intención de los contratantes.*

En el presente caso obran los siguientes indicios que, en los términos anotados, le dan a la Sala la convicción sobre que se está ante un acto simulado.

a) *La* conjunctio sanguinis, *o relación de parentesco entre los contratantes, considerada por la doctrina y la jurisprudencia como presunción común a toda clase de simulación, constituye para el presente caso el primero de los indicios determinantes del fenómeno simulatorio, por cuanto el vendedor, Pedro Antonio Flórez Cuello, era el padre extramatrimonial de los compradores, como así se comprueba con los respectivos registros civiles de nacimiento y la escritura pública de reconocimiento;*

b) *Las sucesivas y contradictorias manifestaciones de los contratantes, a raíz de las cuales llegaron a confesar el ánimo de celebrar un contrato de donación y no de compraventa, según lo alcanzaron a expresar en la Escritura Pública Nó. 72 del 8 de marzo de 1974, que posteriormente dejaron sin efecto al notar las insuficiencias jurídicas de que adolecía tal acto, para, finalmente, terminar ratificando el contrato de compraventa en un principio acordado;*

c) *El precio irrisorio, como que se pactó en la suma de doscientos mil pesos ($200.000.00) para un inmueble que, dadas sus especiales características, fue justipreciado en un millón quinientos mil pesos ($ 1.500.000.00), como valor comercial para el año de la celebración del contrato de compraventa, según ampliación del dictamen ordenado de oficio por la Corte. Y aún cuando la escritura inicialmente otorgada diga que se pagó el precio acordado, también se ha de tener presente que luego las partes manifestaron, en otro instrumento público, que lo ajustado por ella fue una donación, amén de que ningún esfuerzo adicional hicieron los demandados en procura de demostrar que, en efecto, sí hubo pago del precio;*

d) *La inicial constitución del derecho de usufructo a favor del vendedor, pactado para regir durante toda la vida del usufructuario y sin cumplir formalidad legal accesoria;*

e) *El ocultamiento de Narciso Flórez Castro, comprador y demandado, que sólo compareció al proceso cuando se le iba a notificar y a dar traslado de la demanda por conducto de curador* ad litem, *luego de emplazársele conforme a lo reglado en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil;*

f) *La pasiva actitud de los demandados en el aspecto probatorio que excluyó la posibilidad de refutar los hechos indiciarios que aquí se relacionan;*

g) *La expresa manifestación de los demandados opositores, en los escritos de contestación a la demanda introductoria, en el sentido de no haber participado en el contrato de compraventa impugnado, cuando del texto de la Escritura Pública número 152 del 19 de junio de 1971, se desprende, que los compradores dieron poder a Alfredo Flórez Castro, también adquirente, para que los representara, como así se lee a folio 94 del cuaderno principal, con lo cual se afirmó un hecho contrario a la verdad en un momento en que tal situación, antes benéfica, les es adversa;*

h) *La Escritura Pública No. 24 del 4 de febrero de 1952, otorgada en la Notaría de Sincé, que obra a folio 74 del primer cuaderno, contiene el acto por el cual el señor Pedro Antonio Flórez Cuello, reconoció a quince hijos extramatrimoniales, fruto de la unión con seis mujeres, de los cuales algunos fueron procreados durante la época en*

que contrajo las únicas nupcias con quien fuera la demandante inicial, señora Bertha Hernández de Flórez, corroborándose lo expresado por ésta en el hecho octavo de la demanda, en cuanto a la vida disoluta del causante y la existencia de ánimo o interés en simular en aras a beneficiar a una parte de sus numerosos herederos.

iv. *Demostrada la simulación del contrato analizado con sujeción a los precedentes elementos de juicio, corresponde añadir que la misma es relativa. En efecto, los sujetos que intervinieron en el acto, en realidad acordaron un negocio jurídico tendiente a transferir el dominio del predio 'Villa Matilde'. Así se desprende de lo dicho por los contratantes Alfredo Augusto, Néstor Rafael y Pedro Antonio durante la diligencia de inspección judicial practicada a tal inmueble el día 4 de julio de 1986 cuando manifestaron al Juzgado estar ocupando el predio "en calidad de propietarios", suscribiéndola como "ocupantes materiales del inmueble". (Fls. 112 y ss. Cdno. 2).*

Cuando los citados demandados invocaron su calidad de dueños o propietarios del mencionado inmueble, indudablemente estaban tomando como punto de referencia del modo de adquisición, la negociación por ellos cumplida con Pedro Antonio Flórez Cuello. Con el certificado expedido por la Oficina de Registro pertinente, el día 20 de junio de 1986, el cual obra a folio 110 del cuaderno 2, se comprueba que la última anotación sobre transferencia del inmueble fue la tachada de simulada, excluyéndose así la posibilidad de invocar la existencia de otros actos contractuales como fuente de la declarada condición de propietarios.

El actor jurídico que aparece al correr el manto simulatorio es una donación, porque en el proceso milita la prueba proveniente de las otras escrituras otorgadas por las partes que, aunque revocadas luego por éstas, dejan ver a las claras cuál fue la real intención de las partes. De hecho, no se puede ser más transparente cuando se expresa que se ha perfeccionado una compraventa, para decirse luego que es una donación, y más adelante, de nuevo, que es compraventa. Todo, con un significativo telón de fondo cuyo boceto radica en la firme intención de transferir el dominio, de un lado, y del otro el igualmente sólido propósito de adquirirlo, sin que, además, y como ha quedado demostrado, sean convincentes los pagos dados al presentar el acto como una compraventa.

Siendo donación el acto que se disimuló con el de compraventa, se tiene que es palmaria su falta de insinuación. En consecuencia, habrá de decretarse su nulidad en el exceso de dos mil pesos ($ 2.000.00), que para la época del contrato celebrado como simulado era el límite a partir del cual se pedía el cumplimiento de la mencionada exigencia, de acuerdo con lo reglado por el artículo 1458 del C. C., cuya transgresión genera nulidad absoluta, por estarse ante la ausencia de un requisito o solemnidad que la ley prescribe para la validez del acto o contrato, en atención a su naturaleza y no a la calidad o estado de las partes. "La falta de insinuación en las donaciones acarrea nulidad absoluta", ha dicho la Corte.

v. La nulidad judicialmente declarada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo. De tal modo consta en el artículo 1746 del C. C., el cual, en su inciso 2º, agrega que en las

restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes, será cada cual responsable, entre otros conceptos, de los frutos, tomándose en consideración la posesión de buena o mala fe de las parte todo; según las reglas generales.

v. 1. En la especie de esta *litis*, el *a quo* condenó a los demandados Alfredo Augusto, Néstor, Guillermo, Pedro Antonio y Narciso Flórez Castro a restituir a la sucesión ilíquida de Pedro Antonio Flórez Cuello la parte proporcional del predio "Villa Matilde", junto con los frutos naturales y civiles percibidos y los que el dueño hubiera podido percibir teniendo la cosa en su poder, desde el 10 de junio de 1975, considerándolos como poseedores de mala fe.

En cuanto a la orden de restituir la parte proporcional del predio, no le merece ningún reparo a la Sala por ser una consecuencia lógica de la declaratoria de nulidad.

Por lo que tiene que ver con la condena al pago de frutos, hecha en abstracto, la Sala tampoco la modificará, es decir, no tomará en cuenta la ampliación del dictamen pericial acá ordenada con el propósito de concretarla, porque lo cierto es que la parte beneficiada con esa condena en abstracto, emitida mucho antes de que entrara en vigor la reforma del Decreto 2282 de 1989 al Código de Procedimiento Civil, en sus artículos 307 y 308, esa parte, se repite, no apeló de la sentencia de primer grado, o sea, que al conformarse con la decisión en abstracto, tiene derecho a concretarla luego, por medio de la liquidación respectiva, según su propio criterio.

v. 2. Es necesario, además, determinar la calidad de la posesión ejercida por los demandados, en virtud a que, con base en ello, se ha de establecer la clase de mejoras a ser reconocidas, punto en el cual se obra de conformidad con lo dispuesto en los artículos 965, 966 y 967 del C. C. que, en su orden y para casos como el presente, disponen sobre el abono, al poseedor de mala fe, de las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa, y el no pago de las mejoras útiles que, sin embargo, podrán ser retiradas cuando con su traslado no se cause desmedro al inmueble y el propietario rehúse pagar el valor de los materiales, en modalidad que también tiene aplicación para cuando de mejoras voluntarias se trata.

Es indispensable, por otra parte, para efectos del reconocimiento de las mejoras en la forma establecida por la ley, que en el expediente se acredite no sólo su existencia, sino también que las mismas se efectuaron durante la época en que el poseedor detentaba el inmueble, puesto que, en procura de la absoluta equidad que inspira lo relacionado con las prestaciones mutuas, se pretende que el propietario pague por las obras que dieron mayor valor al bien, y que el poseedor reciba lo efectivamente invertido en el inmueble, con las limitaciones legales pertinentes.

Es así como, en procura de concretar tales aspectos, el Juzgado del conocimiento obtuvo el respectivo dictamen pericial que, una vez ampliado a solicitud de la parte demandada, determinó la existencia de mejoras en el inmueble en mención, clasificándolas en ocho casas de habitación, cinco corrales de 80 metros, ochenta metros de muro de contención, un kiosco y una báscula para pesar ganado, señalando a las tres últimas como las obras más recientes, cuando les fijó una antigüedad máxima de tres años, partiendo de la fecha del dictamen rendido el 13 de septiembre de 1986 hacia atrás, para, a continuación, indicar los valores unitarios de tales mejoras que sumados arrojaron un saldo global de $ 4.942.000.00 (Fl. 136 cdno. 2).

En tales condiciones, se debe inferir que algunas de esas mejoras ya figuraban como bienes incorporados al predio, según así se desprende de las características dadas al inmueble en las escrituras públicas del 25 de marzo de 1950, del 9 de junio de 1971 y de la otorgada el 8 de marzo de 1974 que en su orden corresponden a las números 69, 152 y 72 que, en copias, obran a folios 85, del segundo cuaderno, 6 y 8, del primer cuaderno, en las cuales se lee que el predio "Villa Matilde", tiene "divisiones, viviendas, corrales, construcciones para la adecuada atención del ganado", lo que, confrontado con lo expresado en la Escritura Pública número 84 del 9 de diciembre de 1932, mediante la cual se perfeccionó la adquisición por parte de Pedro Antonio Flórez Cuello del globo de terreno denominado "Manco Mojan", del que formaba parte la porción "Villa Matilde", que consistía en "una porción de terreno y montes para el cultivo", sin ninguna otra anexidad (fl. 87 cdno. 2), permite concluir que las viviendas y los corrales fueron construidos, durante el lapso de tiempo comprendido entre los años 1932 y 1950, y que, como se anotó, ya existían para cuando, en 1975, los demandados iniciaron los actos posesorios en el inmueble.

Así, pues, se corrobora lo dicho por los peritos, cuando a las mejoras relacionadas como viviendas, les fijaron una edad superior a los diez años, quedando sin piso, por consiguiente, lo expresado por el *a quo*, quien en la diligencia de inspección judicial practicada el día 4 de julio de 1986, manifestó que la casa principal "es su construcción es (sic) nueva" (fl. 119 cdno. 2), toda vez que merece mayor credibilidad lo observado por personas más calificadas para conocer del tema, cuando, además, sus conclusiones concuerdan con la situación fáctica ofrecida por otra pruebas, tal como un poco antes se anotó.

Con lo expuesto se concluye que los demandados tienen derecho al reconocimiento de mejoras, concretadas a las efectuadas en el inmueble durante la época en que ejercieron los actos de señor y dueños inherentes a su posesión, consistentes en el muro de contención, el kiosco y la báscula, que en su poder y por su naturaleza, corresponden a una expensa necesaria, la primera, y las dos restantes, a mejoras útiles.

Aplicando entonces, las normas legales ya anunciadas se tiene que los demandantes deberán reconocer el valor dado por los peritos a la expensa necesaria aquí indicada como muro de contención, o sea, $ 96.000.00, y en cuanto al kiosco y la báscula señaladas como mejoras útiles, los demandados, como poseedores de mala fe, podrán retirarlas, siempre y cuando las condiciones físicas de las mismas lo permita, con ello no se cause desmedro al inmueble y los demandantes que reciban el predio no estén en condiciones de reconocerles su valor.

El reconocimiento anterior significa que para los poseedores vencidos resulta un saldo a favor, lo cual conduce a que, en beneficio de ellos, se dé aplicación a lo dispuesto por el artículo 970 del C. C., facultándolos para que retengan el inmueble "hasta que se verifique el pago", o se les asegure a su satisfacción, aspecto en el que también se adicionará la sentencia del *a quo* que sobre el particular guardó silencio, esa adición, naturalmente, favorece a la parte recurrente.

En cuanto a la condena en costas, esta se mantendrá en su totalidad para la primera instancia. Mas en lo que respecta a la segunda, se fijarán en un setenta por ciento (70%), vista la prosperidad parcial del recurso.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, actuando en sede de instancia.

Decide:

Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sincé (Sucre) el día veintiuno (21) de abril de mil novecientos ochenta y siete (1987), con las siguientes adiciones:

I. Se la adiciona con el reconocimiento en favor de los demandados Néstor Rafael, Guillermo León, Pedro Antonio y Narciso Flórez Castro, de la expensa necesaria consistente en el muro de contención avaluado en $ 96.000.00, suma que la sucesión deberá cubrir dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria del auto de obedézcase y cúmplase que dicte el Juzgado.

Los citados demandados podrán retirar los materiales de las mejoras útiles que se refieren al kiosco y la báscula para pesar ganado. Los actores podrán pagar el valor respectivo.

Dichos poseedores deberán entregar el bien inmueble "Villa Matilde" a la sucesión de Pedro Antonio Flórez Cuello, representada por los aquí demandantes, en el término de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria del auto de obedézcase y cúmplase que dicte el Juzgado, mas a su favor se reconoce el derecho de retención del inmueble hasta que se les cancele la expensa necesaria.

II. Costas de la segunda instancia, en un setenta por ciento (70%), será a cargo de los demandados ya nombrados.

Cópiese y notifíquese.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Héctor Gómez Uribe, Conjuez; *Héctor Marín Naranjo. Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.*

SENTENCIA NUMERO 005

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - TERCERO RESPONSABLE / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - JURISDICCIÓN / JURISDICCION - RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Como la que gravita sobre él no es obligación que surja directamente del hecho punible sino de la relación de subordinación o dependencia en que se halla el autor del hecho punible con respecto a él, su situación tiene que ventilarse en el proceso civil. Por lógica consecuencia, el damnificado debe acudir únicamente a tal proceso, para obtener la indemnización a cargo del tercero responsable, sin que pueda formularla directamente en esa forma dentro del proceso penal. Alternativas que tiene el perjudicado, cuando la pretensión la dirige exclusivamente contra los penalmente responsables. Requisitos para que proceda esta alternativa.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - VÍA DIRECTA / VIOLACION INDIRECTA

Técnica. Ataque todos los fundamentos

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Pedro Lafont Pianetta*

Santafé de Bogotá, D. C., veintitrés (23) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Expediente No. 3336

Ref.: 2468-9 .

E-001

Decídese el Recurso Extraordinario de Casación Interpuesto por Alonso Franco Toro y la Sociedad Antioqueña de Transportes Limitada -Sandra-, contra la sentencia del

23 de octubre de 1990, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario promovido por Gloria Inés Sánchez Arias en su propio nombre y como representante legal de los menores Sergio Alonso y Mónica Liliana Hoyos Sánchez, frente a los citados recurrentes y Gonzalo Bedoya Vergara.

I. Antecedentes

1. Por demanda repartida al Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín, los citados actores solicitan que con citación y audiencia de los demandados se les condene a éstos a pagar solidariamente y en favor de los demandantes "la indemnización de todos los perjuicios de orden material y moral" sufridos por éstos a consecuencia de la muerte violenta de su esposo y padre de los menores, Juan de Dios Hoyos Escobar.

2. La anterior pretensión se hizo descansar en los hechos que seguidamente se compendian:

2.1. El 16 de diciembre de 1986, en momentos en que conducía la motocicleta de su propiedad identificada con placas CSB-87, Juan de Dios Hoyos Escobar fue arrollado por la buseta de placas TR-12-53, conducida por Carlos Araque, afiliado a la Empresa Sociedad Antioqueña de Transportes Ltda. -Santra-, de propiedad de Alonso Franco Toro, y Gonzalo Bedoya, que le causó la muerte.

2. 2. Al producirse el accidente la buseta en mención estaba siendo manejada a exceso de velocidad, por un carril que no le correspondía, por lo cual arrastró a Hoyos Escobar más de 12 metros, hasta introducirlo debajo de un taxi que viajaba delante de él y fue a estrellarse contra dicho taxi. El accidente se debió a la imprudencia con que Carlos Araque condujo la buseta.

2. 3. La víctima estaba casada con Gloria Inés Sánchez Arias, con ella había procreado a Sergio Alonso y Mónica Liliana, por quienes veía con el producto de su trabajo al frente de un taller para motocicletas de su propiedad, que la cónyuge sobreviviente no pudo atender, sufriendo perjuicios, puesto que ella y sus hijos quedaron desprotegidos.

3. Alonso Franco Toro y Gonzalo Bedoya Vergara, sin oponerse expresamente a las pretensiones, pidieron que los actores prueben los hechos de la demanda e indicaron que el accidente se debió a falla en los frenos de la buseta.

La Sociedad Antioqueña de Transportes Limitada -Santra- contestó el libelo para manifestar que no le constan los hechos ya aludidos, y que se opone a las pretensiones de los demandantes frente a las que propuso la excepción de mérito que denominó "inexistencia de responsabilidad y obligación" con fundamento en que la demanda ejercita un derecho de responsabilidad directa del causante del daño y en que "la persona jurídica codemandada no tiene responsabilidad alguna por cuanto ésta no es propietaria ni obtiene beneficio alguno en la explotación del automotor". El conductor labora en beneficio exclusivo del propietario del vehículo y es éste quien paga sus salarios a cuyo beneficio y riesgo se explota la ruta que por disposición o autorización oficial administra la empresa.

4. El *a quo* finalizó la primera instancia con sentencia de 16 de febrero de 1990, en la cual hizo los siguientes proveimientos:

"1. Declárase que los señores Alonso Franco Toro y Gonzalo Bedoya en calidad de propietarios de la buseta de placas TI. 12-53 y la Empresa Santra-Sociedad Antioqueña de Transportes Limitada, en calidad de afiliadora, son civilmente responsables de los daños causados en razón de la muerte violenta del señor Juan de Dios Hoyos Escobar. En consecuencia condénaseles solidariamente a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero:

"a) A la cónyuge Gloria Inés Sánchez Arias:

-Doscientos cincuenta y tres mil trescientos dos pesos ($ 253.302.00), por concepto de daños emergentes.

-Un millón setecientos setenta y dos mil doscientos cincuenta pesos ($1 772 250 00), por concepto de lucro cesante debido.

-Ocho millones cuatrocientos cincuenta mil trescientos treinta y nueve pesos ($8.450.339.00), como lucro cesante futuro, y, finalmente;

-Quinientos mil pesos ($ 500.000.00), en razón de perjuicios morales subjetivos;

"b) Al menor Sergio Alonso Hoyos Sánchez:

-Ochocientos ochenta y seis mil ciento veinticinco pesos ($ 886.125.00), como lucro cesante debido;

-Dos millones doscientos veinticinco mil setecientos noventa y ocho pesos ($2.225.798.00), en razón del lucro cesante futuro y

-Quinientos mil pesos ($500.000.00), como perjuicios morales subjetivos;

"c) Para la menor Mónica Liliana Hoyos Sánchez:

-Ochocientos ochenta y seis mil ciento veinticinco pesos ($ 886.125.00) por concepto de lucro cesante debido;

-Dos millones cuatrocientos veintitrés mil trescientos diez pesos ($2. 423.310.00), en razón del lucro cesante futuro, y

-Quinientos mil pesos ($ 500.000.00) por perjuicios morales subjetivos.

"2. Quedan así rechazadas las excepciones propuestas.

"3. Costas a cargo de los demandados y en favor de los demandantes".

5. Inconforme con el fallo anterior, el demandado Alonso Franco Toro interpuso contra él recurso de apelación, desatado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial

de Medellín por sentencia de 23 de octubre de 1990, en la que confirmó en todas sus partes la del *a quo*, imponiendo costas al recurrente.

6. Contra esta sentencia, los demandados Alonso Franco Toro y la Sociedad Antioqueña de Transportes Ltda. interpusieron recurso de casación, del cual ahora se ocupa la Corte.

La Sentencia del Tribunal.

Expresa que los fundamentos de la responsabilidad civil extracontractual: culpa, daño y nexo causal entre los dos anteriores, varía cuando está de por medio el ejercicio de una actividad peligrosa, como en el presente caso, evento en el cual a la víctima le basta acreditar el daño, pues la culpa del responsable de él se presume, debiendo demostrar éste, si quiere exonerarse de responsabilidad, la existencia de un motivo eximente de la misma, como el caso fortuito, la fuerza mayor, la intervención de un agente extraño, o la culpa exclusiva de la víctima (arts. 2341 y 2356 del C. C.) transcribe al respecto jurisprudencia de la Corte.

Continúa indicando el Tribunal que, acorde con lo anotado sobre el particular por la doctrina y la jurisprudencia, cuando, el hecho dañoso es producto del ejercicio simultáneo de actividades peligrosas entre la víctima y el responsable, si las dos fuerzas que colisionan son de igual grado o magnitud, la presunción de culpa se neutraliza y el damnificado debe demostrar los elementos en que descansa la responsabilidad extracontractual, pero que "si la colisión es de dos vehículos que no revisten igual o aproximado grado de peligrosidad, como el que se puede presentar entre un automóvil y un ciclista, la presunción derivada de la actividad peligrosa, obra en contra del primero, ocurriendo lo mismo, cuando uno de los vehículos está en marcha y otro en receso"; y que en todo caso, prosigue, la única salida que tiene el demandado para exonerarse de responsabilidad sigue siendo probando que el daño se debió a fuerza mayor, caso fortuito, la intervención de un elemento extraño, o la culpa exclusiva de la víctima.

Una vez concreta que no era necesario que la demanda de este proceso se hubiera dirigido también contra Carlos Arauque, conductor de la buseta, por cuanto "su presencia en el proceso es optativa de la parte actora; y por consiguiente el proceso no ostenta el vicio de nulidad que le imputa la censura" (art. 2347 C. C., el Tribunal se remite al material probatorio que obra en la actuación y luego de transcribir lo dicho por el citado conductor en el sentido de que cuando intentó detener la buseta "el freno se me fue al piso", comenta que ninguna de las pruebas "ubica la culpa del insuceso, en el actuar del motociclista, aflorando al menos, que su proceder hubiese contribuido en la producción del accidente porque el taxista, que por obvia razón de ubicación (marchaba adelante de la buseta), no se percató del instante en que se produjo la colisión entre la buseta y el motociclista; y porque, además, el conductor de la buseta, tampoco marchaba con el cuidado y la prudencia necesaria, ya que, según su propia versión, en el preciso instante de ocurrir la colisión, observaba a los pasajeros que transportaba, anotando con ello su propia culpa, sumando a lo anterior, que los trece metros que la buseta arrastró al motociclista, nos indica, que ésta marchaba a una velocidad superior a la permitida en la zona del accidente (50 kilómetros por hora)".

Señala finalmente el sentenciador que ante la "ausencia de prueba de la presunta culpa de la víctima, o de otra causal eximente de responsabilidad" la declaración de responsabilidad recaída sobre los demandados debe mantenerse intacta, al igual que "la cuantificación que de los perjuicios hizo el funcionario de instancia, cuyo monto es muy inferior al indicado por los peritos en su dictamen, experticio que devino idóneo, estando el juez facultado para acoger o rechazar sus conclusiones de ahí que los guarismos de la constitución, así como el procedimiento para obtener tales resultados, deben mantenerse, ya que se encuentran ajustados a la realidad procesal".

II. La Demanda de Casación

Tres cargos formulan los recurrentes contra la sentencia del Tribunal, el primero por la causal quinta de casación y los restantes por la causal primera, los cuales estudiará la Corte en el orden lógico propuesto, acumulando los dos últimos por razones de técnica.

Cargo Primero

En él se acusa la sentencia de incurrir en la causal de nulidad conocida como falta de jurisdicción, que hace consistir el casacionista en que el damnificado con el daño derivado del hecho punible, tiene la alternativa de escoger la vía procesal más idónea para obtener su indemnización, pero que, una vez seleccionada, la autoridad jurisdiccional que avoque el conocimiento del asunto, desplaza a cualquier otra provista de la misma jurisdicción, adquiriéndola de manera exclusiva y privativa. Así, añade, "si se presenta demanda ante la jurisdicción civil, el juez civil será el único competente para el juzgamiento de la controversia, y el juzgador penal no podrá pronunciarse sobre la indemnización del perjuicio respecto de quien la presentó; si por el contrario, el único perjudicado ocurre al proceso penal y se constituye en parte civil, la jurisdicción penal será exclusiva y privativa para efectos de las consecuencias civiles derivadas del punible".

Una vez transcribe sentencia dictada a este respecto por la Sala Plena de la Corte el 3 de diciembre de 1987 y algunos apartes de jurisprudencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, como también los comentarios que en este sentido hace el profesor Pérez Pinzón, el casacionista manifiesta que como al tenor del artículo 152, numeral 1º del Código de Procedimiento Civil, vigente para entonces, la falta de jurisdicción era motivo de nulidad insaneable del proceso, ésta puede invocarse ahora como causal autónoma de casación, ya que es evidente, dice, que este vicio se presentó en el proceso en relación con la demandante Gloria Inés Sánchez Arias, toda vez que ella se constituyó en parte civil en el proceso penal, donde se admitió su demanda el 2 de enero de 1987, pero además promovió independientemente proceso civil, cuyo libelo introductorio fue admitido el 4 de mayo de 1987 (folios 1 a 25 y 75 a 77 Cdno 2). "Siendo improcedente, prosigue, que un mismo perjudicado por el mismo hecho pretenda la indemnización derivada del punible ante jueces de diversa especialidad, y habiendo escogido aquélla de primeras la vía penal, la jurisdicción y jueces penales se convirtieron en privativos para fallar sobre ese aspecto, y habiéndose instaurado luego proceso civil, éste es nulo por falta de jurisdicción".

Solicita por tanto, se case la sentencia, para que se declare la nulidad parcial del fallo recurrido.

SE CONSIDERA

1. *Ciertamente nuestra jurisprudencia no ha sido ajena al estudio, incluyendo el constitucional, sobre la atribución jurisdiccional civil de la reparación de perjuicios ocasionados por delitos, exigidos a terceros.*

1.1. *En efecto, en su sentencia de 3 de diciembre de 1987, citada por la recurrente, la Sala Plena de la Corte declaró inexequible el inciso 1° del artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, norma del siguiente tenor: "En la demanda de constitución de parte civil, o en su adición, los titulares de la acción civil podrán pretender la indemnización de perjuicios contra los terceros civilmente responsables por causa del delito conforme a la ley". Para hacer ese pronunciamiento la sentencia se basó en que "Si bien es cierto que la ley puede extender la competencia del juez penal a asuntos civiles relacionados con el delito, tal como se analiza en los precedentes párrafos, la regulación que los artículos 58 inciso primero, 59, 60, 62, 63, 64, 65 y 66 del Decreto 050 de 1987 hacen de la intervención del tercero civilmente responsable no garantiza en forma efectiva el debido proceso y el derecho de defensa que para él tutela igualmente el artículo 26 de la Carta Fundamental. En efecto, la comparecencia al proceso penal del civilmente responsable le debe permitir hacer uso de las facultades procesales que podría invocar en el proceso civil y que resultan opuestas a la naturaleza propia del proceso penal... Como la que gravita sobre el tercero civilmente responsable no es obligación que surja directamente del hecho punible sino de la relación de subordinación o dependencia en que se halla el autor del hecho punible con respecto a él, su situación tiene que ventilarse en el proceso civil que es más amplio y le brinda más oportunidades para su defensa, permitiendo incidentes o actuaciones que no se pueden cumplir en el proceso penal sin alterar su estructura, tales como la demanda de reconvención, el llamamiento en garantía, la denuncia del pleito, las nulidades, y otras que por la celeridad del proceso penal y por su naturaleza propia, son refractarias con su finalidad, razón suficiente para que su ausencia afecte evidentemente el derecho de defensa del tercero... La improcedencia de estas actuaciones dentro del proceso penal, y de otros de la misma índole que permitan el amplio ejercicio del derecho de defensa del tercero, genera el desmedro de las garantías que al artículo 26 de la Constitución establece en su favor, pues no puede actuar en condiciones de plena igualdad con la víctima o acusador, ni permite al juez penal dictar sentencia justa" (Lo subrayado es de la Sala).*

1.2. *Luego, contrariamente a lo que expone el recurrente, la declaración de inexequibilidad recaída sobre el inciso 1° del artículo 58 del Código de Procedimiento Penal trajo como consecuencia que la reclamación del resarcimiento de perjuicios hecha en la demanda de parte civil en el proceso penal, no pueda estar encaminada contra los terceros civilmente responsables por el ilícito, sino tan sólo contra las personas penalmente responsables del mismo, vale decir, frente a quienes se hallen incriminados como autores, coautores o cómplices en el proceso punitivo.*

Por lógica consecuencia, para obtener la indemnización a cargo de los terceros civilmente responsables, el damnificado debe acudir únicamente al proceso civil, sin que pueda formularla directamente, en esa forma, dentro del proceso penal. En cambio,

cosa distinta ocurre cuando esa misma pretensión resarcitoria se despliega exclusivamente contra los penalmente responsables, porque en este último evento el perjudicado sí tiene, además, la alternativa de hacer valer la misma dentro del proceso penal directamente. Pero en este evento, si el interesado opta por ejercer la acción indemnizatoria contra los penalmente responsables en el proceso penal, debe estarse a las resultas de ese juicio, y no puede, por lo tanto, reclamar esa misma indemnización por la vía del proceso civil mientras aquél no termine, puesto que si por virtud de la constitución de parte civil en el proceso penal el juez de esta especialidad queda igualmente revestido de jurisdicción civil para resolver lo atinente a la indemnización de perjuicios, reclamada a tales personas y no otras, esta gracia legal (art. 38 del C. de P. P.) hace que una vez él asuma el conocimiento de dicha reclamación concreta, desplace de su competencia al correspondiente juez civil quien la pierde al adquirirla aquél a prevención. Luego, en este caso, solamente cuando el juez penal, que conoce de la demanda de parte civil contra los penalmente responsables, haya agotado su competencia con decisión no impeditiva de la posterior reclamación de perjuicios ante la jurisdicción civil, puede entenderse entonces que también el damnificado aún podría acudir ante el juez civil (se repite, si fuere posible) en procura de obtener de aquellos la reparación del agravio económico por él sufrido; y ello, sólo sería posible, por ejemplo, en la medida en que dicho fallo no haga tránsito a cosa juzgada penal, es decir, que no culmine con la declaración de que el ilícito no existió, o que el imputado no lo cometió, o que éste obró en cumplimiento de orden superior o en legítima defensa. Y si, por el contrario, la sentencia que pone término al proceso penal estampe una condena por perjuicios a cargo del penalmente responsable, a ella deberá estarse de manera exclusiva el ofendido.

2. En el caso de este proceso el soporte sobre el cual edifica el casacionista el cargo precedente, estriba concretamente en que asimila o identifica la indemnización que las actoras demandan en este proceso civil, con la que a su turno persigue obtener Gloria Inés Sánchez Arias en el proceso penal de que da cuenta el folio 75 del cuaderno 2, premisa que es inexacta y produce, por lo consiguiente, el derrumbamiento del ataque.

2.1. En efecto, si se observan con detenimiento uno y otro de los procesos en mención, fácil es advertir que la pretensión indemnizatoria que se hace valer con la constitución de la parte civil en el proceso penal tiene como destinatarios a Pedro Nel Valle o Saldarriaga y a Carlos Alberto Araque Castañeda, mientras que la reclamada en esta actuación civil tiene como contradictores a Alonso Franco Toro, Gonzalo Bedoya Vergara y a la Sociedad Antioqueña de Transportadores Ltda. -Santra-, situación que no permite confundir una y otra de dichas acciones, pues se diferencian claramente, al punto que es inaudito pensar que el ejercicio de la primera impide, como lo afirma el censor, el inicio de la segunda, y menos que los juzgadores de instancia carecen, por virtud de esa circunstancia, de jurisdicción para conocer del segundo proceso respecto a la demandante Gloria Inés Sánchez Arias.

2.2. En este orden de ideas, la nulidad por falta de jurisdicción que le atribuye el casacionista a este proceso civil no tiene asidero, porque en realidad no se configuran los motivos de orden fáctico que él aduce.

Siendo así, el cargo es impróspero.

Cargo Segundo

Endilgasele por su conducto a la sentencia el ser violatoria de los artículos 1494, 1614, 1616, 2341, 2343, 2344, 2356 del Código Civil, por aplicación indebida "derivada de error de derecho en el efecto concedido a la confesión de parte, y en relación con los artículos 177, 187, 194, 195, 200 del Código de Procedimiento Civil".

Lo explican los recurrentes manifestando que, al confirmar la sentencia del *a quo*, el Tribunal mantuvo intacta la cuantificación que de los perjuicios hizo este funcionario, quien se fundó en su turno en la confesión de la demandante Gloria Inés Sánchez Arias, con lo cual aquél le atribuyó pleno valor probatorio a dicha prueba contrariando el contenido del artículo 195-2 del Código de Procedimiento Civil, en vista de que esa confesión no versa sobre hechos que produzcan consecuencias adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria, sino que es enteramente favorable a aquél. Que como el daño debe ser cierto y tiene que demostrarse plenamente, al no ser legalmente suficiente la prueba de confesión, el juzgador no debió hacer actuar las disposiciones legales que se indicaron como violadas.

Solicita, consecuentemente, se case la sentencia recurrida.

Cargo Tercero

Mediante éste se le atribuye a la sentencia la infracción directa del artículo 2357 del Código Civil, por falta de aplicación.

Lo desarrolla el casacionista manifestando que la relación de causalidad entre el daño y la culpa del agente, como elemento de la responsabilidad, tiene que estar debidamente acreditada, ya que no es objeto de presunción ni siquiera frente a la actividad peligrosa; y que puede romperse con prueba del elemento extraño, "cuya consecuencia es la absolución del demandado, sea por fuerza mayor o caso fortuito, la intervención exclusiva de la víctima o de un tercero. La exoneración actúa si la causa extraña es única, pues cuando sea "concausa", esto es, cuando el daño se produce con participación del Agente o es atribuible a éste, no alcanza a eximirle del poder resarcitorio del perjuicio; así si la víctima se expone imprudentemente al daño, el monto de su indemnización, está sujeto a reducción...".

Puntualiza más adelante el censor que, cuando se trata de dos actividades peligrosas concurrentes, la Corte ha aceptado la aplicación del artículo 2357 del Código Civil en cuanto toca con la reducción del daño, y sobre este particular transcribe lo pertinente de sentencia de esta Corporación pronunciada el 29 de octubre de 1979, en el ordinario de Alvaro Gutiérrez contra herederos de Francisco Bermúdez. En suma, concluye, "el criterio expuesto frente a la colisión de dos actividades peligrosas implica, cuando existe daño recíproco, por el riesgo o potencialidad de la actividad y la permanente exposición de quienes la despliegan, aplicación del artículo 2357 del Código Civil, que el Tribunal dejó de aplicar, cuando en tales hipótesis, la Jurisprudencia dentro de la equidad, estima razonable la reducción del daño por la actividad misma, la constante exposición y riesgo, e independientemente de otro factor".

Solicita, en consecuencia, que la Corte case la sentencia para que, en sede de instancia, reduzca el monto de la indemnización.

SE CONSIDERA

1. La casación, como recurso extraordinario, aun bajo la vigencia de la reforma procedimental de 1989, continúa disciplinada a la técnica correspondiente, particularmente en la causal primera de casación.

1.1. *Al respecto, es reiterada jurisprudencia de esta Corporación que en la violación directa de la ley sustancial, sea indispensable que el recurrente se abstenga de la apreciación probatoria, fundamento de la decisión atacada, o que, de tenerla en cuenta, no disienta o contraríe, pues en tal evento la impugnación ha debido hacerse por la vía indirecta, indicando los yerros de hecho o de derecho cometidos por el juzgador. No siéndolo así, el cargo resultaría, entonces, defectuoso.*

1.2. *Así mismo, es también verdad averiguada para la jurisprudencia nacional que las acusaciones por violación indirecta de la ley, sólo se reputan ajustados a la técnica de casación cuando son completos porque atacan todas las apreciaciones hechas por el* ad quem, *que le han servido de soporte de la decisión impugnada, ya que únicamente de esta manera tendrían la virtualidad de quebrar el fallo atacado. Pues de lo contrario de ser incompletos, los soportes no atacados, continúan siendo pilares para su sostenimiento, con la presunción legal de acierto con que ha llegado a casación, siendo, por tanto, inútil su análisis de fondo.*

2. Ahora bien, los dos cargos que para su despacho aquí se acumulan, sufren ambos de tales deficiencias técnicas que impiden a la Corte un pronunciamiento de mérito sobre los mismos.

2.1. En efecto, en el primero de ellos el casacionista ataca la sentencia del Tribunal por error de derecho en la apreciación de la confesión de la demandante Gloria Inés Sánchez Arias, aduciendo que esta prueba no reúne los requisitos del artículo 195-2 del Código de Procedimiento Civil ya que ella no versa sobre hechos que produzcan consecuencias adversas al confesante, y que como el daño debe ser cierto y tiene que demostrarse plenamente, al carecer de valor legal dicha confesión, el juzgador no podía mantener intacta la cuantificación de los perjuicios que con base en ella hizo el *a quo*. Sin embargo, como el Tribunal confirmó en todas sus partes la sentencia de primera instancia y en ésta se dijo, para determinar cuál era el ingreso mensual de la víctima, que "según la demanda y la versión de los testigos Gustavo Mejía Muñoz y José Osorio Giraldo, Hoyos Escobar tenía un almacén-taller, en el que se expendían repuestos y otros implementos para motos y se sometía a las mismas a reparación. Los declarantes indican que semanalmente por trabajador recibía ingresos entre 15 y 18.000.00 pesos y que eran tres en total, al momento del fallecimiento de la víctima. Según esa información, ésta percibía un promedio mensual de $192.855.00... pero ello contrasta abiertamente con lo manifestado por la cónyuge sobreviviente y demandante. Indica que su esposo sólo mantenía dos trabajadores permanentes en el taller, presentándose la actividad de uno más sólo cuando había exceso de trabajo. Informa además que carecía de bienes, que al morir sólo dejó una pequeña cuenta de ahorros, que habitaban en casa que les facilitaba

su padre. Interrogada sobre los ingresos de su cónyuge, señala que oscilaban entre $80.000.00 y $100.000.00.

En relación con los ingresos de la víctima, se desestimarán los testimonios de sus extrabajadores, pues conducen a ingresos mensuales extremadamente altos para la época, que no se compadecen con las circunstancias en que ésta vivía y con los bienes que dejó al morir. Más veraz parece lo señalado por la propia cónyuge demandante, quien en forma sincera y espontánea habla de las condiciones económicas no muy generosas que ostentaba su esposo y de sus ingresos netos, muy inferiores a los señalados en la prueba testimonial...

La demandante había de ingresos entre $ 80.000.00 y $ 100.000.00 mensuales. Para los efectos de la liquidación del lucro cesante se tomará como ingreso el de $ 80.000.00 mensuales, pues no resulta justo tener en consideración una suma mayor, así sea promediada, dada la contingencia que en razón de la actividad provocadora de los ingresos se da y en virtud de que el lucro cesante futuro a pagar se calcula para períodos largos, hasta de cuarenta años en el caso de la cónyuge" Por manera que al haber resuelto así el Tribunal en virtud de la confirmación que hizo de la sentencia del *a quo*, su decisión se basó no sólo en la declaración de parte de Gloria Inés Sánchez Arias, sino también en los testimonios de Gustavo Mejía Muñoz y José Osorio Giraldo, que no combatió la censura, de manera que la impugnación contenida en este cargo es incompleta porque el ataque de las pruebas fue parcial y las que quedaron por fuera de él impiden el quebrantamiento de la sentencia.

Pero, adicionalmente, como al inclinarse por el dicho de la citada demandante, el Tribunal desechó la versión que en materia de ingresos suministraron los testigos y que le resultaba a ella más favorable, es obvio que su declaración constituyó una verdadera confesión, legalmente aplicable a la luz del artículo 195 del Código de Procedimiento Civil y, por ende, tampoco se cometió el error de derecho denunciado.

2. 2. El cargo tercero es defectuoso porque el ataque desplegado a través de él se formula por la vía directa, pero el casacionista se aparta, al desarrollarlo, de las conclusiones fácticas a que llegó el Tribunal, pues éste a pesar de que advierte el ejercicio recíproco de actividades peligrosas, estima que la presunción de culpa en este proceso obra en contra del demandado porque la fuerza de la actividad peligrosa desarrollada por la víctima no era de igual magnitud a la que a su turno era ejercitada por el autor del daño, como que mientras éste manejaba una buseta aquél conducía una moto. De esta suerte, para el Tribunal la aplicación del artículo 357 del Código Civil sólo tiene lugar en la medida en que haya "colisión de dos fuerzas caracterizadas como peligrosas, de igual grado o magnitud", lo que no es posible en este proceso porque ese equilibrio de peligrosidad no se da; mientras que para el impugnante basta la mera concurrencia de actividades peligrosas, tal como sucedió, para que se den las bases de aplicación de dicho canon. Es indudable, entonces, que el censor no comparte las conclusiones que en el campo probatorio sacó el Tribunal, al estimar, contrario de lo que dice el sentenciador, que la igualdad en la magnitud de las fuerzas peligrosas concurrentes no es factor indispensable para que pueda hacerse actuar el artículo 2357, o bien que, distinto por

igual de lo que concluyó el Tribunal, ese equilibrio si se da en el caso de este litigio; consideraciones éstas que ha debido hacer valer por la vía indirecta.

3. Viene así de lo antes expuésto, que los dos cargos no son de recibo.

III. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 23 de octubre de 1990.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianeta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 006

PRESUPUESTOS PROCESALES / PRESUPUESTO PROCESAL -DEMANDA EN FORMA / PERTENENCIA - CERTIFICADO DEL REGISTRADOR

El juez está compelido a examinar si en el proceso están presentes para dictar sentencia estimatoria o desestimatoria de las pretensiones del demandante. Importancia del presupuesto procesal demanda en forma. Requisitos adicionales para ciertas demandas. El certificado del registrador que debe acompañarse a la demanda debe indicar de manera expresa, las personas que con relación al específico bien cuya declaración de pertenencia se pretende, figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro, o que de manera clara diga que sobre ese inmueble no aparece ninguna persona como titular de derechos reales. Correctivos jurídicos orientados a precaver decisiones inhibitorias.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Alberto Ospina Botero.*

Santafé de Bogotá, D. C., veintitrés (23) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ref.: 2471

F-002

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 9 de mayo de 1990, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en el proceso de pertenencia adelantado por Carlos y Enrique Ceballos contra personas indeterminadas y al que concurrieron como opositoras las sociedades Bavaria S.A. y la Compañía Colombiana de Industrias e Inversiones, Colinsa.

ANTECEDENTES

I. Por demanda presentada el 12 de febrero de 1983, que por repartimiento le correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena, solicitaron las

mencionadas demandantes que con citación de personas indeterminadas, se les declarase dueños, por haberlo adquirido por prescripción extraordinaria, un bien raíz ubicado en el Corregimiento de Pasacaballos, jurisdicción del Municipio de Cartagena, cuyos linderos y medidas son: "por el frente colinda con casas y solares de los demandantes y mide ochenta y dos (82) metros y solares de Roberto Santa de los mismos demandantes y mide veintinueve metros con cincuenta centímetros (29.50) lo que viene a dar por el frente un total de ciento once metros con cincuenta centímetros (111.50); por el fondo, con la Bahía de Cartagena y mide ciento once metros con cincuenta centímetros (111.50); por la derecha, entrando, linda con propiedad de la Zona Franca y mide seiscientos cinco (605) metros; y por la izquierda, entrando, con el Corregimiento de Pasacaballos y mide seiscientos dieciséis (616) metros".

II. Como hechos fundamentales de la pretensión, los demandantes refieren los siguientes:

a) Que desde hace mas de veinte (20) años vienen poseyendo materialmente el predio antes descrito, en forma ininterrumpida, pública y pacífica, mediante actos propios de dueño, "como limpieza del suelo, relleno del mismo, cercado del predio y regada del material para el relleno", de lo cual da fe la Escritura Pública número 2248 de 31 de diciembre de 1981, de la Notaría Primera de Cartagena;

b) Que los demandantes, durante el lapso en que han ejercido su posesión, no han sido perturbados.

III. Durante el emplazamiento concurrieron al proceso las sociedades Bavaria S.A. y la Compañía Colombiana de Industrias e Inversiones S.A. Colinsa y, fuera de negar los hechos y de oponerse a las súplicas de la demanda de usucapión, expresan que poseen materialmente, en forma proindivisa, "un globo de terreno no mayor, dentro del cual, los demandantes afirman, sin fundamento real ni veraz alguno, poseer el lote materia del litigio y a continuación relacionan como adquirieron el predio, el fraccionamiento del mismo por la construcción de una carretera, la delimitación de las dos porciones, la ubicación del terreno de los prescribientes dentro del 'lote B', los hechos constitutivos de posesión material por parte de las sociedades en el mencionado lote, de todo lo cual concluyen que tienen en el predio una posesión inscrita y material de más de 70 años, que excluye la que 'sin base cierta y veraz aducen los demandantes' ".

IV. Impulsado el proceso, la primera instancia terminó con sentencia de 11 de abril de 1988, mediante la cual se despachó favorablemente la pretensión de usucapión de los demandantes, lo que dio origen a que las sociedades Bavaria y Colinsa interpusieran, contra lo así decidido, el recurso de apelación, habiendo terminado el segundo grado con fallo de 9 de mayo de 1990, por el cual se revocó el proferido por el *a quo* y en su lugar se profirió decisión inhibitoria, por falta del presupuesto procesal de demanda en forma.

V. Inconforme la parte demandante con la resolución precedente, interpuso contra ella, en la debida oportunidad, el recurso de casación, que por estar tramitado, procede la Corte a decidirlo.

La Sentencia Impugnada

El Tribunal, una vez que refiere los antecedentes del litigio, se ocupa prioritariamente de los presupuestos procesales y, dentro de los que señala como tales, se da a la tarea de

examinar el atinente a la demanda en forma, respecto del cual sienta las reflexiones que seguidamente se transcriben:

"En el literal a) de las pretensiones de la demanda, el actor requiere a la justicia para que declare que ha adquirido la propiedad y pleno dominio, por haberse configurado el fenómeno jurídico de la usucapión, el siguiente inmueble:

"Un lote de terreno ubicado en el corregimiento de Psacaballos (sic), jurisdicción de este municipio, cuyos linderos y medidas son: por el frente colinda con casas y solares de los demandantes y mide ochenta y dos (82) metros y solares de Roberto Santa y los mismos demandantes y mide veintinueve metros con cincuenta centímetros (29.50) lo que viene a dar por el frente un total de ciento once metros con cincuenta centímetros (111.50), por el fondo, con la bahía de Cartagena y mide ciento once metros con cincuenta centímetros (111.50); por la derecha, entrando, linda con propiedad de la Zona Franca y mide seiscientos cinco (605) metros y por la izquierda, entrando, con el corregimiento de Pasacaballos y mide seiscientos dieciséis (616) metros".

A ese mismo inmueble se refiere el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos de Cartagena (folio 4), solicitado por los actores y acompañado por ellos con el escrito de demanda.

"Luego el dictamen pericial, producido por mandato inquisitivo del *a quo*, ilustra al juzgado sobre el hecho de que el inmueble poseído por los demandantes es el siguiente:

"Por el frente, limitando con lotes de Carlos y Enrique Ceballos Brango, tal como lo demuestran las Escrituras 225 de la Notaría 2ª y 1129 y 1764 de la Notaría 1ª, mide 111.50 mts. de ancho; por la derecha entrando, limitando con predios de la Zona Franca Industrial de Cartagena, mide 443.00 mts.; al fondo, limitando con la Bahía de Cartagena, mide 115.00 mts.; por la izquierda entrando, limitando con el lote B de la Compañía Bavaria, mide 470 mts. 'El área del inmueble en mención es de 5 has. más 1.004.90 metros cuadrados como aparece en plano anexo que forma parte integrante de este dictamen' "

"La sentencia apelada declara, en el numeral 1° de la parte resolutiva, a los actores Enrique y Carlos Ceballos Branco como propietarios por prescripción adquisitiva extraordinaria del inmueble determinado por los peritos o expertos.

Infiere la Sala diáfanamente, sin esfuerzo mental alguno, que el bien raíz a que se refiere la pretensión demandada y a que se contrae el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, tiene el lindero izquierdo, las medidas de éste y del derecho, y la cabida general, distintos a los que presenta el inmueble determinado y precisado por los peritos, a que se refiere la sentencia de primera instancia.

"Es decir, no hay identidad entre el bien a que se refiere la demanda y el certificado y el que consignan los expertos en su experticio. Por este motivo, la sentencia de primer grado es inconsonante o incongruente con lo pretendido por los demandantes, porque vino a reconocerles el derecho de propiedad sobre un inmueble que tiene un lindero, unas medidas y una cabida diferentes a las consignadas en el libelo demandador.

"Queda claro entonces que a la demanda anexaron los actores (para cumplir con la exigencia del numeral 12 del artículo 75 del C. de P. Civil en armonía con el numeral 5° del artículo 413 *ibidem*) una certificación del Registrador de Instrumentos Públicos; pero es evidente también que el inmueble que en ese instrumento público se detalla no corresponde exactamente con el que viene siendo poseído por los demandantes.

"Por este último aspecto, y porque en la demanda no se consignaron los verdaderos linderos, medidas y cabida del inmueble que con ánimo de señorío y dueño tienen en su poder los actores (no cumpliéndose así la exigencia que trae el inciso 1° del artículo 76 del mismo Estatuto Procesal), no existe **demanda en forma** en el presente caso y, por tanto, no aparece configurado uno de los presupuestos procesales necesario para la sentencia de fondo o de mérito.

"La falta de identidad entre el inmueble objeto de la demanda y el que según el dictamen pericial (no impugnado en firme) vienen poseyendo los demandantes, conduce a aceptar que el emplazamiento a las personas indeterminadas, respecto de las cuales se cumple necesariamente la consulta ordenada en la sentencia, se hizo con la publicidad de un lindero, medidas y cabida distintos a los que determinaron los expertos y acogió en su sentencia el juez de primera instancia, resultando desconocido así el derecho de defensa de los emplazados, precisamente por falta de demanda en forma en el presente asunto.

"En conclusión, faltando uno de los presupuestos procesales (en este caso el de **demanda en forma**) no es menester el análisis de las demás aristas del proceso, y habrá que revocar la sentencia del *a quo* para declarar un *non liquet*, en virtud de la inhibición consecuencial que aparcja la ausencia del susodicho presupuesto procesal".

La Impugnación

Dentro del ámbito de la causal primera de casación, dos cargos formula la parte recurrente contra la sentencia del Tribunal, los que serán despachados conjuntamente.

Cargo primero

Lo hace consistir en quebranto directo de los artículos 762, 768, inciso 1°, 769 inciso 1°, 770, 981, 2512, 2518, 2527, 2531 del C. C.; 1° de la Ley 50 de 1936, 4°, 37 numerales 1 y 4, 305 inciso 3° y 413 numerales 1 y 5 del C. de P. C., por falta de aplicación; de los artículos 77 numeral 7, 85 numeral 1 y 97 numeral 5 del C. de P. C., por aplicación indebida; y de los artículos 75 numeral 12, 76 inciso 1° y 86 del C. de P. C, por interpretación errónea.

En procura de demostrar el quebranto de la ley sustancial, las recurrentes sientan las reflexiones siguientes:

a) Que de acuerdo con la jurisprudencia, para que se pueda proferir sentencia de mérito, deben hallarse presentes en el proceso los presupuestos procesales, entre ellos el de demanda en forma;

b) Que según la legislación procedimental, la demanda, en general, debe ajustarse en su forma a los requisitos señalados en los artículos 75, 76, 77 y 82 del C. de P. C. y,

tratándose de la que inicia el proceso de pertenencia, los señalados en el artículo 413 *ibidem*, de entonces, hoy 407;

c) Que establecen "aquellas normas, cuáles son los requisitos formales que debe contener toda demanda; la necesidad de determinar los bienes inmuebles cuando verse sobre éstos, lo que debe hacerse por 'su ubicación, linderos' y demás circunstancias que los identifiquen; los anexos que a dicho libelo se deben acompañar, desde el momento mismo de su presentación; y la procedencia de acumular o agregar en ese escrito único varias pretensiones. Y el último de los preceptos referidos, el 413 (hoy 407), establece que a la demanda de pertenencia se debe acompañar 'un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos acerca de las personas que figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro o de que no aparece ninguna como tal' ";

d) Que cuando se desentiende el demandante, al estructurar la demanda, de las exigencias legales reseñada, tal defecto da lugar a la ausencia del presupuesto procesal de demanda en forma, que conduce a sentencia inhibitoria, si antes no la depura de las deficiencias, mediante los correctivos jurídicos;

e) Empero, si la demanda se ajusta a todas las exigencias formales no puede afirmarse que es inepta, ni menos el juzgador puede abstenerse de fallar de fondo, so pena de infringir la ley;

f) Que en relación con el requisito formal que el artículo 76 del C. de P. C. exige para la demanda que verse sobre inmuebles, y consistente en la necesidad de especificarlos por su ubicación, linderos, nomenclatura y demás circunstancias que los identifiquen, ha dicho la Corte que si así no sucede y a pesar de interpretar la demanda no encuentra la identidad del bien por no haberse especificado, el fallo tiene que ser inhibitorio. Pero también ha dicho que deficiencias o irregularidades de poca trascendencia no pueden conducir a decisiones de tal índole, porque en tales eventos no se puede sacrificar el derecho sustancial por cualquier imprecisión;

g) Que "en el caso *sub judice* el Tribunal de Cartagena vio que los linderos que para determinar el predio materia del proceso se dieron en la demanda inicial, los que encontró y en verdad son coincidentes con los consignados en el certificado del registrador, no son idénticos a los que al lote poseído por los demandantes le señalaron los peritos en su dictamen rendido en la etapa probatoria: en aquellos dos documentos se dan como dimensiones para los costados derecho e izquierdo 605 y 616 metros, respectivamente; y el dictamen pericial consigna para esas dos alindaciones 443 y 470 metros lineales, en su orden. Y de esa desarmonía o discrepancia deduce que la demanda no está en forma.

"Erradamente consideró el sentenciador *ad quem*, y es aquí en esta conclusión donde reposa el error *juris in judicando* que denunció, que para encontrar la idoneidad de la demanda hay que analizar no solamente el contenido formal de ésta y los anexos que a ella se deben acompañar por mandato legal, sino además las pruebas producidas en el proceso, particularmente el dictamen pericial, pues que cuando el contenido espacial dado por los peritos al bien litigado no coincide con el determinado en el libelo incoativo del proceso, la demanda no está en forma. Tal razonamiento es inaceptable, pues implica error protuberante de hermenéutica atribuir a los artículos 75 numeral 12,

76 inciso 1° y 86 del C. de Procedimiento Civil un alcance que realmente no les corresponde; ampliarle a esas normas su contenido; hacerles decir a tales textos legales lo que su preceptiva no dice.

"Para que se dé el presupuesto procesal de demanda en forma, solamente precisa que la presentada observe en su estructuración formal los requisitos indicados por las normas legales, para la demanda en general y los específicos para cada clase particular de demanda; como es presupuesto de forma y no de fondo, para encontrarlo debe analizarse aisladamente ese libelo, y no este parangonado con lo que pruebas posteriores indiquen. Si, como ocurre en el presente caso, ciertamente no hay identidad entre los linderos dados en la demanda y su certificado anexo con los descritos por el dictamen pericial; si por éstos el predio resulta de menor cabida que la expresada en la demanda, el fenómeno no puede ser jamás informalidad de la demanda sino petición de más de lo debido, caso en el cual el juez debe decidir de mérito aplicando el inciso 3° del artículo 305 del C. de Procedimiento Civil.

"El apuntado error de interpretación fue la determinante para que el Tribunal emitiera sentencia inhibitoria, por falta de presupuesto procesal de demanda en forma, con lo cual quebrantó, por inaplicación, las normas legales que por este concepto señaló en la primera parte del planteamiento del cargo.

"Considerada en sí misma la demanda con la cual se inició este proceso, de su contexto aparece nítidamente que en ella se dan cita todos los requisitos formales exigidos por los artículos 75 y 77 del C. de Procedimiento Civil, para toda demanda en general; los establecidos por el artículo 76 *ejusdem*, para la que versa sobre bienes inmuebles; y a ella se acompañaron los anexos correspondientes, muy especialmente el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos exigido por el artículo 413 *ibidem*, hoy 407 de la codificación vigente. Luego, al contrario de lo inferido por el Tribunal, fuerza es concluir en que el presupuesto de demanda en forma sí está cabalmente presente en este caso".

Cargo segundo

Por éste, acusa la sentencia del *ad quem* de infringir, por vía directa, los artículos 762, 768 inciso 1°, 769 inciso 1°, 770, 981, 2512, 2518, 2527, 2531 del C. C.; 305 inciso 3° y 413 numerales 1, 3 y 5 del C. de P. C., vigente entonces, hoy 407; 1° de la Ley 50 de 1936 y 5° de la Ley 120 de 1928, por falta de aplicación.

El cargo lo desarrollan los recurrentes sobre los asertos siguientes:

a) Que el sentenciador de segundo grado llega a la conclusión de producir un fallo inhibitorio al creer que el inmueble que se describe en la demanda y en el certificado del registrador no corresponde exactamente con el que viene siendo poseído por los demandantes, lo cual constituye una inexplicable confusión, pues una cosa "es la falta de 'identidad entre el bien a que se refieren la demanda y el certificado y el que consignan los expertos en su experticio', y otras bien diferentes son los fenómenos jurídicos de la *plus petitio* y la incongruencia del fallo". Porque la falta de identidad acontece cuando el bien que poseen los demandantes y pretenden en usucapión es totalmente distinto del que describen la demanda y el certificado del registrador, y no cuando entre el uno y el

otro hay apenas una diferencia parcial de su extensión superficiaria, pero aquél es, en todo caso parte integrante de éste; en cambio la *plus petitio* se da "cuando afirmándose por el prescribiente poseer la totalidad del inmueble, se demuestra que solamente posee una porción del mismo; y, finalmente, cuando se concede menos de lo pedido, porque solamente se probó tener derecho a esta parte, lo que hay es un caso de sentencia *infra petita* y no de fallo incongruente por *minima petita*". Y el artículo 305 consagra el fallo *infra petita*, que es el que el Juzgador ciertamente debe pronunciar cada vez que el demandante pide más de aquello a lo que tiene derecho. Y así lo ha entendido la Corte, como puede verse en sentencia de 22 de agosto de 1974. Porque de lo contrario, añade la parte recurrente, habría que decir, "lo que ciertamente resultaría inadmisible por su desacierto, que el fallo tiene que ser adverso al demandante en los casos en que éste no demuestre el derecho a la totalidad de lo que pide, muy a pesar de que resulte fehacientemente acreditado respecto de parte de lo que demanda", porque según doctrina de la Corte que cita, el juzgador tiene el deber de reconocer el derecho hasta donde se haya probado. Y aunque algunas decisiones de la Corte en el punto han sido proferidas en procesos reivindicatorios, lo propio cabe sostener respecto de litigios de prescripción adquisitiva, máxime en presencia de lo que establecía el artículo 413, hoy 407 del C. de P. C.;

b) Que a pesar de que el Tribunal consideró a los demandantes como poseedores de una gran parte del predio por ellos descrito en su demanda, "estimó que la falta de exacta correspondencia de los linderos consignados en ésta y los expresados por los peritos en su dictamen le infunde ineptitud formal a la demanda, pues que, agrega, 'no hay identidad' entre los bienes así alinderados";

c) Que fue "precisamente este desacertado razonamiento, el querer establecer igualdad del todo con la parte, lo que llevó al sentenciador a confundir los fenómenos de incongruencia y de *plus petitio*, con el de la falta del presupuesto procesal de demanda en forma; y con ello a inhibirse de fallar de mérito, incurriendo así en el error *juris in judicando*, que fue el determinante de que en el fallo acusado se dejaran de aplicar las normas sustanciales" señaladas al comienzo del cargo

Se Considera

1. Se ha sostenido por la jurisprudencia actual y de otrora, que el fallador, al decidir con sentencia el litigio, debe analizar sin querella de parte y con prioridad si se encuentran reunidos los presupuestos procesales, o sea, todas aquellas exigencias previas y necesarias para que pueda pronunciarse de mérito sobre la situación litigiosa propuesta por las partes, o en otros términos, está compelido a examinar si en el proceso se encuentran presentes todos aquellos supuestos indispensables que le permitan al juzgador dictar una sentencia estimatoria o desestimatoria de las pretensiones del demandante. Por consiguiente, debe ocuparse si la demanda con la cual se inicia el litigio se encuentra estructurada con sujeción a los requisitos de forma, si el fallador tienen competencia para decidir esa clase de litigios, si las partes tienen personalidad jurídica para ser sujetos de derechos y obligaciones y, finalmente, si los litigantes tienen capacidad para obrar en el proceso.

2. Siendo la demanda en forma uno de los presupuestos procesales y constituyendo a la vez la pieza más importante y fundamental del litigio, como quiera que contiene la pretensión del demandante y le delimita al fallador el ámbito dentro del cual debe moverse al fenecer con sentencia la controversia, la legislación procedimental se ha ocupado siempre de señalar, con la debida precisión y claridad, el conjunto de requisitos mínimos que debe contener todo escrito demandatorio (arts 75 y 82 del C. de P. C.) como de indicar, fuera de los que resultan ser comunes para toda clase de demandas, otros que le son adicionales para ciertas demandas (art. 76 del C. de P. C.).

3. Así, por ejemplo, respecto de los requisitos adicionales para ciertas demandas, que son forzosos, figura el de que cuando ellas versen sobre bienes inmuebles, se deben especificar por su ubicación, linderos, nomenclatura y demás circunstancias que contribuyan a su identificación. Cuando recaigan sobre bienes muebles, se deben determinar por su cantidad, calidad, peso o medida, o los identificarán, según fuere el caso. Cuando la demanda sea de petición de herencia, hasta que se reclame en general los bienes del causante, o la parte o cuota que se pretenda. Y en las demandas en que se pidan medidas cautelares, se deben determinar las personas o los bienes de ellas, así como el lugar donde se encuentran (art. 76 del C. de P. C.).

4. Ahora bien, respecto de los procesos contentivos de una declaración de pertenencia disponía el numeral 5 del artículo 413 del Código de Procedimiento Civil, vigente para la época de iniciación de la litis, que "a la demanda deberá acompañarse un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos acerca de las personas que figuren cómo titulares de derechos reales sujetos a registro o de que no aparece ninguno como tal. Siempre que en el certificado figure alguna persona como titular de un derecho real principal sobre el bien, la demanda deberá dirigirse contra ella".

Actualmente, el numeral transcrito corresponde al 5 del artículo 407, con escasa variación en la redacción, mas no en el sentido y alcance del mismo, lo cual es fácil advertir de su cotejo.

Según el mencionado numeral se exigía y continúa exigiéndose que el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos debe concretarse a señalar las personas que figuren como titulares de derechos reales en el respectivo inmueble o a hacer constar "que no aparece ninguna como tal".

Sobre el contenido y el alcance de la exigencia que se viene analizando, ha afirmado la Corte "que se ha vuelto costumbre, reprobable desde todo punto de vista, patrocinar causas de declaración de pertenencia a espaldas de los titulares de derechos reales constituidos sobre el bien materia de la usucapión. Con ligereza notoria, los jueces dan por satisfecho el requisito exigido en el punto 5 del artículo 413 del C. de P. Civil, con tal que se presente certificado del Registrador de Instrumentos Públicos. No acatan que la ley exige, no la presentación de un certificado cualquiera, sino la de uno específico en que se puntualicen 'las personas que figuran como titulares de derechos reales sujetos a registro o de que no aparece ninguna como tal'. Es decir, el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos que de conformidad con el artículo citado, debe acompañarse a la demanda introductoria del proceso, no es cualquier certificado expedido por ese funcionario, sino uno que, de manera expresa, indique las personas que con relación al específico bien cuya declaración de pertenen-

cia se pretende, figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro, o uno que de manera clara diga que sobre ese inmueble no aparece ninguna persona como titular de derechos reales" *(Cas. Civ. de 30 de noviembre de 1979).*

En pos de este criterio doctrinal, afirmó luego la Corte lo siguiente:

"Siendo la demanda la pieza fundamental del proceso, la ley de los ritos ordena que se sujete a una serie de exigencias mínimas, consagradas expresamente para toda demanda en el artículo 75. En el numeral 12 de esa norma se establece como última: '12. Los demás requisitos que el Código exija para el caso'. Concordante con lo transcrito, el artículo 413 ibídem *empieza diciendo 'en las demandas sobre declaración de pertenencia se aplicarán las siguientes reglas: ...'. Y entre las diferentes que esa norma consagra se encuentra la del numeral 5 que dice: 'A la demanda deberá acompañarse un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos acerca de las personas que figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro o de que no aparece ninguna como tal. Siempre que en el certificado figure alguna persona como titular de un derecho real principal sobre el bien, la demanda deberá dirigirse contra ella'. Dos son, pues, las exigencias contenidas en el transcrito numeral 5, a saber: Que a la demanda se acompañe un certificado del registrador y que siempre que en el certificado aparezca algún titular de derecho real principal la demanda se dirija contra él. Las dos exigencias son, pues, de forma (acompañar la demanda del certificado) y de fondo (demandar precisa y necesariamente a quien figure en el mismo). Ambos requisitos son fundamentales, primero porque la ley los exige, segundo porque produciendo la sentencia en los procesos de pertenencia efectos* erga omnes, *según el numeral 11 del mismo artículo 17 del Código Civil, es preciso vincular al proceso a las personas en quienes se presume el mayor interés en contradecir legítimamente la pretensión del poseedor. Grave es que existiendo un titular de derechos reales registrados, a sus espaldas se tramite y decida en forma definitiva un proceso que por producir efectos no solamente frente a quienes fueron parte en el proceso sino respecto de todos, extinga en forma definitiva su derecho real registrado sin que hubiese tenido oportunidad de defensa.*

"Establecidas las premisas anteriores, pasemos al caso de autos. Ciertamente no se acompañó a la demanda un certificado del registrador sobre quiénes son los titulares de derechos reales sobre el bien usucapido, sino un certificado sobre que, para entonces (noviembre de 1973), 'la oficina no posee libros que faciliten averiguar quiénes o quién es el propietario de determinado inmueble y si su inscripción o registro ha sido cancelado por alguno de los medios establecidos en el artículo 789 del Código Civil...' (folio 12 del cuaderno principal del proceso de pertenencia). No era ese, ciertamente, el certificado que se ha debido acompañar a la demanda. Corolario de lo anterior es que ésta no ha debido aceptarse por el defecto anotado".

5. La exigencia de acompañar a la demanda contentiva de una pretensión de usucapión un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, en los términos del numeral 5 del artículo 413 del C. de P. C., hoy 407, estriba en enervar la conducta dolosa y perniciosa que venía sucediéndose en este linaje de litigios bajo el imperio de la legislación anterior (Leyes 120 de 1928 y 51 de 1943), como quiera que a menudo se adelantaban procesos fraudulentos, sin citación de quienes tenían derechos reales

inscritos en el bien pretendido. De suerte que el requisito del certificado del registrador, en las condiciones que lo exige la ley, no es un simple tributo al derecho formulado, ya que obedece a principios superiores como el de la prerrogativa constitucional de la defensa y a postulados rectores del proceso, como de lealtad, buena fe e igualdad de las partes. Por tanto, los antecedentes que originaron el numeral citado y los principios que lo informan, todo lo cual orientado a poner en jaque la conducta mañosa de algunos litigantes, explica que su acatamiento por el juzgador debe hacerlo a plenitud y, por ende, dentro del marco de rigor que él contiene.

6. Al confrontar las reflexiones precedentes con el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos que se acompañó a la demanda con la cual se inició el proceso de pertenencia, fácilmente se advierte que no es el exigido por la ley para esta clase de litigios, porque expresa que el bien raíz no se ha encontrado en el "índice de tarjetero de inmuebles que se lleva en esta Oficina desde el 27 de septiembre de 1976", añadiendo que "con base en los linderos y ubicación resulta imposible a esta oficina la búsqueda en los libros anteriores a 1976 por cuanto no se lleva índice de inmuebles, sino de adquirentes". Como se ve, no dice por parte alguna que no existen titulares de derechos reales en el bien inmueble sino, algo bien distinto, o sea, que del 27 de septiembre de 1976 hacia adelante no aparece en el índice tarjetero y de esta fecha hacia atrás le es imposible la búsqueda. Con este certificado no se puede saber si existen o no personas que figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro. Por tanto, ante situaciones como la que ofrece la litis, la demanda no debió ser admitida, mas como ocurrió lo contrario y no se utilizaron los correctivos jurídicos para obtener un fallo de mérito, la decisión que se imponía fue la que se tomó por el *ad quem*, por falta de presupuesto procesal de demanda en forma, así no comparta la Corte las motivaciones que se dieron por el sentenciador de segundo grado.

7. En procura de que la demanda estructurada con omisión de las exigencias formales no propicie una sentencia inhibitoria, o sea, una actividad jurisdiccional inútil, se han establecido positivamente una serie de correctivos jurídicos orientados a precaver decisiones de tal linaje, pues al efecto, ab initio puede el Juzgador inadmitirla (art. 85 del C. de P. C.) y, si a pesar de ello la admite, el demandado, a través de excepción previa, puede lograr que se depure de los defectos formales que presenta (arts. 97 y 99); si las medidas de saneamiento enunciadas no fueron eficaces, ya porque el juzgador pasó por alto los defectos de que adolecía, ora porque el demandante tampoco se percató de las fallas por él cometidas para corregirlas, o porque la parte opositora no propuso el medio excepitivo previo de inepta demanda y en el momento de fallar el litigio el Juez encuentra la demanda con un defecto de forma, de tal índole que ciertamente le impida un pronunciamiento de mérito, su decisión entonces tendrá que ser inhibitoria, por estar ausente el presupuesto procesal de demanda en forma. Y tal es lo que acontece en este litigio como ya quedó visto.

8. Viene de lo dicho, que así le asistiese razón al recurrente en la formulación de los cargos, la Corte no podría quebrar la sentencia impugnada, porque situada en instancia tendría que llegar, así sea por motivos diferentes, al mismo resultado.

Se tiene, entonces, que los cargos no prosperan.

RESOLUCIÓN:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de 9 de mayo de 1990, pronunciada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

No hay lugar a condena en costas en el recurso de casación. (art. 375 del C. de P. C.).

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO A-016

DIVORCIO / MATRIMONIO CATOLICO / CASACION - IMPROCEDENCIA

Las normas reguladoras del divorcio de los matrimonios civiles (Ley 1ª de 1976), no son aplicables al matrimonio católico, mientras el legislador así no lo disponga. El artículo 42 de la Constitución Nacional no es de aplicación inmediata, sino que es una norma programática constitucional, que requiere desarrollo legislativo. Improcedencia del recurso en el proceso de divorcio.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Pedro Lafont Pianetta.*

Santafé de Bogotá, D. C., veintinueve (29) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Referencia: Expediente número 3772.

R-2482 E-005

Se decide por la Corte el recurso de queja interpuesto por la parte demandante contra el auto de 8 de noviembre de 1991, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el proceso de divorcio iniciado por Diana Dasucky de Charanek contra Alfredo Charanek Dasucky.

I. ANTECEDENTES

1. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, mediante sentencia proferida el 18 de octubre de 1991, desató el recurso de apelación que contra el fallo dictado por el Juzgado Promiscuo de familia en el proceso de divorcio iniciado por Diana Dasucky de Charanek contra Alfredo Charanek Dasucky interpuso la parte demandada.

2. Contra la sentencia del Tribunal, interpuso entonces el apoderado de la actora el recurso extraordinario de casación, cuya concesión se denegó por el fallador de segundo grado, en auto visible a folios 13 y 14 de este cuaderno, en copias, por considerar

que conforme a lo dispuesto por los artículos 366 del C. de P. C. y 9º del Decreto 2272 de 1989, es improcedente el recurso de casación contra la sentencia impugnada.

3. En memorial visible a folios 15 y 16 de este cuaderno en copias, la parte recurrente interpuso reposición contra el auto de 8 de noviembre ya aludido, con solicitud de que, en caso de no prosperar la reposición de esa providencia se le expidieran copias para ocurrir en queja ante esta Corporación.

4. El Tribunal, en auto de 26 de noviembre de 1991 (fls. 17 a 19 en copias), denegó la reposición contra el auto impugnado y ordenó compulsar las copias necesarias para la tramitación del recurso de queja, que ahora se decide por la Corte.

II. Consideraciones

1. Conforme a lo dispuesto por el artículo 377 del C. de P. C., el auto que deniegue la concesión del recurso extraordinario de casación, es susceptible de recurrir en queja y, de acuerdo con la competencia funcional atribuida por el artículo 25 del C. de P. C., de este recurso conoce la Corte Suprema de Justicia, lo que significa que esta Corporación en el caso de autos es competente para decidir el recurso de queja a que se hace mención en los antecedentes de esta providencia.

2. Mediante las normas contenidas en la Ley 1ª de 1976, reguladora del divorcio vincular en el Estado colombiano, consagró en su artículo 27, el proceso de divorcio, sólo para los matrimonios civiles, como un proceso abreviado, transformado a proceso verbal con las modificaciones que le fueron introducidas por el Decreto 2282 de 1989. Normas éstas de orden público sustancial y procesal, que, aún, bajo la vigencia de la Constitución de 1991, son las básicas, para regular con sentido restrictivo y mientras no sean modificados, entre otras, la naturaleza del matrimonio objeto de divorcio civil, las causas, la acción, la jurisdicción, la competencia, los procedimientos, los recursos, etc. en materia de divorcio de matrimonios, no aplicables por tanto a los matrimonios católicos mientras el legislador no desarrolle la norma programática constitucional contenida en el artículo 42 de la C. N., pues conforme a los antecedentes jurídicos y al exacto alcance de su contenido, la calidad normativa de este programa institucional (recogido en la Carta Política) no le atribuye la aptitud para operar por sí sola, de manera inmediata, sino por el contrario, mediante su desarrollo legislativo.

3. Ahora bien, dada la naturaleza de extraordinario que tiene el recurso de casación, las normas sobre su procedencia, son de interpretación estricta, por lo que no resulta conforme a derecho acertado ampliarlas a sentencias respecto de las cuales la ley no ha autorizado específicamente este recurso. Ello quiere decir, entonces que conforme al numeral 4º del artículo 366 del C. de P. C., sólo son susceptibles de impugnación mediante este recurso extraordinario las sentencias sobre el estado civil de las personas cuando han sido proferidas en procesos ordinarios, es decir que si trata de sentencias que se refieren al estado civil pero que hubieren sido dictadas en procesos diferentes al ordinario, por ministerio de la ley no son susceptibles de recurrir en casación.

4. Así las cosas si conforme al artículo 427 del C. de P. C. el proceso de divorcio de matrimonio civil se tramita como verbal, es evidente que la sentencia que en él fuere

dictada en segunda instancia no puede ser recurrida en casación y por ello asiste la razón al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en cuanto denegó la concesión de ese recurso extraordinario en el auto de 8 de noviembre de 1991 (fls. 12 y 14 de este cuaderno en copias).

III: DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil-

Resuelve:

Declárase conforme a derecho el auto de noviembre 8 de 1991, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el proceso de divorcio iniciado por Diana Dasucky de Charanek contra Alfredo Charanek Dasucky mediante el cual se denegó la concesión del recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de segunda instancia dictada en este proceso el 18 de octubre de 1991.

Cópiese y notifíquese. Devuélvase al Tribunal de origen.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 012

DERECHO DE CONTRADICCION - Defensa / EXCEPCION - Concepto - Categorías / EXCEPCION - Reconocimiento

Noción de la primera. La segunda consiste en la alegación de hechos nuevos diversos a los postulados en la demanda, excluyente de los efectos jurídicos de éstos, ya porque hayan impedido el nacimiento de tales efectos, ya porque no obstante haber ellos nacido, los nuevos hechos invocados los han extinguido. Categorías de excepciones de fondo y los hechos que corresponden a cada una de ellas. Su reconocimiento siempre y cuando se aleguen y prueben los hechos que las constituyen. Excepción a la regla anterior. La simulación como verdadero hecho impeditivo.

CONGRUENCIA / INCONGRUENCIA

Importancia de este principio. Se incurre en incongruencia cuando no se resuelven todos los puntos que deben tenerse como objeto de debate. La inconsonancia en materia de excepciones.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*

Referencia: Expediente número 3234.

Santafé de Bogotá, treinta (30) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Decide la Corte sobre el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha seis (6) de abril de 1990, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario de mayor cuantía seguido por Raimundo Martínez Ruiz contra la Sociedad

Radio Guanentá Ltda. y Lilia Leonor Martínez de Rojas en su condición de propietaria del establecimiento Almacén Rojo y Blanco, Tienda.

I. El Litigio

1. En demanda que por repartimiento efectuado el 10 de septiembre de 1988 le correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de San Gil, solicitó el demandante Raimundo Martínez Ruiz, mayor de edad y domiciliado en esa localidad, que con citación y audiencia de los referidos demandados se declare que es de su dominio pleno y exclusivo un inmueble ubicado en los números 10-30 y 10-32 de la calle 12 de la ciudad de San Gil, distinguido con el folio de matrícula inmobiliaria número 319-0008887 de la oficina de registro de ese mismo lugar y cuyos linderos especifica la demanda; que como consecuencia de la anterior declaración se condene a los demandados a restituirle al demandante el inmueble "...cinco días después de ejecutoriada la sentencia..."; que se condene así mismo a los demandados a pagarle al actor, por ser poseedores de mala fe, el valor pericialmente determinado de los frutos civiles que el propietario hubiera podido percibir con mediano cuidado desde el 1° de febrero de 1981, ello además del costo de las reparaciones a que hubiere lugar en el inmueble materia de la pretensión y que se hicieren necesarias por "...culpa de los poseedores..."; y en fin, que se condene a los demandados a pagar las costas del proceso.

Y las anteriores pretensiones se fundamentaron en varios hechos que cabe resumir de la siguiente manera:

a) Remontándose a la venta de la que da cuenta la Escritura Pública N° 461 del 16 de noviembre de 1966 otorgada en la Notaría 2ª del Círculo de San Gil y citando una cadena ininterrumpida de títulos traslaticios de dominio que llegan hasta la Escritura N° 653 del 10 de diciembre de 1980 autorizada por el Notario Primero de esa ciudad, afirmó el demandante ser propietario actual del inmueble cuya reivindicación pretende, pues son esos títulos legítimos y la inscripción inmobiliaria a su favor se encuentra vigente;

b) Sin embargo y desde el 1° de febrero de 1981, el actor se encuentra privado de la posesión material del bien raíz en cuestión, esto por cuanto la sociedad Radio Guanentá Ltda., insiste en que es ella la propietaria y con tal carácter lo ocupa, cosa que no es cierta toda vez que el demandante Raimundo Martínez Ruiz cedió el uso de ese inmueble porque la entidad mencionada "...no tenía domicilio fijo, contrariando las normas sobre legislación radial...", permitiéndose así que en ese lugar funcionara la emisora;

c) Radio Guanentá Ltda., le arrendó la primera planta de la edificación a la señora Lilia Leonor Martínez de Rojas quien estableció allí el almacén denominado "Rojo y Blanco, Tienda" y paga a la arrendadora la cantidad de $40.000 mensuales, luego "...Radio Guanentá Limitada y el Almacén Rojo y Blanco -dice el actor en su libelo- son los actuales poseedores del inmueble que trata de reivindicar...", poseedores que son de mala fe para los efectos de las prestaciones restitutorias a que hubiere lugar.

2. Enterados los demandados del contenido de la demanda contra ellos dirigida, respondieron en sendos escritos presentados el 24 de octubre de 1988 y lo hicieron en sentidos distintos, a saber.

a) Lilia Leonor Martínez de Rojas aduciendo carencia de acción frente a ella, pues es arrendataria de un local ubicado en la primera planta del inmueble de manera que en tal condición la propiedad que reconoce es la de Radio Guanentá Ltda., luego en su contra no puede deducirse la pretensión reivindicatoria;

b) Por su parte la sociedad Radio Guanentá Ltda., se opone rotundamente a todas las pretensiones, alegando que el demandante carece de derecho a la reivindicación. No es dueño ni poseedor del inmueble y, por el contrario, "...tiene pendiente la obligación de devolver la escritura a favor de Radio Guanentá Ltda..." por fuerza de circunstancias que el escrito de contestación visible a folios 206 a 213 del cuaderno principal resume en los siguientes términos:

"...La sociedad vendedora (Rueda García y Cía. Ltda. Ganadera Macaregua) para evitar el pago de impuestos más elevados, después de haber hecho la promesa de venta a Radio Guanentá Ltda. y de común acuerdo con los socios de esta -que al decir del mismo escrito lo eran por ese entonces- el demandante Raimundo Martínez y Mario Guillermo Rojas Valenzuela- procedió a realizar una promesa de venta del mismo inmueble a un señor Gerardo Gómez Bautista quien era a la sazón obrero, trabajador, peón y asalariado de uno de los dueños de las fincas que la sociedad tiene o tenía en la vereda Macaregua de Villanueva; esta operación simulada y consentida se hizo mediante documento suscrito el 29 de julio de 1980, es decir veinte días después del verdadero contrato -carácter que el opositor le atribuye a una primera promesa firmada el 8 de julio de 1980 entre Félix Francisco Rueda García y el demandante, estipulándose como precio de compra la cantidad de $ 2.000.000- (...); y para asegurar *ab initio* esta supuesta promesa de venta, se realizó el mismo día, o sea el 29 de julio, otra promesa de venta entre el precitado testaferro y Raimundo Martínez Ruiz, en el primer documento se vendió (sic) el documento por ridículos $ 300.000 y el mismo día se prometió vender por $2.600.000, y la verdad es que el precio real de venta no fue ni el uno ni el otro, sino el referido antes en la primera y real promesa de venta", añadiendo que desde el principio de la negociación cuyos preliminares son esos, fue Radio Guanentá Ltda. la que decidió comprar y lo hizo a través de uno de sus socios "...porque era entonces gerente de un prestigioso banco y ello permitía más fácilmente el crédito y además porque el señor Rojas Valenzuela tenía aún pendientes, en forma indirecta, unos enredos en la quiebra comercial de su señor padre don José Rojas Mejía y no era conveniente que figurara en la transacción...", luego nunca el socio hoy demandante desembolsó suma alguna para pagar el precio de compra del inmueble; "...eran dineros y compromisos de la sociedad Radio Guanentá Ltda...." de modo que el señor Martínez Ruiz "...suscribió documentos pero en nombre de la sociedad y por mutua confianza entre los socios, de ahí que nunca tuvo la preocupación de conservar ninguna escritura donde él presuntamente figuraba comprando (...) y si por el contrario los conserva la sociedad...".

3. Planteada la controversia dentro de los extremos que se dejan reseñados y adelantado el proceso de acuerdo con la ley, la primera instancia culminó con sentencia de fecha 29 de julio de 1989 mediante la cual el juzgado del conocimiento, decidiendo sobre el fondo del litigio, hizo lugar a las pretensiones del demandante frente a la sociedad Radio Guanentá Ltda., absolvió a la demandada Lilia Leonor Martínez de Rojas y le impuso a la citada entidad la obligación de pagar las costas del proceso en un 70%, decisión apelada por el mandatario judicial de los demandados.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil le puso fin al segundo grado por sentencia de abril seis (6) de 1990, providencia que después de confirmar en su parte medular la del *a quo*, le reconoce a la sociedad Radio Guanentá Ltda. el derecho a reclamar el pago de mejoras útiles efectuadas sobre el inmueble "...antes de la notificación del auto admisorio de la demanda y traslado de la misma..." y, además, modifica el monto de la condena en costas impuestas en favor de la demandada absuelta.

II. La Sentencia Impugnada y sus Fundamentos

1. Después de referirse en detalle a las incidencias de la actuación durante la primera instancia, advierte el Tribunal que la inconformidad de los apelantes apunta a tres aspectos básicos, a saber:

1. Que contra lo declarado en la providencia sin fundamento en derecho, el inmueble reivindicado pertenece a la sociedad Radio Guanentá Ltda. y por esta última fueron ".. girados..." los dineros para la adquisición.

2. Que en la sentencia recurrida no hubo reconocimiento de mejoras a favor de la sociedad mencionada, propiciándose en consecuencia el enriquecimiento injusto del demandante; y

3. Que al ser absuelta la demandada Lilia Leonor Martínez de Rojas por no tener la condición de poseedora, la condena en costas a su favor debió ser del 100% y no del 30% como sin base legal resolvió determinarlo el juzgado. Y siguiendo este orden, pasa en seguida la Corporación a ocuparse de cada una de estas cuestiones para concluir, con apoyo en consideraciones de variada índole cuyo contenido adelante se resume, que el fallo apelado ha de ser confirmado con las modificaciones arriba señaladas.

2. En cuanto al primero de los temas planteados y a vuelta de aludir a la noción normativa de la acción reivindicatoria y los elementos estructurales que la identifican, declara el Tribunal que mediante la Escritura Pública N° 653 de 10 de diciembre de 1980, traída en copia regularmente expedida a los autos, y la inscripción inmobiliaria de la que dicho documento fue objeto, el actor demostró la titularidad del derecho de dominio sobre el inmueble cuya posesión reclama, demostración que no puede tenerse por enervada o contradicha con éxito por la sociedad demandada al sostener reiteradamente que el aludido inmueble fue en realidad adquirido por ella, esto porque si bien es cierto que allegó "... una serie de documentos que (...) dejan dudas sobre quién pagó el inmueble y en qué calidades figura el demandante por haber sido socio de Radio Guanentá, (...) sucede que esto debe ser resuelto en proceso diferente, como al parecer ya se encuentra en trámite, conforme se desprende del contenido de la solicitud elevada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de esta ciudad, vista al folio 15 del cuaderno de este Tribunal ...", criterio que líneas adelante la Sala sentenciadora explica en los siguientes términos:

"... Los documentos presentados por el demandado, si bien contienen aseveraciones que en otro proceso se les puede asignar alguna prueba importante, no llegan a demostrar en el presente un mejor derecho que el demandante (sic) quien presenta escritura pública debidamente registrada, cuya validez no ha sido infirmada por pronunciamiento judicial, razones que nos imponen darle el valor requerido y demostrativo, debiendo reconocer a su titular como único propietario (...), situación que nos

lleva a dar por probado el primer presupuesto exigido para la prosperidad de la acción...".

Y unidos al anterior, dice el Tribunal en procura de fundamentar su decisión de confirmar por este primer aspecto la sentencia apelada, frente a la sociedad Radio Guanentá Ltda., concurren los restantes presupuestos en virtud de los cuales es necesario dispensarle al interés del demandante la protección jurídica por él exigida, cosa que no ocurre con la demandada Lilia Leonor Martínez de Rojas quien es tenedora del inmueble, "...encontrándose allí amparada por un contrato de arrendamiento precisamente celebrado con Radio Guanentá ...".

3. Por lo que toca con el abono de mejoras, dando por supuesto de acuerdo con el *a quo* que la poseedora condenada a restituir lo es de buena fe y aplicando el artículo 966 del Código Civil, afirma la corporación sentenciadora, inspirándose en referencias de jurisprudencia que transcribe en lo pertinente, que debe ser modificado en este punto el fallo, reconociéndole a la entidad demandada el derecho a obtener el pago del valor de las mejoras efectuadas en el inmueble hasta el 10 de octubre de 1988, fecha esta última en la cual se surtió el respectivo traslado de la demanda.

4. Finalmente e invocando los numerales 4 y 8 del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, estima el Tribunal que la regulación sobre el pago de costas a favor de "Rojo y Blanco, Tienda", contenida en la providencia recurrida, también debe ser modificada, pues ha de entenderse que esta parte demandada "... hubo de efectuar gastos en apoderado para su representación en el proceso, de donde resulta necesariamente que tuvo erogaciones..." por lo que "... en equidad. .." debe elevarse el porcentaje a cargo del actor en un cincuenta por ciento.

III. La Impugnación y Consideraciones de la Corte

Dos cargos formula el recurrente contra la sentencia, ambos dentro del ámbito de la causal primera y que la Corte procede a estudiar conjuntamente por mérito de las razones que en su momento se advertirán.

Cargo primero

Mediante esta primera tesis, se acusa la sentencia de infringir por vía indirecta, a causa de errores evidentes de hecho en la apreciación del material probatorio, los artículos 267, 304, 305 y 306 del Código de Procedimiento Civil junto con los artículos 1766 y 2177 del Código Civil por falta de aplicación, y los artículos 946, 947, 950, 952, 961 y 964 también del Código Civil por aplicación indebida, esto por cuanto "... al dejar de ver la excepción que se propuso y pasar por alto la prueba plena que demuestra su configuración, dejó de aplicar los textos que obligan a resolver sobre las excepciones propuestas y a declarar la que se encuentre probada en el proceso, así no se le haya dado denominación específica, y aplicó indebidamente los textos legales que regulan la acción de dominio, pues habiéndose demostrado que es sólo aparente el título del reivindicante, quien reconoce a la demandada como dueña, no podía acogerse la pretensión reivindicatoria...".

Desarrolla el cargo el recurrente sosteniendo que si en términos generales y de acuerdo con conocidas enseñanzas de doctrina que extracta en sucesivas transcripciones, en el terreno propio del proceso civil las excepciones quedan bien propuestas -aunque no se les dé nombre específico- expresando las razones y hechos que las fundamentan, forzoso es concluir que en la especie materia de estudio, contra el parecer de los juzgadores de instancia sobre este particular, la sociedad demandada no se circunscribió a rechazar la acción reivindicatoria contra ella incoada, sino que de modo "...claro y reiterante", en el escrito de contestación y contraatacando la posición del actor, sostuvo que la única titular del derecho de dominio sobre el inmueble es ella como verdadera compradora que fue y que adquirió precisamente a través de Raimundo Martínez Ruiz, "...sujeto interpósito que nunca tuvo intención de adquirir para él y que siempre había reconocido que el *verus dominus* del inmueble era Radio Guanentá como lo declaró solemnemente el 27 de septiembre de 1985 en escrito auténtico que obra a folios 119 y 120 del cuaderno uno...". En otras palabras, cayó en error evidente de hecho el Tribunal al ignorar que en la contestación de la demanda la sociedad opositora enfrentó a los hechos constitutivos de la pretensión, un conjunto de otros hechos "...trascendentes e impeditivos del derecho invocado por el demandante", hechos esos últimos que comportan una verdadera excepción con poder suficiente para enervar dicho derecho -pues de resultar demostrados ponen al descubierto que Raimundo Martínez sólo en apariencia tiene título de propiedad sobre el inmueble litigado- y que bien podría denominarse, al decir del censor, "...carencia de título del demandante, o título aparente, o título fingido o simulado, o de mandato sin representación, etc.". Y dentro del mismo ámbito de la equivocada apreciación de la naturaleza de la defensa deducida en juicio por la sociedad tantas veces mencionada, incurrió así mismo el Tribunal en errores de igual estirpe al pasar por alto que en la contestación se dijo que el demandante, a través del contrato contenido en la Escritura Pública Nº 653 de 10 de diciembre de 1989, otorgada ante la Notaría 1ª de San Gil, no compró el inmueble para sí sino para Radio Guanentá Ltda., que ésta lo adquirió "... para su sede y desenvolvimiento de actividades propias..." y que el demandante en reivindicación reconoce no ser dueño del bien raíz de marras pues en el documento privado de 27 de septiembre de 1985 se dejó expresa constancia que de acuerdo con esos antecedentes, "...el señor Martínez Ruiz tiene pendiente la obligación de devolver la escritura a favor de Radio Guanentá Ltda. ...".

De otro lado y para finiquitar la argumentación, asevera la censura que además de lo anterior, la corporación sentenciadora dejó de ver que en el documento auténtico obrante en el expediente a folios 119 y 120 del cuaderno principal el actor aceptó que el verdadero titular del derecho de dominio sobre el inmueble cuya restitución reclama, lo era la sociedad demandada, inadvertencia que unida al desconocimiento de vehementes indicios existentes en el plenario sobre la calidad de intermediario con que obró Raimundo Martínez Ruiz "...comprando para Radio Guanentá Ltda. ...", condujo a la decisión jurisdiccional que mediante el recurso de casación se combate.

Cargo segundo

Se acusa la sentencia de quebrantar indirectamente y por efecto de errores de derecho cometidos en la valoración de la prueba, los artículos 946, 947, 950, 952, 961 y 964 del Código Civil, por aplicación indebida, y los artículos 304, 305 y 306 del Código de Procedimiento Civil por falta de aplicación, todo sobre la base de suponer, a

diferencia del criterio expuesto sobre este tema en orden a sustentar el cargo anterior, "...que el Tribunal entendió que en la contestación de la demanda Radio Guanentá propuso la excepción de que el demandado carece de título o de que su título es meramente aparente porque el inmueble reivindicado fue adquirido para ella y no para Raimundo Martínez Ruiz, pero que a los documentos presentados por la excepcionante no se les puede dar valor en este proceso y, por tanto, no llegan a demostrar un mejor derecho de ella que el acreditado por el demandante al aportar la escritura de compra ...", luego en su providencia el *ad quem* infringió reglas imperativas de disciplina probatoria contenidas en los artículos 187, 251, 252, 264 y 279 del Código de Procedimiento Civil, pero muy particularmente el precepto consagrado por el artículo 267 *ibidem*, al darle plena fuerza demostrativa a la copia de la Escritura Pública N° 653 de 10 de diciembre de 1980 (fls. 35 y 36 del cuaderno 1°) y al propio tiempo, desconocerle ese mismo vigor al documento privado obrante a folios 119 y 120 del cuaderno mencionado y el cual, ". .por ser una contraescritura..." debe prevalecer entre las partes.

"... En la especie de esta litis -dice el casacionista para explicar su tesis- no podía el Tribunal dar el valor que le concede el artículo 264 del Código de Procedimiento Civil a la Escritura número 653 (...) que contiene la compraventa celebrada por Raimundo Martínez Ruiz y Gerardo Gómez, por la potísima razón de que el aparente adquirente, Raimundo Martínez, en el documento privado que obra a folios 119 y 120 del cuaderno principal, que es auténtico por estar reconocido ante notario, reconoció en el punto segundo de ese escrito que el inmueble que ahora reivindica es de propiedad de la sociedad Radio Guanentá Ltda., con domicilio en San Gil...", reconocimiento éste último atribuible al comprador que "...a voces de los artículos 267 y 279 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 264 de la misma obra, tiene fuerza probatoria plena entre las partes de este proceso y modifica el poder de convicción de la escritura pública (...) pues es el mismo aparente comprador quien afirma con posterioridad que el verdadero titular del derecho del bien reivindicado es Radio Guanentá Ltda., a pesar de que en los títulos figura Raimundo Martínez...", errores todos estos que llevaron al Tribunal a acoger la reivindicación suplicada.

SE CONSIDERA:

1. Toda vez que lo tiene definido jurisprudencia reiterada por espacio de muchos años atrás, hoy es sabido que en tanto el proceso civil se desenvuelve en contradictorio por conocidas exigencias de abolengo constitucional, se dice entonces que en él existe oposición o defensa cuando la parte demandada, lejos de aquietarse ante la pretensión que la demanda del actor contiene, la combate, bien por razones procesales o bien aduciendo circunstancias que conciernen al fondo, caso este último en que a su vez la fórmula defensiva puede ofrecer modalidades dispares que la Corte, inspirada en un comienzo por definiciones incorporadas en textos del Código Judicial de 1931, ha identificado con claridad al puntualizar que dentro de ese concepto genérico de defensa "... hay implicadas diversas formas de ejercerla, susceptibles de ser clasificadas. En efecto, se habla de defensa en sentido estricto para aludir a la forma más común y frecuente de manifestar el demandado su resistencia, o sea a aquella que consiste simplemente en negar los fundamentos de hecho o de derecho en que apoya el demandante su pretensión. Pero muchas veces el demandado no se limita a adoptar esa

posición puramente negativa, sino que además se pone en plan de contra ataque, esgrimiendo armas contrapuestas a las pretensiones del actor. Estas armas consisten en la alegación de hechos nuevos, diversos a los postulados en la demanda, excluyentes de los efectos jurídicos de éstos, ya porque hayan impedido el nacimiento de tales efectos (hechos impeditivos), ya porque no obstante haber ellos nacido, los nuevos hechos invocados los han extinguido (hechos extintivos). Cuando esto ocurre se está en el sector especial del derecho de defensa propio del concepto de excepción..." (G. J., T. CXXX, pág. 18, reiterada en Casación Civil del 11 de mayo de 1981 no publicada).

Varias cosas de no poca importancia y en las que es necesario recabar ahora, implican los anteriores conceptos, a saber:

1. Que en su sentido propio, el vocablo "excepción" no es sinónimo de cualquier defensa opuesta a la pretensión del actor, habida cuenta que como lo enseñaron desde comienzos de siglo ilustres opositores encabezados por Chiovenda, se defiende el demandado que se circunscribe a negar el fundamento de la pretensión, al paso que el demandado excepciona cuando aduce hechos nuevos que impiden la protección jurídica del interés del demandante o que tienden a justificar la extinción de las consecuencias jurídicas en las que aquella pretensión vino cimentada. En otras palabras, la proposición de una excepción desplaza de suyo los términos fácticos de la controversia, amplía la materia litigiosa en tanto introduce en la discusión hechos diversos de aquéllos afirmados por el actor, alterando por ende el ámbito de la decisión y sus posibles límites.

2. Que entendiendo por "excepción", según queda dicho, la afirmación por parte del opositor de un hecho impeditivo o extintivo dirigido a lograr el rechazo de la acción incoada, cabe subrayar en seguida que aquella mutación que las excepciones conllevan respecto de los extremos de la controversia, no siempre tiene idéntico sentido procesal. Se ha indicado, por tanto, que hay dos categorías de excepciones sustanciales o de fondo, estándose dentro de la primera cuando el demandado, sin desconocer la existencia aparente del hecho constitutivo del derecho reclamado por el actor, afirma al propio tiempo la existencia de un hecho impeditivo, coetáneo con aquél, que impide que el vínculo jurídico produzca la plenitud de sus efectos; y se da la segunda categoría cuando el demandado, aceptando la existencia de los hechos constitutivos en que se funda la demanda, opone a estos últimos otros posteriores que, además de sobrevinientes, son indicativos de que si en realidad se formó la relación jurídica, ésta se extinguió.

3. Que en la medida en que resulten probados a cabalidad en los autos y salvedad hecha de aquellos que por mandato de la ley solamente pueden cobrar vida "ope excepcionis", la eficacia impeditiva o extintiva de estos hechos han de tenerla en cuenta los juzgadores aun cuando el demandado no los haya hecho objeto de una expresa excepción formulada con todo el rigor ritual, razón por la cual se ha sostenido con firme sustento en preceptos que se remontan al artículo 343 del Código Judicial, antecedente sin duda del artículo 306 de la codificación actual, que "... proponer una excepción es simplemente expresar el hecho o hechos que la constituyen, sin que para el efecto se requieran fórmulas sacramentales ...". (G. J., T. LXXX, pág. 715), regla que por cierto obedece a un criterio de elemental justicia pues no sería admisible que el juez en su sentencia pudiera acoger la acción por el actor incoada, cuando en el proceso

y a pesar de no haberse planteado la respectiva excepción en la forma que los cánones técnicos exigen, aparece sí la plena demostración de que las pretensiones se originan en derechos extinguidos o no cuentan con la protección del ordenamiento jurídico.

2. Así, pues, dentro del marco de referencia bosquejado en el párrafo precedente puede afirmarse, en síntesis, que son los llamados impeditivos u obstutivos, hechos de carácter negativo que determinan la falta de por lo menos una de las circunstancias que deben concurrir con los hechos constitutivos para que éstos produzcan los efectos que les son propios y normales, concepto éste que por sí mismo tiene un alcance bastante claro y fácil de ilustrar con ejemplos extraídos del tráfico jurídico en su diario acontecer. Es que en el ámbito privado, como es sabido, todo derecho nace gracias a la concurrencia de determinados presupuestos fácticos que, justamente, tienen la función legal de crear e imprimirle actualidad a las facultades o atribuciones que constituyen el objeto de aquel derecho, presupuestos que por lo demás deben ofrecerse acompañados de ciertas condiciones de las que depende en últimas que esas consecuencias jurídicas puedan efectivamente producirse, por eso, si bien es cierto que el acuerdo entre las partes expresado en forma solemne para vender un bien raíz por un precio dado, es la situación específica que genera, al lado de la tradición, la transferencia del dominio del vendedor al comprador, es indispensable así mismo que, por ejemplo, el pacto en mención haya sido seriamente concertado, porque si es simulado y desde luego haciendo salvedad de los legítimos intereses de terceros de buena fe, la susodicha transferencia de propiedad no podrá reputarse producida entre los contratantes, lo que equivale a decir que inmersa en tal entorno, la simulación obra como hecho impeditivo que no le permite a otros con los que fue coetánea, engendrar los efectos que a estos últimos les son normales y que constituyen su razón de existir.

Dicho en otros términos y contra lo que inexplicablemente parece insinuar la providencia materia de impugnación en este expediente, no son pocos los eventos, con rasgos por entero iguales a los que presenta la especie materia de estudio, en que la simulación hace las veces de un verdadero hecho impeditivo que significa, nada más pero tampoco nada menos, que la inexistencia actual del derecho reclamado y que, por consiguiente, ha de ser puesta de relieve aún de oficio por el sentenciador si aparece probada, conclusión varias veces destacada por la Corte al insistir en que la objetividad del fenómeno simulatorio en el terreno de los negocios jurídicos, junto con los efectos a él inherentes, "... desde el punto de vista excepitivo no dependen de que el demandado, a cuya defensa aprovechare el reconocimiento de semejante situación, la alegue, sino que la demuestre en el juicio, para que entonces, como hecho destructivo de la titularidad del demandante, deba el juez recogerla oficiosamente por aplicación del artículo 343 -hoy 306-, según se dejó advertido líneas atrás (...). Porque verdaderamente sería un contrasentido que si el juzgador encuentra demostrada la simulación con arreglo a derecho, tenga sin embargo que reconocerle plenitud de efectos, en perjuicio del demandado, a un acto ciertamente ficticio, como si fuese real y válido. En todo caso, las circunstancias de la controversia determinarán la posición del demandado frente al fenómeno simulatorio y, en consecuencia, si la posibilidad de su demostración cae, sí o no, en el marco de la autonomía probatoria. Y si todo esto es así, mal puede ser que por ello se altere la relación jurídico-procesal, comprensiva de todas estas posibilidades, o que haya incongruencia entre lo fallado y lo pedido, o que sobrevenga la

deslealtad o desigualdad de contención entre las partes ...". (G. J., Ts. CIII, pág 255, y CV, pág. 263), sentándose así una pauta de juzgamiento que hoy en día encuentra sólido respaldo en el artículo 306, inciso final, del Código de Procedimiento Civil cuyo texto es del siguiente tenor:

" .. Cuando se proponga la excepción de nulidad o de simulación del acto del cual se pretenda derivar la relación debatida en el proceso -y ya se sabe con exactitud cuál es la fisonomía general que ese acto de "proposición" del medio exceptivo tiene en el ordenamiento procesal civil colombiano-, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean partes quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario, se limitará declarada si es o no fundada la excepción ...".

3. Del postulado de la congruencia a cuya consagración positiva está destinado el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, se ha dicho con evidente acierto que es uno de los pilares más importantes sobre los que descansa el proceso civil, toda vez que en último análisis y eso parece haberlo ignorado también el Tribunal en la especie sub lite, *va ordenado a darles seguridad a las partes de que los litigantes serán tramitados y resueltos, haciendo la sentencia las declaraciones necesarias frente a las cuestiones suscitadas para que éstas queden resueltas con plena eficacia jurídica, no permitiéndoseles a los juzgadores, por consiguiente, ni exceso ni defecto en sus pronunciamientos, porque si existe lo primero habrá abuso intolerable de poder, y si sucede lo segundo, se verán obligadas dichas partes o a sostener nuevos pleitos, a realizar cuantiosas expensas o a tener un derecho claro y cierto pendiente por largo tiempo, expuesto inclusive a sucumbir ante la autoridad de cosa juzgada atribuible a providencias que le pongan fin a controversias judiciales paralelas que se ventilan por separado. Y en este orden de ideas, como una consecuencia lógica del deber de fallar que pesa sobre los jueces al tenor de los numerales 1° y 8° del artículo 37 del Código de Procedimiento civil, el inciso 2° del artículo 304* Ibidem *señala con rubrica el carácter exhaustivo que han de tener las sentencias, entendiendo por obvia inferencia que el órgano jurisdiccional incumple con los cometidos propios de su oficio, dando lugar al vicio de incongruencia por* citra petita, *cuando no resuelve todos los puntos litigiosos que deban tenerse como objeto de debate, defecto* in procedendo *éste que afecta la construcción misma de la sentencia. (G. J., T. CXXIV, pág. 144) y que en sede de casación, es denunciable siguiendo los lineamientos que sobre el particular traza el numeral 2° del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil en los siguientes términos: "... Son causales de casación: 1° ... 2°. No estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio ...".*

Síguese de lo anterior, entonces, dos conclusiones de cardinal importancia para justificar la desestimación que por improcedencia del recurso se ve forzada a hacer la Corte, no obstante el protuberante desacierto en que cayó en este caso el juzgador *ad quem* al remitir a otro proceso la decisión sobre la excepción de simulación emergente de los hechos afirmados por la demandada al contestar el libelo contra ella dirigido. Es la primera de tales conclusiones que cuando el sentenciador se abstiene de proveer sobre medios de defensa constitutivos de auténticas excepciones, así el opositor no le haya imprimido a éstos rigurosa caracterización procesal pero sobre los cuales el juez tiene

el deber de pronunciarse por mandato de la ley, el fallo será incompleto y por consiguiente atacable en casación como incongruente, punto que hoy en día no ofrece duda ante la letra de la disposición recién transcrita y que la doctrina jurisprudencial, antes de entrar en vigencia el Decreto-ley 2282 de 1989, había definido con palabras de suyo categóricas que conviene volver a reiterar: "... *La incongruencia, como causal de casación contemplada en el artículo 368-2 del Código de Procedimiento Civil, es error* in procedendo *en que puede incurrir el fallador no sólo cuando la sentencia que profiere no está en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que el código de la materia contempla, sino también cuando no guarda armonía con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley, según las voces del artículo 305* ejusdem, *precepto que bajo el epígrafe congruencia, debe enlazarse con la norma primeramente citada para inferir que también es incongruente, y por ello impugnable en casación, la sentencia que no declara las excepciones probadas, sobre las cuales tiene que proveer el juez aunque no hayan sido alegadas por el demandado. Siendo un deber insoslayable del juzgador reconocer las excepciones cuando se hallen demostrados los hechos que las constituyen, si omite hacerlo la sentencia cae en incongruencia por* citra petita, *pues habrá dejado de decidir sobre uno de los extremos de la litis, contraviniendo de este modo el categórico mandato contenido en el artículo 306* ibidem ...". *(G. J., T. CLXXXVIII, segundo semestre, pág. 65).* Y la segunda conclusión es que el tantas veces mentado aplazamiento de la resolución, por la manera inequívoca como lo efectuó el Tribunal al hacer explícita su voluntad de reservar para otro proceso distinto la decisión sobre la excepción de simulación planteada, excluye de entrada toda posibilidad de acudir en este caso a la regla según la cual no existe incongruencia cuando puede entenderse que la parte dispositiva del fallo resuelve virtualmente todo cuanto fue objeto del litigio, y por añadidura obliga a tener por satisfechas las condiciones exigidas por la doctrina para que la insuficiencia decisoria se configure, condiciones que en certera síntesis la Corte ha puntualizado expresando que para que de una sentencia pueda sostenerse que es inconsonante por defecto de proveimiento, "... es preciso que en sus términos, dada la materia de que se ocupa, y el engranaje entre la parte considerativa y la dispositiva del proveído, quede sin solución la cuestión que se dice pretermitida. Por lo mismo, tratándose de excepciones propuestas, para que el fallo adolezca de insuficiencia no basta que se haya omitido una decisión especial al respecto, sino que es necesario que por consecuencia de esta omisión, haya dejado de desatarse alguna de las cuestiones sometidas a la controversia ...". (G. J., Ts. XCVIII, pág. 19, y CVIII, pág. 314).

Aquí, como se dejó consignado en los respectivos capítulos y el propio recurrente da cuenta de ello en el relato de antecedentes contenido en su demanda, el Tribunal no decidió sobre la excepción de simulación de la cual se ha venido haciendo mérito a lo largo de esta providencia. En la sentencia impugnada la verdad es que no puede hallarse pronunciamiento concreto y con la debida eficacia jurídica, sobre ese medio de defensa, luego siendo un tema litigioso que la corporación dejó pendiente y sin solución alguna a pesar de haberlo identificado como un problema planteado por una de las demandadas para que integrara el objeto del debate, los dos cargos edificados sobre supuestos diferentes resultan por lo tanto impertinentes y deben ser rechazados.

DECISIÓN:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de fecha seis (6) de abril de 1990 proferida en el proceso de la referencia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil.

Las costas en casación son de cargo de la parte recurrente. Tásense en su oportunidad.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta y devuélvase la actuación al Tribunal de origen.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 018

INCONSONANCIA

Cuándo incurre el fallador en esta causal. Con la reforma introducida por el artículo 1º del Decreto 2282 de 1989, se amplió la causal para cuando la sentencia no está en consonancia con lo que el juez ha debido reconocer de oficio. Sólo cuando la sentencia es estimatoria, se da la causal de que se trata, mas no cuando el fallo es totalmente absolutorio.

LEGITIMACION EN LA CAUSA

No es una excepción, sino un requisito para la prosperidad de la pretensión.

LITISCONSORCIO NECESARIO - NULIDAD - MATRIMONIO / MATRIMONIO - NULIDAD / NULIDAD SUSTANCIAL - MATRIMONIO

Al juzgador no le es dable declarar la nulidad insubsanable del matrimonio, ora sea en virtud de pretensión específica, ya sea de oficio, si no han sido citadas al proceso todas las personas que deben serlo conforme a la ley.

DEMANDA - INTERPRETACIÓN

No existiendo en nuestra legislación procedimental, un sistema rígido y sacramental que obligue al demandante a señalar en determinada parte de la demanda o con fórmulas específicas su intención, basta que aquélla aparezca claramente del libelo, ya de manera directa o expresa, ya por una interpretación lógica basada en conjunto de la demanda.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Eduardo García Sarmiento.*

Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante Fredi Londoño Cardona contra la sentencia proferida el 2 de agosto de 1990 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en este proceso ordinario promovido por el recurrente frente a Miryam Millán Jaramillo.

I. Antecedentes

1. Mediante libelo presentado el 28 de octubre de 1988, repartido el 1° de noviembre del mismo año al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, Fredi Londoño Cardona en su condición de hijo legítimo del causante Alberto Elías Londoño Montoya, demandó a Miryam Millán Jaramillo de Londoño, para que por los trámites de un proceso ordinario de mayor cuantía, se tomaran los siguientes proveimientos:

"Primero. Adjudicar al señor Fredi Londoño Cardona la cuota hereditaria a título de legítima efectiva, y declarar que en lo pertinente ineficaces (sic) los actos de partición y adjudicación que se hicieron en la sucesión del señor Alberto Elías Londoño Montoya en favor de su compañera Miryam Millán Jaramillo que se tramitó ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de esta ciudad y se protocolizó ante la Notaría Cuarta del Círculo de Pereira según obran con (sic) fotocopias autenticadas aportadas en este proceso; así mismo se pide cancelar y sustituir los registros en favor de mi representado y realizar las adjudicaciones pertinentes:

"a) Doscientas (200) cuotas de un mil pesos moneda legal colombiana...

"b) La suma de...

"c) Un derecho o cuota...

"d) Un derecho o cuota...

(fls. 133 a 136 c. 1°).

"Segundo. Condenar a la señora Miryam Millán Jaramillo a restituir al actor tanto la posesión material de la cuota del bien antes adjudicado, ocupado por ella, como de todos sus aumentos (accesiones), productos y frutos (civiles y naturales) percibidos desde la notificación del auto admisorio de esta demanda hasta su restitución, condenarlos al pago de las indemnizaciones de los deterioros que por su hecho o culpa haya sufrido aquella cosa relicta, en las cantidades que resulten probadas en este proceso o que se concreten conforme al trámite del artículo 308 del C. de P. C.

"Tercero. Ordenar la cancelación pertinente de los registros de transferencias de propiedad, gravámenes y limitaciones al dominio de los bienes herenciales adjudicados mencionados en la demanda a la llegada al Juzgado y que obran en la partición de la sucesión del señor Alberto Elías Londoño Montoya, de la que se aportó fotocopia autenticada de la hijuela que correspondió a la compañera del causante señora Miryam Millán Jaramillo, igualmente bienes (sic) que haya efectuado después de la inscripción de la demanda.

"Cuarto. Declarar que el actor Fredi Londoño Cardona tiene vocación hereditaria para suceder a su finado padre Alberto Elías Londoño Montoya y a ocupar legamente la cuota hereditaria que le fue adjudicada en el proceso de sucesión del señor Alberto Elías Londoño Montoya a la señora Miryam Millán Jaramillo" (fols. 131 y ss. c. 1).

2. Como apoyo de las pretensiones se expusieron los hechos que a continuación se indican:

2.1. El día 8 de marzo de 1985 el señor Alberto Elías Londoño Montoya falleció en la ciudad de Pereira, fallecimiento que fue inscrito ante la Notaría Cuarta.

2.2. El 24 de enero de 1962 contrajeron matrimonio católico en la parroquia El Calvario, en la ciudad de Medellín (Ant.), el finado Alberto Elías Londoño Montoya y la señora Ruth Yolanda Cardona Guevara, matrimonio que fue registrado en la Notaría Primera de Medellín, al folio 502 del Libro 271.

2.3. De la unión enunciada anteriormente hubo dos hijos: Fredi y César Augusto Londoño Cardona.

2.4. En el año 1973 se tramitó ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira el juicio de liquidación de la sociedad conyugal del señor Alberto Elías Londoño Montoya y Ruth Yolanda Cardona Guevara, e igualmente la separación de cuerpos en el Tribunal Eclesiástico "Diócesis de Pereira", la que se concedió el 20 de febrero de 1974, decretando la separación indefinida de lecho y habitación, y a la vez que el vínculo matrimonial permanecía indefinidamente, por tanto los cónyuges no podrían contraer nuevo matrimonio, mientras existiera el otro cónyuge.

2.5. Posteriormente el señor Alberto Elías Londoño Montoya contrajo segundas nupcias, contrariando las leyes colombianas, con la señora Miryam Millán Jaramillo como se demuestra en el folio 16 con el registro de matrimonio, de 9 de mayo de 1985. El matrimonio se celebró en la República de Venezuela, en el estado de San Antonio del Táchira, el 22 de mayo de 1974.

2.6. La sucesión del señor Alberto Elías Londoño Montoya terminó el 12 de marzo de 1986 y el expediente protocolizado el 15 de mayo de 1987, en la Notaría Cuarta del Círculo de Pereira.

2.7. En dicha sucesión a la señora Miryam Millán Jaramillo se le adjudicaron $12.682.408.00 moneda corriente, es decir la herencia la ocupa esta señora, la que únicamente era la compañera del causante.

2.8. De lo expuesto se deduce lo siguiente: el señor Alberto Elías Londoño Montoya, fue casado legalmente con la señora Ruth Yolanda Cardona Guevara, desde el 22 de enero de 1962 y a la vez separado de cuerpos y de bienes de la citada señora; luego se casó en el exterior con la señora Miryam Millán Jaramillo, unión que se registró en la Notaría Primera del Círculo de Bogotá el 9 de mayo de 1985, es decir, dos meses después de ocurrir la muerte del señor Alberto Elías Londoño Montoya, con el objeto de entrar a ocupar la mitad de la herencia que sólo pertenecía a sus hijos.

2.9. La ley confiere al actor el derecho de ocupar la parte de la herencia que en este momento ocupa Miryam Millán Jaramillo.

2.10 El proceso de sucesión del señor Alberto Elías Londoño Montoya que cursó ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, violó en su partición las asignaciones forzosas, en ningún momento se le debió haber reconocido a la señora Miryam Millan Jaramillo con derecho a gananciales como cónyuge sobreviviente, ni tampoco habérsele otorgado la hijuela de gastos que aparece en dicha partición porque:

a) El causante era casado por los ritos católicos que rigen las leyes colombianas y por consiguiente ningún matrimonio civil es válido ante las mismas;

b) El derecho que pertenecia a sus hijos fue ocupado por persona que no tenia derecho alguno, y

c) Para ocupar este derecho la simple compañera deberia haber demostrado la existencia de una sociedad o algo distinto y esto no se observó en el proceso.

3. Notificada la admisión de la demanda, la demandada se opuso a las pretensiones, manifestando en síntesis que no le constaban los hechos 2°, 3°, 4° y 7°, que los descritos bajo los ordinales 8°, 9° y 10, no eran hechos sino apreciaciones; que el 1° y 6° eran ciertos, al igual que el 5°, en cuanto al matrimonio y su registro (fls. 163, cdno. 1).

4. Tramitada la primera instancia culminó con sentencia de 23 de febrero de 1990 proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, mediante la cual se proveyó lo siguiente:

"*Primero.* De oficio se declara probada la excepción de falta de legitimación en la causa con relación a la demandada.

"*Segundo.* En consecuencia, no prosperan las súplicas de la demanda, por no ser la demandada la persona que conforme a la ley sustantiva está llamada a discutir u oponerse a dichas pretensiones.

"*Tercero.* Se ordena la cancelación de la inscripción de la demanda sobre los predios con matrícula 290-004773; 290-0005168 y 290-0026387. Ofíciese a la señora Registradora de Instrumentos Públicos de Pereira.

"*Cuarto.* Se condena en costas a la parte demandante". (Fls. 182 y ss. cdno. 1).

Apelada esta decisión por el demandante Fredi Londoño Cardona, el Tribunal en su fallo de 2 de agosto de 1990, confirmó la del juzgado.

II. Apoyos y Fundamentos de la Sentencia Impugnada

5. El Tribunal después de historiar el litigio, considera que la acción invocada fue la de petición de herencia consagrada por el artículo 1321 del C. C., acotando que respecto al sujeto pasivo de la acción, ha sido criterio uniforme tanto de la jurisprudencia como de la doctrina, que deben darse de manera concurrente tres requisitos:

a) Que la de heredero sea la calidad invocada;

b) Que obre en esa calidad y

c) Que ocupe o haya ocupado la herencia: que por tanto no procede la acción del precepto en cita contra terceros, contra acreedores hereditarios, ni contra el cónyuge supérstite en cuanto a sus gananciales y porción conyugal; que como se exige que el demandado ocupe la herencia "en calidad de heredero", es obvio deducir que dicha calidad puede o no existir, basta simplemente que el demandado obre o haya obrado en el trámite sucesoral real o aparentemente como heredero.

Refiriéndose a esta forma de obrar, afirma:

"Desde luego que obra realmente como tal cuando *efectivamente* tiene esa índole como cuando el hijo natural demanda al legítimo, al padre legítimo o al cónyuge sobreviviente del causante en los casos que a éste la ley le da el carácter de heredero (lo que sí ocurre si el difunto no deja descendientes ni ascendientes, ni hijos adoptivos, ni padres adoptantes" (art. 6° Ley 29 de 1982) que no es precisamente, el caso aquí presentado pues, Londoño Montoya sí dejo descendencia.

"Y se puede obrar como heredero aparente cuando directa o indirectamente la ley da esa calidad, diciéndose que tal calidad es aparente porque ella no es real sino pública y objetiva como que otro es el verdadero heredero. Tal es el caso de un hermano del causante cuando éste ha dejado un hijo extramatrimonial que será el verdadero heredero y de mejor derecho, por supuesto que aquél, el hermano a quien por lo tanto excluye. Ese hermano sólo aparenta ser heredero en virtud de la vocación hereditaria que la ley le da pero sin llegar a serlo ya que esa vocación sólo se da a falta de ascendencia, descendencia, hijos adoptivos o padres adoptantes (idéntica prédica cabe respecto del cónyuge, sobreviviente).

"O es indirectamente un heredero aparente quien en virtud de una situación de hecho encuentra cierto respaldo legal o testamentario que, sin serlo, lo hace aparecer como heredero, por ejemplo, cuando se afirma aspirar a adquirir o haber adquirido la herencia por usucapión" (fls. 20 y 21, cdno. 4).

Abordando el estudio del caso planteado, dice que una persona obra en calidad real o aparente de heredero cuando le ha sido adjudicada la herencia en la partición o, simplemente cuando la ha aceptado, lo que no puede predicarse del cónyuge sobreviviente que reclama su cuota social por la disolución de la sociedad conyugal que deviene por la muerte de su compañero. Termina anotando el Tribunal, "siendo incuestionable en este asunto que Myriam Millán Jaramillo intervino en la sucesión de Londoño Montoya en reclamo de lo que le competía al disolverse la sociedad naciera de su alegado vínculo matrimonial con éste, sin pretender en manera alguna arrogarse con igual o mejor derecho que otros la calidad de heredero en sentido estricto del vocablo y habiéndosele adjudicado en aquella calidad, no en ésta, bienes sociales, mal puede predicarse de ella, como lo pretende la parte actora, que los ocupa en calidad de heredero, que es, se repite, *conditio sine qua non* para la legitimación en la causa por pasiva en la acción autorizada por el artículo 1321 del C. C., razón suficiente para prohijar el fallo

revisado, pues, por lo demás, ninguna incidencia tendría en este evento la declaratoria de nulidad del matrimonio a que alude el recurrente ya que tampoco así tendría prosperidad lo deprecado en la demanda por seguir fallando la calidad de heredero con que se ocupan por la demandada tales bienes; además tampoco procede aquella declaratoria porque el desarrollo doctrinario del artículo 2° de la Ley 50 de 1936 ha exigido la concurrencia ante el juez de quienes fueron parte en el acto o contrato afectado de nulidad absoluta y ella aquí no ha ocurrido" (fl. 21, cdno. 4).

III. La Demanda de Casación

Cuatro cargos formula el demandante Fredi Londoño Cardona contra la sentencia de 2 de agosto de 1990 pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, con sustento en la causal 2ª, el tercero y el cuarto y en la primera los otros dos, que se resuelven en el orden mencionado, aunque en conjunto los dos primeros nombrados.

Cargo tercero

Acúsase la sentencia por la causal 2ª del artículo 368 del C. de P. C. por no estar "en consonancia con las excepciones que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil-Laboral, ha debido reconocer de oficio, a tono con los artículos 4°, 37, 97, 306 y 401 del C. de P. C.".

6. Se funda la acusación en que en el numeral 1° de las peticiones de la demanda se pidió que de manera expresa se declarase "... en lo pertinente ineficaces los actos de partición y adjudicación que se hicieron (sic) en la sucesión del señor Alberto Elías Londoño Montoya en favor de su compañera Miryam Millán Jaramillo, que se tramitó ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito ...", adjuntándose copia autenticada de la totalidad del proceso sucesorio, en cuya partición debidamente aprobada, aparecen como adjudicatarios Alberto Londoño Millán, Natalia Londoño Millán y César Augusto Londoño Cardona, al lado del demandante y de la demandada; que, en consecuencia, el sentenciador no podía despachar la petición del demandante sin haber vinculado previa y oportunamente a todos aquellos que fueron adjudicatarios, debiendo integrar el litis consorcio necesario a que alude el artículo 97, excepción 9ª, del C. de P. C., en atención al mandato contenido en el artículo 306 *ibidem*, disponiendo la citación de las otras tres personas que quedaron por fuera de la *litis*, como lo ordena el artículo 401 del mismo estatuto.

Cargo cuarto

Denúnciase la sentencia, igualmente por la causal 2ª de que trata el numeral 2° del artículo 368 del C. de P. C., por no estar en consonancia con las pretensiones de la demanda, en la forma exigida por el artículo 305 de la misma codificación.

7. Se explica la acusación diciendo que el demandante está pidiendo de manera expresa que se declaren ineficaces "... los actos de partición y adjudicación que se hicieron (sic) en la sucesión del señor Alberto Elías Londoño Montoya en favor de su compañera Miryam Millán Jaramillo, a quien se le reconocieron gananciales derivados de una sociedad conyugal inexistente, toda vez que su matrimonio civil no es válido ante

las leyes colombianas, por haberse rituado estando vigente el matrimonio canónico celebrado con la señora Ruth Yolanda Cardona Guevara" (ordinal primero del *petitum* integrado con el hecho número 10); y en forma implícita: "que previamente se disponga la anulación del susodicho matrimonio civil"; y el Tribunal en el fallo se obstina en sostener que "la acción incoada por el demandante fue la de petición de herencia" consagrada en el artículo 1321 del C. C., para luego desestimar las súplicas de la demanda, desatendiendo uno de los mandatos contenidos en el 305 del C. de P. C.

Finalmente dice que con el anterior yerro la sentencia violó por falta de aplicación los artículos 140, numeral 12, 1405, 1740, 1820 del C. C.; 15 de la Ley 57 de 1887 y 2 de la Ley 50 de 1936; 13 y 260 del C. Penal; lo que condujo a la aplicación indebida de los artículos 1321 del C. C., 4°, 5° y 6° de la Ley 29 de 1982.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Estos cargos tercero y cuarto se estudian en conjunto porque ambos atacan la sentencia por inconsonante con las excepciones que el Tribunal ha debido reconocer de oficio y con las pretensiones de la demanda, respectivamente.

El numeral 2 del artículo 368 del C. de P. C. consagra como motivo de casación la inconsonancia, que se produce, según lo ha dicho la Corte, "cuando el fallador deja por fuera de la sentencia peticiones que le fueron sometidas para su composición; cuando decide asuntos que no se comprendieron en el petitum, *o, por último, cuando sentencia sobre más de lo que fue solicitado. Precisamente lo anterior explica por qué se sostiene que en la demanda y en su respuesta están plenamente delimitados los campos en que puede moverse la actividad jurisdiccional al pronunciar el fallo" (Sent. de 10 de mayo de 1981, aún no publicada).*

La modificación introducida por el artículo 1° del Decreto 2282 de 1989, siguiendo la jurisprudencia, amplió la causal para cuando la sentencia no está en consonancia con lo que el Juez ha debido reconocer de oficio.

La inconsonancia, empero, puede aparecer cuando la sentencia es estimatoria, mas no cuando el fallo es totalmente absolutorio.

En el punto ha pregonado la jurisprudencia:

*"La Corte en forma reiterada ha dicho que la sentencia totalmente absolutoria no puede ser acusada de incongruente, porque ella implica la denegación tácita de las peticiones de la demanda, y porque, resueltas estas súplicas en esa forma desestimatoria, el fallo queda por lo mismo inmune del cargo de haber decidido sobre cuestiones no pedidas (*extra-petita*), o sobre más de lo mandado (*ultra petita*), o sobre menos de lo que se pidió (*mínima petita*)" (T. XCVI, pág. 84)*

Posteriormente en sentencia de 5 de febrero de 1991, anotó: "por ende, como lo ha reiterado esta Corporación, cuando el fallo es totalmente absolutorio no puede ser censurado de incongruente, porque mediante esta decisión quedan resueltas todas las pretensiones de las partes de tal modo que no es posible descubrir 'por sustracción de materia ninguno de los elementos constitutivos de la inconsonancia'. (Ts. CVI, págs.

91, 153, CXXIX, pág. 38; CXXXVIII, pág. 164), desde luego que no podría encontrarse en ella disonancia sobre extremos no solicitados extra petita, *o sobre más de lo pedido* ultra petita, *o sobre menos de lo suplicado* mínima petita".

En el presente caso la sentencia pronunciada por el Tribunal de Pereira, confirma la dictada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, por virtud de la cual se declaró de oficio la que se estimó excepción de "falta de legitimación en la causa con relación a la demandada" y se denegaron las súplicas de la demanda "por no ser la demandada la persona que conforme a la ley sustantiva está llamada a discutir u oponerse a dichas pretensiones" (Fl. 186, cdno. 1).

La legitimación en la causa por activa o por pasiva no es presupuesto del proceso, sino requisito de la pretensión; por lo tanto, conlleva a sentencia absolutoria si no existe, pero sin impedir desatar el litigio de mérito. Es obvio que cuando la persona citada como demandada no es la llamada a responder por el derecho que el demandante reclama, procede la absolución de ella.

En la parte resolutiva del fallo de primera instancia, además de declararse la falta de legitimación en la causa, se negaron las súplicas de la demanda. Luego al confirmarse por el Tribunal la sentencia, la decisión del *a quo* tiene el carácter de absolutorio y, en consecuencia, no puede ser acusada la del *ad quem* por incongruencia conforme a lo anotado por la jurisprudencia de esta Sala.

Cabe sin embargo rectificar la fundamentación de la sentencia, en cuanto la legitimación en causa no es una excepción sino un requisito para la prosperidad de la pretensión. En efecto, ha venido diciendo la jurisprudencia de la Corte, como en la providencia de 27 de octubre de 1987, lo siguiente:

"Del mismo modo, no pueden confundirse los presupuestos procesales ni los elementos constitutivos de la acción con las condiciones de ésta, que se encamina, no ya a identificarla, sino a obtener su prosperidad, es decir, al logro de sentencia favorable a las pretensiones del demandante. La Corte (G. J., T. CXV, 2280, 136) ha dicho: 'Estos requisitos de mérito son llamados condiciones de la acción, porque respaldan y determinan su acogida y éxito. Estas condiciones consisten en la tutela de la acción por una norma sustancial, en la legitimación en causa y en interés para obrar. Se cumple la primera de estas condiciones cuando el hecho o hechos que le sirven de fundamento a la acción (causa petendi) y la pretensión que constituye su objeto (petitum) coinciden con el hecho o hechos previstos por la ley sustancial y con el efecto jurídico que ésta atribuye a los mismos hechos. Apareciendo esta concordancia, resulta la acción tutelada por la ley y satisface una de las condiciones de su prosperidad. La legitimación en causa es en el demandante la cualidad de titular del derecho subjetivo que invoca y en el demandado la calidad de obligado a ejecutar la obligación correlativa. Y el interés para obrar o interés procesal, no es el interés que se deriva del derecho invocado (interés sustancial), sino el interés que surge de la necesidad de obtener el cumplimiento de la obligación correlativa, o de disipar la incertidumbre sobre la existencia de ese derecho, o de sustituir una situación jurídica por otra.

'Fluye de lo anterior que la legitimación en causa, que antiguamente se llamó personería sustantiva, no es un presupuesto procesal, sino una de las condiciones de la acción' (T. CXXXVI, 14)".

Y en fallo de 28 de febrero de 1991 se anotó:

"Desde hace varios años la jurisprudencia de la Corte ha sostenido de manera reiterada que lo concerniente a la legitimación en causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del derecho procesal, motivo jurídico por el cual su ausencia no impide decidir de fondo o de mérito el litigio. Por tanto, si el demandante no se encuentra legitimado, trae como consecuencia un fallo adverso a la pretensión de la parte demandante y, en forma alguna puede o podrá conducir a una decisión inhibitoria, pues como antes se advirtió, no se trata de un impedimento procesal sino de una cuestión sustancial".

Precisamente, en el punto tiene sentado la Corporación: "en efecto, la legitimación en causa no es un presupuesto del proceso sino cuestión atinente a la titularidad del derecho de acción o contradicción. En otros términos se dice que sólo está legitimado en la causa como demandante la persona que tiene el derecho que reclama, y como demandado, quien es llamado a responder, por ser, según la ley, el titular de la obligación correlativa. No alude pues el fenómeno a la formación del proceso sino a los sujetos de la relación jurídico-material que en él se controvierte; como no atañe a la forma sino al fondo no admite despacho preliminar sino que debe ser estudiada y resuelta en la sentencia. Dada su naturaleza la legitimación en la causa, ya sea por su aspecto activo o pasivo, o por ambos a la vez no puede conducir a un fallo inhibitorio sino a una sentencia de fondo desestimatoria de las pretensiones del demandante, con efectos de cosa juzgada material y no meramente formal, desde luego que en ella se resuelve la improcedencia de la acción instaurada ante la ausencia de los verdaderos sujetos que complementan su configuración" (Cas. Civ. 22 de febrero de 1991, T. CXXXVIII, pág. 131, 1ª y 2ª).

A más de lo anterior, el cargo tercero alude a una excepción que tendría interés en alegar la parte demandada, como que la censura estriba en no vincularse al proceso las demás personas a quienes afectaría la nulidad de la partición en el sucesorio de Alberto Elías Londoño Montoya. La acusación así concebida por el recurrente contendría una denuncia del fallo que debería ser inhibitorio por faltar la integración del contradictorio que incumbía al *a quo*. Meridianamente claro es entender que ese defecto de existir serviría de fundamento al demandante para atacar un fallo estimatorio pronunciado sin la citación de quienes el demandante tenía la carga de llamar en la demanda, o el Juez de primera instancia. De modo que si el vicio de mera actividad existiese, la parte demandante ningún interés tendría para invocarlo, dado que estaría alegando su propia omisión si, como lo afirma, deprecó las pretensiones como ahora quiere hacerlo ver, sin descontar que si el defecto que en el cargo ve el demandante conformara una excepción, el llamado a invocar excepciones es el demandado.

Luego no se advierte la inconsonancia por los motivos que esgrime el recurrente.

Los cargos no prosperan.

Cargo primero

Mediante éste se acusa la sentencia de quebrantar, por falta de aplicación, los artículos 140, numeral 12, 1405, 1740, 1820, ord. 4° del C. C., 15 de la Ley 57 de 1887 y 2° de la Ley 50 de 1936; artículos 13 y 260 del C. Penal, lo que condujo al Tribunal a la aplicación indebida de los artículos 1321 del C. Civil, 4°, 5° y 6° de la Ley 29 de 1982.

8. En desarrollo del cargo, el recurrente expresa que del examen del proceso sucesorio del señor Alberto Elías Montoya, con sus incidentes de "reconocimiento de interesada de mejor derecho y de nulidad (fls. 13 a 127 del cuaderno principal) se pone de manifiesto que la señora Miryam Millán Jaramillo se presentó a él en demanda de gananciales derivados de una sociedad conyugal con el causante que jamás se formó (art. 1820, ordinal 4° del C. C.), pues es nulo y sin efecto el matrimonio que adujo haber celebrado con éste en Venezuela, el 22 de mayo de 1974, como quiera que para esa época subsistía el vínculo matrimonial del mismo varón con la señora Ruth Yolanda Cardona Guevara (art. 140, numeral 12, *ibidem*), con quien se casó legalmente en la ciudad de Medellín desde el 24 de enero de 1962".

Anota que la nulidad absoluta del supuesto matrimonio de la señora Millán Jaramillo con el causante Londoño Montoya "aparece de manifiesto" del examen conjunto de las copias de registro de matrimonio y de la certificación sobre el celebrado con el mismo Londoño con Ruth Yolanda Cardona, de los certificados de nacimiento de sus hijos Fredi Augusto Londoño Cardona, del poder otorgado por Ruth Yolanda Cardona el 23 de julio de 1985, en procura de que se admitiera en el sucesorio de su esposo y de la declaración vertida por la misma el 20 de septiembre de 1989 (fl. 18 cdno. número 1); que en consecuencia se imponía al Tribunal aplicar en el fallo los artículos citados, declarando la nulidad tanto del matrimonio celebrado en Venezuela como de la partición que se aprobó en el proceso de sucesión de Carlos Alberto Londoño, mediante sentencia del 1° de marzo de 1986, dictada por el mismo Juzgado 2° Civil del Circuito de Pereira, limitándose a decir que la nulidad del matrimonio ninguna incidencia tendría por seguir faltando la legitimación pasiva, y porque no se reúnen los requisitos para la declaración oficiosa de la invalidez, a lo cual se replica que no es por el provecho que dicha declaración produzca, y que se quebrantó una norma de orden público, como es el artículo 260 del C. P. Por eso el *ad quem* no podía ser indiferente ante esos hechos.

El casacionista admite que están fuera del proceso César Augusto Londoño Cardona, Alberto y Natalia Londoño Millán, los dos últimos por ser menores representados por su señora madre Myriam Millán, quienes fueron parte en el sucesorio y que, por tanto, se imponía al Tribunal integrar el litisconsorcio necesario para evitar el fallo inhibitorio; solicita a la Corporación, en sede de instancia, la declaratoria de nulidad del matrimonio y de la ineficacia de la partición realizada en el juicio sucesorio para que se rehaga por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira con citación de quienes no intervinieron en él.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Fúndase la acusación en que el Tribunal infringió directamente normas materiales, entre ellas el artículo 15 de la Ley 57 de 1887, porque a pesar de ver los hechos que encuentran apoyo en la hipótesis legal, no aplicó la consecuencia que a ellos les

estatuyen las normas, pues que no declaró la nulidad del matrimonio civil que Alberto Elías Londoño Montoya contrajo con Miryam Millán Jaramillo subsistiendo el vínculo conyugal del matrimonio canónico del primero con Ruth Yolanda Cardona Guevara.

No obstante que obran en el proceso las pruebas de que Londoño Montoya se casó por lo civil con la demandada sin haberse disuelto el ligamen conyugal con la señora Cardona Guevara y que, por ende, se presenta el supuesto fáctico del citado artículo 15 de la Ley 57 de 1887 en armonía con el artículo 140, número 12, del Código Civil, lo incuestionable es que en este caso el Tribunal no quebrantó por inaplicación estas normas porque, como el propio recurrente lo afirma, al debate no fueron citadas todas las personas que debían serlo de acuerdo con el acto cuya nulidad insubsanable debería pronunciarse. Uno de los derechos fundamentales que la Carta Política consagra para toda persona, es el de ser oído cuando se juzga un acto o un negocio por el cual se halla materialmente vinculado. Si el legislador le impone al Juez el deber de proferir determinada decisión al presentarse los supuestos que aquél previó, no lo es autorizando el quebranto de derechos tutelados inclusive por la Norma de normas.

Un principio de derechos procesal universalmente acogido por los derechos positivos, con efectos desde luego en derecho material, es la debida citación al proceso de todas las personas que podrían ser afectadas por el fallo que provea sobre un acto jurídico que vincula sustancialmente a aquellas personas o sus causahabientes.

Es lo que la jurisprudencia, con base en la norma jurídica por supuesto, denomina integración del contradictorio que, lo prescribe también la norma, es un deber del juzgador de primera instancia estructurarlo en el proceso.

Luego si a este proceso, prescindiendo de si puede demandarse la nulidad de un matrimonio civil ya disuelto, o si debe declararse de oficio, no fueron citados todos los sujetos que respecto de validez o invalidez del matrimonio de la demandada con el padre del demandante han debido citarse, no podía el ad quem *aplicar la consecuencia jurídica que a los hechos le da la norma. No podía aplicar esa consecuencia porque el sentenciador de segundo grado no tiene poder para integrar el contradictorio, y por consiguiente para hacer actuar el artículo 15 de la Ley 57 de 1887.*

De modo que el Tribunal no infringió por inaplicación dicha norma, porque en esas circunstancias no tenía el deber de aplicarla, puesto que si conforme con la jurisprudencia es un deber del Juez declarar la nulidad del matrimonio como lo ordena el precitado artículo 15 de la Ley 57 de 1887 (Casación del 7 de marzo de 1952, G. J., T. LXXI, pág. 364) y no hay por qué acudir a la analogía "... porque considerando que las nulidades del matrimonio se gobiernan por normas propias, como antes se insinuó, y no por las reglas generales, es más ajustado a una exégesis científica de la ley no aplicar por analogía aquella disposición, sino hacer actuar preceptos de los que gobiernan la precisa materia de la nulidad del matrimonio". (Casación del 9 de diciembre de 1975, G. J., T. CLI, pág. 316), sin embargo reitérase que no le es dable al juzgador declarar la nulidad insubsanable del matrimonio, ora sea en virtud de pretensión específica, ya sea de oficio, si no han sido citadas al proceso todas las personas que deben serlo conforme a la ley, toda vez que el acto es inválido o nulo para todos los que por él son materialmente ligados. De manera que faltando ese requisito

sine qua non *para el pronunciamiento que ordena el tantas veces citado artículo 15 de la Ley 57 de 1887, no tenía el Tribunal el deber de aplicarlo.*

Por consiguiente, no cometió el *ad quem* el yerro *in iudicando* que en el cargo se le endilga, luego el ataque no prospera.

Cargo segundo

Con este se acusa la sentencia de ser violatoria de normas de derecho sustancial, por falta de aplicación, de los artículos 140, numeral 12, 1405, 1740, 1820, ordinal 4° del C. C., artículo 25 de la Ley 1ª de 1976; 15 de la Ley 57 de 1887 y 2° de la Ley 50 de 1936; 13 y 260 del C. Penal, como consecuencia de error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda, lo que condujo a la aplicación indebida de los artículos 1321 del C. C., 4°, 5° y 6° de la Ley 29 de 1982.

9. Según el censor, el Tribunal interpretó la demanda con base en poder otorgado por el demandante, a la cita de un precepto legal y a las alegaciones parciales, "como si tan intranscendentes factores pudieran prevalecer sobre lo consignado en el *petitum* y la causa *petendi*, cuyo examen integrado recomienda precisamente la jurisprudencia de la Honorable Corte en aquellos casos en que la demanda no goza de nitidez y precisión".

Después de citar varias jurisprudencias, el impugnante anota que del examen integrado del *petitum* y de la causa *petendi* se conoce que el demandante está pidiendo "de manera expresa: que se declaren ineficaces '... los actos de partición y adjudicación que se hicieron en la sucesión del señor Alberto Elías Londoño Montoya en favor de su compañera Miryam Millán Jaramillo, a quien se le reconocieron gananciales derivados de una sociedad conyugal inexistente, toda vez que su matrimonio civil con el causante no es válido ante las leyes colombianas, por haberse rituado estando aún vigente el matrimonio canónico que este celebrara con la señora Ruth Yolanda Cardona Guevara (ordinal 1° del *petitum* integrado con el hecho número 10); y en forma implícita: que previamente se disponga la anulación del susodicho matrimonio' ".

Finalmente observa que si prospera el cargo la Corte declarará nulo el matrimonio civil e ineficaz la partición que se realizó en el juicio sucesorio de Alberto Elías Londoño Montoya, la que habrá de rehacerse; o en subsidio, dictará sentencia inhibitoria por no haberse ventilado la litis con la intervención de otras personas que estuvieron involucradas en la partición.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El artículo 75 del C. de P. C. señala los requisitos que debe contener la demanda, pieza fundamental del proceso, en cuanto con ella se reclama la tutela de un interés jurídico. En los numerales 5° y 6° exige, respectivamente: "lo que se pretende expresando con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en el artículo 82" y "los hechos que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados".

El petitum *y la* causa petendi *son elementos esenciales que inciden en su aptitud, cuya falta grave puede conducir a la sentencia inhibitoria. Cuando el primero de los requisitos es impreciso u oscuro, con mayor razón debe interpretarse la demanda por el fallador, debiendo hacerlo en conjunto y sin deformar su contenido.*

Conforme con la Corte, "no existe en nuestra legislación procedimental un sistema rígido y sacramental que obligase al demandante a señalar determinada parte de la demanda o con fórmulas especiales su intención, sino que basta que aquélla aparezca claramente del libelo, ya de manera directa o expresa, ya por una interpretación lógica hecha en conjunto de la demanda" (Cas. Civ. 16 de diciembre de 1969, T. CXXXII, pág. 241). En sentencia de 17 de noviembre de 1975, anotó. "Como el sentenciador debe tener en cuenta que el objeto de los procedimientos (art. 4° del C. de P. C.) es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial, una deficiente o incorrecta expresión usada en el petitum *de la demanda no puede ser pretexto para sacrificar el derecho de la parte demandante menos aún si de los hechos y de los fundamentos de derecho surge con suficiente claridad cuáles son las verdaderas pretensiones que ella aduce. La demanda es en fin de cuentas una de las pruebas que el fallador está obligado a apreciar y debe hacerlo con todas las reglas de la sana crítica". (T. CLII, pág. 135)*

El Tribunal al interpretar la demanda, consideró que la pretensión incoada era la de petición de herencia consagrada en el artículo 1321 del C. C., "no solamente porque para este evento concreto y determinado fue que se otorgó el poder ... sino por que tal disposición fue expresamente invocada como fundamento de derecho en el acápite correspondiente de la demanda".

En el texto de la demanda se invocaron expresamente las siguientes pretensiones:

"*Primero.* Adjudicar al señor Fredi Londoño Cardona la cuota hereditaria a título de legítima efectiva y declarar en lo pertinente ineficaces los actos de partición y adjudicación que se hicieron en la sucesión de ... en favor de su compañera Myrium Millán Jaramillo ... a) "Doscientas (200) cuotas... b) la suma de ...

"*Segundo.* Condenar a la señora Myriam Millán Jaramillo a restituir al actor tanto la posesión material de la cuota del bien antes adjudicado...".

Según esta transcripción, el actor expresó con precisión y claridad las pretensiones como fueron la de adjudicación de herencia y la restitución de los bienes hereditarios asignados a la demandada en el proceso sucesorio del autor.

Estas pretensiones son propias de la norma citada por el actor al referirse a los fundamentos de derecho, esto es, del artículo 1321, el cual, según sentencia de 31 de agosto de 1955, da derecho para que se adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias "a quien probare su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero".

Las súplicas de la demanda, por su claridad y precisión, fueron rectamente interpretadas por el Tribunal, puesto que, conforme a lo dicho en sentencia de 21 de julio de 1987, la interpretación emerge cuando en la demanda "están ausentes la debida clasificación y determinación de los hechos, o la expresión clara y precisa de lo que se

pretende, todo de conformidad con las exigencias de los ordinales 5º y 6º del artículo 75 del C. de P. C.".

Colígese de lo anterior, que el Tribunal no erró de hecho al interpretar la demanda en conjunto, esto es con el poder judicial y los fundamentos de derecho citados por el actor, dado que la precisión y claridad de las peticiones no ofrecen otra interpretación, así en la *causa petendi* (hecho 10), se haya anotado que el matrimonio civil era inválido por existir otro vínculo anterior, porque esta afirmación no puede interpretarse como súplica de "Nulidad de matrimonio" y como petición previa a la ineficacia de la partición y adjudicación, pues en la labor interpretativa de la demanda le está vedado al juzgador cambiar las pretensiones, so pretexto de que implícitamente se impetró una decisión previa, cuando el contexto del libelo y el mandato judicial no dan pie para un entendimiento de esa índole.

No dándose el error de hecho endilgado al Tribunal, el cargo está llamado a fracasar, máxime si se considera que la aplicación indebida no cabe en las sentencias absolutorias como tampoco la infracción de normas penales, según arriba se precisó, y, además, que el recurrente no desvirtúa el soporte del pronunciamiento que censura, pues no demuestra que la demanda, tal como contra ella estructuró las pretensiones, esté legitimada para ser condenada a restituirle los bienes y sus frutos que ocupa por adjudicarle como a heredera del causante.

IV Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia de 2 de agosto de 1990 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

Como se hace al *ad quem* corrección doctrinaria, no se imponen costas en este recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase oportunamente.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 020

COSA JUZGADA - PENAL / CONTRATO DE TRANSPORTE - DE PERSONAS - INCUMPLIMIENTO

Hipótesis en que la absolución del sindicado, tiene incidencia en el proceso civil. La absolución penal fundamentada en la simple ausencia de culpa del sindicado, no está cobijada en principio por los efectos de la cosa juzgada para lo civil. Frente al incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de transporte de personas no es admisible, como motivo de exoneración de responsabilidad, la prueba de ausencia de culpa.

CONTRATO DE TRANSPORTE - RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTADOR / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - TRANSPORTE - DE PERSONAS / COSA JUZGADA - PENAL

Por ser el transporte una clásica actividad peligrosa, que de suyo implica un riesgo para la sociedad, máxime cuando la conducción es de personas, la inejecución o ejecución defectuosa del contrato de transporte considera o presume la ley que obedece a culpa de quien lo explota. Eventos que debe demostrar el transportador para liberarse de responsabilidad. La diligencia y cuidado no lo liberan de responsabilidad.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Alberto Ospina Botero.*

Santafé de Bogotá, D. C., diez (10) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 17 de junio de 1989, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario instaurado por Angel Andrés Baquero Castro contra Flota La Macarena S.A.

ANTECEDENTES

I. Por demanda que correspondió al Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá, solicitó el mencionado demandante que con audiencia de la referida demandada, se le declarase responsable de los perjuicios ocasionados a Angel Andrés Baquero Castro, con motivo del incumplimiento del contrato de Transporte celebrado entre las partes el 15 de noviembre de 1982, condenándola al pago de los perjuicios correspondientes.

II. El demandante apoyó sus pretensiones en los hechos que se resumen de la siguiente manera:

a) Que el 15 de noviembre de 1982 contrató con la demandada su transporte personal de San Martín (Meta) a la ciudad de Bogotá, pagando el pasaje correspondiente;

b) Que en virtud de ese contrato le correspondió viajar en el bus 511, Placas XF-0699, despachado a las 3 de la mañana, de ese mismo día 15 de noviembre de 1982, vehículo que rodó aparatosamente a los abismos de la Quebrada Chirijara, a la altura del kilómetro 81 de la Carretera Villavicencio-Bogotá, jurisdicción de Guayabetal, Cundinamarca;

c) Que el vehículo era conducido por Carlos Arturo Rico Ortiz y "como su secretario (sic) venía Rafael Chaparro Rincón";

d) Que el demandante Baquero Castro sufrió, a causa del accidente, fractura en la columna vertebral, heridas y traumatismos en distintas partes del cuerpo, sin que recibiera de la empresa transportadora los auxilios necesarios; que sin las precauciones del caso fue recogido y remitido al Hospital Regional de Villavicencio, donde no pudo ser intervenido por falta de especialistas, por lo cual el agente de la Flota La Macarena de esa ciudad, señor Abdala Aljure Parra, lo envió a la Empresa en Bogotá, cuyo asistente, Víctor M. Ramírez H., solicitó atención médica a la Clínica Magdalena, por medio de comunicación de noviembre 16 de 1982, determinando en ella que "los gastos ocasionados por dicha atención serán cancelados por la empresa previa presentación de la cuenta de cobro hasta por la suma de veinte mil pesos ($ 20.000.00) moneda corriente";

e) Que la Clínica La Magdalena se negó a prestar la atención médica y hospitalaria, argumentando que la suma ofrecida por la Empresa era irrisoria frente a los gastos que la intervención requería;

f) Que ante esta situación y después de agotar todos los medios para que la demandada se hiciera responsable de la intervención, el demandante tuvo que internarse en la Clínica Palermo de Bogotá, con la ayuda de su padre Angel Basilio Baquero Rojas, centro donde fue intervenido por los cirujanos especialistas Fabio Hermida Díaz, Miguel Gutiérrez y César Alvarado, permaneciendo recluido y en tratamiento del 16 de noviembre de 1981 hasta el 1° de diciembre siguiente;

g) Que al salir de la clínica continuó su tratamiento a domicilio, con personal contratado por su cuenta, para lo cual se vio precisado a tomar en arrendamiento un

apartamento en la Carrera 16 No. 63-62 de Bogotá, alquilado a Rosa Torres desde el 1° de diciembre de 1982 hasta el 6 de marzo de 1983;

h) Que a consecuencia de la fractura sufrida en la espina dorsal, el demandante perdió definitivamente la facultad de locomoción, quedando reducido de por vida a una silla de ruedas y obligado a los tratamientos especializados de "Teleton", para minusválidos, y a contratar servicio de taxi para acudir a dicha institución, situada en jurisdicción del Municipio de Chía;

i) Que antes del accidente el demandante se encontraba en pleno disfrute de sus capacidades laborales y trabajaba en "Espejos La Española" desde el 15 de mayo de 1982, devengando un salario de $14.000 pesos mensuales, y luego del accidente quedó impedido de por vida para laborar;

j) Que el demandante ha tenido que afrontar, a causa del tratamiento, desde el día del accidente a la fecha, numerosos gastos, los cuales discrimina, como hecho último de la demanda.

III. La demandada respondió manifestando no constarle los hechos de la demanda y formulando excepciones de fondo que denominó: falta de legitimación activa en la causa, falta de legitimación pasiva en la causa, planteamiento indebido de la pretensión, cobro de lo no debido y cualquiera otra que llegare a demostrarse.

IV. Impulsado el proceso, la primera instancia terminó con sentencia de 27 de octubre de 1988, mediante la cual el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá despachó favorablemente las súplicas de la demanda, condenando a la demandada al pago de perjuicios en abstracto, lo que dio lugar a que ésta interpusiera contra dicha resolución el recurso de apelación, habiendo terminado el segundo grado de jurisdicción con fallo de 17 de junio de 1989, por el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó el proferido por el *a quo*, motivo por el que la misma parte demandada interpuso el recurso de casación contra lo decidido por el Tribunal.

La Sentencia del Tribunal

Relatados los antecedentes del litigio y entrando al fondo de la cuestión debatida, dice el Tribunal que la celebración del contrato de transporte entre el demandante Angel Baquero Castro y la Flota La Macarena S.A. quedó demostrada en la siguiente forma:

Con el testimonio rendido dentro de sumario penal por Gladys Peña, empleada de la empresa, según el cual la demandada despachó desde San Martín, con destino final a la ciudad de Bogotá, el vehículo siniestrado, número de orden 511, conducido por Carlos Arturo Rico Ortiz. Agregó la testigo que vendió unos pasajes a un grupo de seis o siete personas, que iban tres para Chipaque y el resto para Bogotá, las cuales iban embriagadas y cantando.

Con el informe del "Departamento de Policía Meta y LL.OO, "según el cual entre las personas fallecidas y heridas se encontró al demandante Andrés Baquero. (Folio 2 vto., cdno. 5).

Con las declaraciones de Mario Enrique Baquero Castro y Henry Baquero Castro, rendidas también dentro del sumario penal iniciado a causa del accidente. Ambos hermanos del demandante y quienes lo acompañaban en el viaje.

Con la carta que fue dirigida en papel membreteado al Hospital Regional de Villavicencio, el 15 de noviembre de 1982, solicitando atención médica para Andrés Baquero, como persona herida en accidente de tránsito, bus 511, firmada por Luis Eduardo Agudelo, auxiliar de rodamiento, con sello de la Empresa. (Folio 4, cdno. 1°).

Y, mediante otra carta, suscrita por un agente de la Empresa, fechada 16 de noviembre de 1982, dirigida a la Clínica La Magdalena de Bogotá, con enseña de la Compañía Transportadora, en la que también se solicita atención médica y hospitalaria para Angel Andrés Baquero, con gastos a cargo de la empresa. (Folio 6, cdno. 1°).

Agrega el Tribunal, que al ocurrir el siniestro el demandante venía dentro del automotor, puesto que fue recogido en el lugar del accidente, y porque se solicitó atención médica para él, lo cual implica que la Empresa tenía la convicción de que era su pasajero y, como tal, amparado bajo un contrato de transporte; contrato, por lo demás, no sujeto a solemnidad alguna, por lo cual, la ausencia del llamado "tiquete", no implica inexistencia del mismo.

Dice luego el *ad quem* que ese contrato es de carácter oneroso, pues a cambio del transporte se paga un precio "que si bien, para el caso debatido no está claramente establecido, si se dejó visto que al haberse expedido tiqueres (recuérdese, el grupo de seis o siete), es obvio suponer que ello obedeció a cambio de un precio, y que, de contrapelo, se advierte la no existencia de pruebas, que demuestre haber sido gratuito, ni mucho menos es viable pensar que sin mediar ese pago de pasajeros, y más concretamente el aquí demandante hubieran podido tomar asiento en el bus, a la sazón accidentado".

Insiste a continuación el fallador de segundo grado en que está probada la válida y real existencia del contrato de transporte y que el demandante era pasajero del bus accidentado, pues así lo ameritan tanto la investigación de orden policivo como penal que se adelantaron, de las cuales también se desprende que el demandante resultó gravemente herido, con lesiones de que da cuenta la historia clínica que obra a folios 27 a 40 del cuaderno 4, y la exposición de los peritos médicos designados por el Juzgado, quienes diagnosticaron "paraplejía total de carácter irreversible", calificándolo de "gran inválido", en dictamen que no fue cuestionado. Lesiones a las que también se refirieron los testigos Rosa Torres, Mario Gutiérrez Martínez, Arturo Forero Nuñez, Beatriz Pinzón González y María del Carmen Amaya, incluyendo la presanidad del actor.

Concluye el Tribunal, que está demostrado el incumplimiento del contrato de transporte, pues no se llevó al pasajero sano y salvo al lugar de destino, como lo exige el artículo 982 del C. de Co., ni se probó causal de exoneración de la culpa presumida en el transportador. Que el daño está plenamente acreditado así como su relación de causalidad con el accidente, por lo cual debe la demandada repararlo.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Dos cargos, dentro del ámbito de la causal primera de casación, formula el recurrente, el primero por violación indirecta de la ley sustancial y el segundo por violación directa, los que se despacharán conjuntamente, por referirse a la misma materia.

Cargo primero

Por éste se acusan, como violadas por el Tribunal las siguientes normas: Artículo 55 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 050/87), norma que dice el casacionista corresponde en iguales términos al artículo 30 del Decreto 409 de 1971 (Código de Procedimiento Penal Derogado), por falta de aplicación; y artículos 981, 982, 989, 991, 992, 1000, 1001 y 1003 del Código de Comercio (Decreto 410 de 1971), por indebida aplicación, a consecuencia de error de hecho en la apreciación de la prueba, tocante con el desconocimiento de la sentencia penal absolutoria proferida por el Juzgado Séptimo Superior de Bogotá, el 30 de septiembre de 1986, a favor de Carlos Arturo Rico Ortiz, conductor del bus accidentado, dentro del proceso que se le siguió por los delitos de homicidio y lesiones personales, en razón de los hechos ocurridos el 15 de noviembre de 1982. Sentencia confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá.

Dice la sociedad recurrente, que la norma sustancial violada por inaplicación (art. 55 del C. de P. P.) hace relación a los "efectos de la cosa juzgada penal absolutoria", y las normas violadas por indebida aplicación hacen relación al contrato de transporte y a sus incidencias, las cuales discrimina.

Agrega luego que las sentencias mencionadas anteriormente obran a folios 135 a 164 del cuaderno 1°, que fueron recogidas con todas las formalidades legales, pero ignoradas por el Tribunal, quien no se refirió a ellas, por lo cual desconoció su incidencia en el proceso civil.

Continúa diciendo que las declaraciones y condenas formuladas por el Tribunal no hubieran sido posibles de haber apreciado la prueba preterida.

Concreta luego su argumentación, manifestando que la absolución impartida penalmente al conductor del vehículo significa que no hubo responsabilidad de su parte, en relación con las lesiones padecidas por el demandante, y que, por tanto, el hecho imputado no se cometió. Que la jurisdicción es una, por lo que no se puede concebir que la rama penal absuelva y la rama civil condene. Que el artículo inaplicado tiene precisamente como finalidad evitar los fallos contradictorios y, que frente a la decisión penal, las normas relativas al contrato de transporte y sus consecuencias eran inaplicables, por no venir al caso.

Cargo segundo

Por éste se acusan, como violadas por el Tribunal, en forma directa, las siguientes normas: El artículo 55 del C. de P. P. (Decreto 050/87), norma correspondiente al artículo 30 del Código de Procedimiento Penal derogado (Decreto 409 de 1971), por

falta de aplicación; y los artículos 981, 982, 989, 991, 992, 1000, 1001 y 1003 del C. de Comercio (Decreto 410 de 1971), por indebida aplicación.

Expresa el casacionista, que el precepto violado por inaplicación dispone que la acción civil no puede iniciarse ni proseguirse cuando en el proceso penal se haya declarado que el hecho causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que éste obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa y, que los preceptos violados por indebida aplicación hacen referencia a los elementos, obligaciones, causales de exoneración, responsabilidad y otras circunstancias que se desprenden del contrato de transporte.

Agrega, que al confirmar el Tribunal la sentencia del *a quo* pareció estar de acuerdo con la escueta consideración que éste hizo, en el sentido de que en lo civil pesa sobre el demandado una presunción legal de culpa, consagrada en el artículo 2356 del C. C., sobre ejercicio de actividades peligrosas, lo cual establece una diferencia con la culpa penal. Que desde tal punto de vista el Tribunal habría apreciado la prueba constituida por las sentencias penales y, entonces, la violación de la norma sustancial sería directa, puesto que en tal caso el recurrente manifiesta su conformidad con dicha apreciación de la prueba, pero poniendo de presente que se infringió la norma penal no aplicada, y que ha debido aplicarse, pues la jurisdicción del Estado es única, sin que pueda la Rama Penal absolver y la civil condenar, como ocurrió, en relación con unos mismos hechos. Que precisamente el artículo 55 del C. de P. P., no aplicado, busca evitar esa situación.

Concluye, afirmando que al no aplicarse la norma citada el Tribunal hizo valer las que no corresponden al caso, relativas al contrato de transporte de pasajeros y, que por ello, se declaró responsable al demandado.

Se Considera

1. Mediante sentencia de 30 de septiembre de 1986 el Juzgado 7° Superior de Bogotá decidió la causa dentro del proceso penal seguido contra Carlos Arturo Rico Ortiz, conductor del vehículo accidentado, por los presuntos delitos de homicidio y lesiones personales en accidente de tránsito. La resolución fue absolutoria y posteriormente confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (folios 135 a 164, cdno. 1°).

Encontró el fallador de primer grado que ninguna de las versiones de los testigos que declararon al proceso merecía credibilidad para atribuir el accidente ocurrido a culpa del sindicado, ni tampoco para concluir la existencia del caso fortuito invocado por la defensa. Dijo el sentenciador que "es imposible determinar a ciencia cierta qué fue lo que pasó, por qué motivo el bus conducido por Rico Ortiz terminó en el fondo del abismo". Más adelante ratificó: "surgen serias dudas".

Fundamentó sus conclusiones el Juzgado en las contradicciones de los testigos al cambiar su versión inicial y en la imprecisión de las mismas. Algunos de los declarantes habían manifestado en un principio que al momento del accidente iban dormidos, para luego, sospechosamente, por resultarles de algún modo favorable, dar detalles de lo acontecido.

Así pues, aunque establecida la materialidad del delito, el Juzgado acogió el veredicto de no responsabilidad emitido por el jurado de conciencia que intervino, y absolvió, como se dijo, al sindicado.

El fallador penal de segundo grado, al confirmar la sentencia, expresó a su vez: 'Son muchas las dudas, los vacíos, los interrogantes que a pesar del esfuerzo investigativo que se realizó no pudieron obtener una respuesta cierta y concreta en el plenario'.

2. En síntesis, el señor Carlos Arturo Rico Ortiz, conductor del vehículo de la empresa demandada, fue absuelto por falta de prueba de su culpabilidad en el accidente, o sea que para el fallador penal hubo ausencia de culpa.

3. El artículo 55 del Código de Procedimiento Penal (Decreto-ley 050 de 1987), que estatuye sobre los efectos de la cosa juzgada penal absolutoria, es del siguiente tenor: "La acción civil no podrá iniciarse ni proseguirse cuando en el proceso penal se haya declarado, por providencia en firme, que el hecho causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que éste obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa".

Se desprende con claridad de la disposición, que los efectos de la cosa juzgada penal sobre la acción civil, en el caso de absolución del sindicado, se limitan a aquellas providencias que se fundamenten en la no ocurrencia del hecho imputado, o en su ocurrencia pero con autoría extraña al sindicado, o en su ocurrencia con autoría del sindicado, pero encontrándose éste en un caso de justificación. Por consiguiente, la absolución penal fundamentada en la simple ausencia de culpa del sindicado, no está cobijada en principio por los efectos de la cosa juzgada para lo civil, pero de estarlo, por cualquier razón que pudiera aducirse, carecería ello de relevancia en el asunto controvertido, según lo que se expresará enseguida.

4. Frente al incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de transporte de personas no es admisible, como motivo de exoneración de responsabilidad, la prueba de la ausencia de culpa.

Dispone el artículo 982 del C. de Co. que "el transportador estará obligado a conducir a las personas o a las cosas sanas y salvas al lugar o sitio convenido" y agrega el artículo 1003 ibidem que el transportador "responderá de todos los daños que sobrevengan al pasajero desde el momento en que se haga cargo de éste". Es lo que se ha denominado con el nombre "obligación de seguridad" y que responde a la circunstancia de originar el contrato de transporte obligaciones de resultado.

A su vez el artículo 992 de la citada obra dice que "El transportador sólo podrá exonerarse, total o parcialmente, de su responsabilidad por la inejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, mediante prueba de fuerza mayor, siempre que ésta no se deba a culpa del transportador, de vicio propio o inherente a la cosa transportada, o de culpa imputable exclusivamente al pasajero, al remitente o al destinatario", y el inciso 2 del ya mencionado artículo 1003, relativo específicamente al transporte de personas, reitera la forma de exoneración en los siguientes términos:

"Dicha responsabilidad solo cesará cuando el viaje haya concluido y también en cualquiera de los siguientes casos:

"1. Cuando los daños ocurran por obra exclusiva de terceras personas.

"2. Cuando los daños ocurran por fuerza mayor, pero ésta no podrá alegarse cuando haya mediado culpa imputable al transportador, que en alguna forma sea causa del daño.

"3. Cuando los daños ocurran por culpa exclusiva del pasajero, o por lesiones orgánicas o enfermedad anterior del mismo que no hayan sido agravadas a consecuencia de hechos imputables al transportador y

"4 Cuando ocurra la pérdida o avería de cosas que conforme a los reglamentos de la Empresa puedan llevarse 'a la mano' y no hayan sido confiadas a la custodia del transportador".

No se menciona, en lo pertinente, como causal de exoneración, la ausencia de culpa. Se mencionan exclusivamente los hechos o causas extrañas.

El incumplimiento por sí mismo lleva supuesta la culpa del transportador, en lo cual la regulación legal antes transcrita guarda armonía con la circunstancia de ser el transporte el ejercicio de una actividad peligrosa, de las contempladas por el artículo 2356 del C. C., respecto de las cuales no es admisible la prueba de ausencia de culpa, según lo tienen admitido jurisprudencia y doctrina.

5. La culpa penal y la civil para casos específicos, como el que ocupa a la Corte, reciben distinto tratamiento de uno u otro ordenamiento. El criterio civil es aquí diferente del penal. En caso de duda, en lo penal, se favorece al sindicado, en tanto que en lo civil opera otro tipo de principios y presunciones.

6. Tiene dicho la jurisprudencia de la Corte que: "Con motivo de ser el transporte una clásica actividad peligrosa, que de suyo implica un riesgo para la sociedad, máxime cuando la conducción es de personas, la inejecución o ejecución defectuosa del contrato de transporte considera o presume la ley que obedece a culpa de quien lo explota y, por tal virtud, ha establecido que el transportador, para liberarse de responsabilidad, le corresponde demostrar la ocurrencia de uno de los eventos siguientes:

"a) Que los daños ocurrieron por obra exclusiva de terceras personas;

"b) Que los daños se presentaron por fuerza mayor, sin que en ello hubiera tenido la culpa el transportador; y

"c) Que los daños obedecieron a culpa exclusiva del pasajero, o por lesiones orgánicas o enfermedad anterior del mismo que no hayan sido agravados a consecuencia de hechos imputables al transportador (art. 1003 C. de Co.).

"Según lo que se acaba de ver, en lo tocante con el transporte terrestre de personas, a la luz de las disposiciones del Código de Comercio, la obligación de conducirlas sanas y salvas a los lugares o sitios convenidos, puede resultar incumplida, en cuyo caso el ordenamiento sindica de culpable y responsable de tal hecho al transportador. Con todo, como dicha calificación la hace a manea de presunción simplemente legal o juris tantum, *permite que se desvirtúe cuando el transportador demuestra que el daño se produjo, ya por obra exclusiva de terceras personas, ora por fuerza mayor, bien por culpa exclusiva del pasajero, o por sus lesiones orgánicas, o enfermedad que padecía". (G. J., T. CLIX, pág. 96)*

7. En relación con el tema específico de la cosa juzgada dijo la Corte:

"Y a pesar de que al proceso se adujo copia de los autos de sobreseimiento definitivo con que el conductor Pablo Hincapié fue favorecido por el Juzgado 11 Superior de Medellín y por el Tribunal Superior respectivo, no se podrá eximir de responsabilidad al demandado y propietario Avelino, pues de tales providencias judiciales sólo surgía prueba de que el piloto Pablo Hincapié obró con diligencia y cuidado, y ya se vio que la simple prueba de esta diligencia cuidadosa no libera de la presunción establecida por el artículo 2356 del Código Civil. Por este motivo no puede prosperar la excepción de cosa juzgada propuesta por el demandado y que se hizo consistir en que la justicia penal había declarado exento de culpa al conductor Pablo Hincapié" (Sent. de 9 de febrero de 1976 ordinario de Consuelo Londoño Vs. Avelino Hincapié, no publicada).

Posteriormente, la Corte reiteró su posición en los siguientes términos:

"Luego, no se puede, como lo pretende el recurrente, diferenciar dos situaciones: frente al conductor y en relación con la sociedad demandada. Esta no se exime de responsabilidad porque aquél hubiera podido desempeñarse con diligencia, sino sólo por circunstancias configurativas de fuerza mayor o caso fortuito, intervención de un elemento extraño o culpa exclusiva de las víctimas, factores que, como se ha visto, no hacen presencia en autos.

"Es decir, como ha reiterado esta Corporación, el demandado no puede exonerarse de la obligación de resarcir el daño con la sola demostración de lo que la doctrina jurisprudencial de la Corte ha denominado 'prueba de diligencia y cuidado', pues como ya se expresó, por cuanto con el funcionamiento de ciertas máquinas se crea la inseguridad de los conciudadanos. Por el riesgo palmar que ofrecen, y por cuanto sería difícil, por no decir imposible, que las víctimas de una actividad peligrosa pudieran demostrar la negligencia o el descuido, la jurisprudencia ha levantado a cargo del guardián de esas máquinas, cual lo es el propietario que por sí o por medio de otras personas las explota, una presunción de culpa que sólo puede desvanecerse con la plena prueba del caso fortuito, de la intervención de un elemento extraño o de la culpa exclusiva de la víctima. Tal presunción, pues, no se aniquila con sólo acreditar el empleo de diligencia y cuidado". (Sentencia de 9 de febrero de 1976, no publicada). (27 de marzo de 1980, ordinario de Vicente Loaiza David. Vs. Gaseosas Lux S.A.).

8. Viene de todo lo expuesto, que el Tribunal no violó el artículo 55 del C. de P. P. por falta de aplicación, ni las normas del Código de Comercio que se dicen mal aplicadas, ni menos cometió el yerro de facto que se le achaca.

Los cargos, pues, no prosperan.

RESOLUCIÓN:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia materia del recurso extraordinario y condena en costas del recurso al recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 022

CASACION - DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS

Su fundamento está en la necesidad de llevar a las partes certeza jurídica sobre los derechos y obligaciones declarados por la sentencia. La contradicción reinante en las resoluciones de la misma sentencia debe hacer imposible la ejecución simultánea de todas ellas.

PERJUICIOS - CONDENA EN CONCRETO

A partir de la reforma al Decreto 1400 de 1970, se estableció como regla general, la condena enconcreto en relación con los conceptos del artículo 307 del C. de P. C. Excepción (mejoras).

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Alberto Ospina Botero.*

Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la Sociedad Colectiva Díaz López y Cía., contra la sentencia de 19 de junio de 1990, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en el proceso ordinario adelantado por María Concepción de Pulido, José Antonio Pulido Montenegro, María Inés Pulido de Hernández, Isabel Pulido Montenegro y Víctor Alfonso Pulido Montenegro contra la aquí recurrente.

ANTECEDENTES

1. Por demanda presentada ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Villavicencio, solicitaron los mencionados demandantes se declárase la nulidad absoluta del contrato de promesa de compraventa que celebraron con la demandada el día 27 de abril de 1980 y, consecuencialmente, se ordenasen las restituciones mutuas en cuanto al inmueble prometido en venta, precio y frutos.

II. Las pretensiones reseñadas se apoyaron en los hechos siguientes:

a) Que los demandantes se obligaron a transferir a la sociedad demandada los derechos que les pudieran corresponder en la sucesión doble de sus padres Víctor Alfonso Pulido y Virginia Montenegro, vinculados a la finca San José, Vereda de Sardinata, jurisdicción del Municipio de Restrepo, Meta, indicando en la promesa que los linderos generales del inmueble se discriminarían en la escritura de venta;

b) Que la falta de identificación de dichos linderos y de los derechos prometidos en venta, vician de nulidad absoluta el contrato, al igual que la falta de estipulación de fecha para el otorgamiento de la escritura pública, pues se hizo referencia,a un plazo ambiguo e indeterminado, a saber: La fecha de protocolización del expediente contentivo de la sucesión, una vez registrada la partición;

c) Que la nulidad absoluta de la promesa impide que produzca obligación alguna, por lo que las cosas deben volver al estado anterior a la misma.

III. La sociedad demandada contestó aceptando unos hechos y negando otros, oponiéndose y formulando excepciones de fondo que denominó: Novación de la promesa, mora en la parte demandante, incumplimiento de su obligación por la parte demandante y falta de personería sustantiva o de legitimación en la misma parte. Propuso también excepciones previas, que se decidieron por separado, y, demanda de reconvención.

Mediante esta demanda de mutua petición solicitó se declarase que las entregas de 36 hectáreas hechas por los prometientes vendedores al prometiente comprador, en cumplimiento de la promesa, son válidas y, que en consecuencia, los primeros están en la obligación de otorgar la escritura pública a que se comprometieron y que, de no ser así, se ordenase la restitución del precio pagado, con intereses comerciales y corrección monetaria y, también, el pago de las mejoras incorporadas al inmueble a partir de su entrega.

IV. La primera instancia terminó con sentencia de 10 de agosto de 1989, mediante la cual se acogieron las pretensiones de la demanda principal, se desecharon las excepciones, y se denegaron las súplicas de la demanda de reconvención.

V. Inconforme la demandada con la resolución precedente, interpuso contra ella el recurso de apelación, habiendo terminado el segundo grado de jurisdicción con fallo de 19 de junio de 1990, confirmatorio del proferido por el *a quo*, por lo que la misma parte interpuso contra lo decidido por el Tribunal, el recurso extraordinario de casación de que ahora se ocupa la Corte.

La Sentencia del Tribunal

Relatados los antecedentes del litigio dice el Tribunal que son dos los motivos de inconformidad del apelante: la desestimación que el Juzgado hizo del dictamen pericial, en lo relativo a las mejoras que plantó en la finca San José, y el habérsele condenado en costas.

Abordando el estudio de la promesa de compraventa la encuentra ciertamente viciada de nulidad, por falta de identificación del inmueble prometido en venta y por indeterminación de la época de celebración del contrato.

Pasa luego el Tribunal a ocuparse de las prestaciones mutuas y dice que el *a quo* declaró a la demandada poseedora de buena fe y dispuso la restitución del inmueble a los demandantes, con sus frutos, a partir de la contestación de la demanda y, que se le restituyeran a la demandada los dineros pagados a título de precio, con corrección monetaria e intereses, y se les pagaran las mejoras plantadas en la finca, con derecho de retención. Frutos y mejoras a liquidar por los trámites del artículo 308 del C. de P. C. (anterior a su reforma).

A continuación, revisa el Tribunal los motivos de inconformidad del apelante y encuentra que el Juzgado tuvo razón al desestimar el dictamen pericial, en punto a mejoras, pues está mal fundamentado. Dice que testimonialmente quedó establecido que el predio se entregó con algunas mejoras, tales como siembras de pasto puntero, dos casas de habitación construidas en bloque y zinc, árboles frutales y cercas, y que los peritos al relacionar las mejoras encontradas no atinaron a indicar su antigüedad, limitándose a hacer inferencias reñidas con el sentido común, como la de declarar "que las mejoras fueron implantadas aproximadamente 8 años, fundados en que las promesas de compraventa *se habla de tierra o terreno, mas nunca se especificaron mejoras*, dando a entender que en todo caso en que se hable de tierra o terreno éste de por sí es inculto e inexplorado por la mano del hombre (fls. 118 y 119). Al ser interrogados sobre si las mejoras fueron implantadas antes o después de la notificación de la demanda, contestaron evasivamente, expresando "no se nos puso los documentos presentes y a la vista para saber cuando fue contestada la referida demanda" ".

Que además los peritos, al hacer el avalúo del mayor valor de la finca, no tomaron en cuenta separar el valor del terreno y el sobreprecio proveniente de su transformación por las mejoras. Es decir, no se dedujo el valor del terreno del valor total de la finca.

En lo relativo a la condena en costas a la parte recurrente, encuentra el Tribunal que el *a quo* se limitó a aplicar el artículo 392 del C. de P. C., que impone a la parte vencida la mencionada condena. Aclara que las restituciones mutuas decretadas no significan que hubiera mediado un vencimiento mutuo, para hacer compensaciones.

El Recurso de Casación

Dos cargos formula la parte recurrente, el primero con apoyo en la causal tercera de casación y el segundo con apoyo en la causal primera, que serán estudiados en el orden propuesto.

Cargo primero

Por este se acusa la sentencia de contener en su parte resolutiva declaraciones contradictorias.

Dice el casacionista que al confirmar la sentencia del Juzgado Primero Civil del Circuito de Villavicencio el Tribunal Superior hizo suya la parte resolutiva de dicho proveído, que entre otras decisiones contiene, en su numeral cuarto, la orden para que la sociedad demandada restituya el inmueble "dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de este fallo", en tanto que en el numeral séptimo se le reconoce el derecho

de retención consagrado al artículo 970 del C. C., según el cual el poseedor vencido que tuviere derechos en razón de expensas o mejoras puede retener el bien hasta que se verifique o asegure el pago.

Agrega que al reconocérsele el derecho de retención sobre la finca San José el Tribunal sujetó el cumplimiento de la sentencia, en materia de restitución, a una condición, o sea a un acontecimiento positivo futuro e incierto, el pago del valor de las mejoras reconocidas, que ni siquiera se ha tasado puesto que en la misma providencia se desdeñó el dictamen pericial al respecto. Que por lo mismo se establecieron simultáneamente una condición y un plazo que la desvirtúa.

Continua afirmando que el artículo 334 del C. de P. C. es muy claro al disponer que "la condena total o parcial que se ha subordinado a una condición, sólo podrá ejecutarse una vez demostrado el cumplimiento de esta" y que el artículo 339 *ibidem* dice que "cuando en la sentencia se haya reconocido el derecho de retención, el demandante sólo podrá solicitar la entrega si presenta el comprobante de haber pagado el valor del crédito reconocido en aquélla, o de haber hecho la consignación respectiva".

Finaliza el censor solicitando que una vez casada la sentencia del Tribunal se reforme la de primera instancia en el sentido de suprimir el plazo señalado en el ordinal cuarto para la restitución del predio y en su lugar se ordene que la entrega se sujete a lo dispuesto en el artículo 339 del C. de P. C.

Se Considera

1. Al confirmar en todas sus partes la sentencia de primera instancia el Tribunal ciertamente hizo suyas las decisiones contenidas en la parte resolutiva de la misma.

2. En lo pertinente, dice dicha parte resolutiva: "4°. Ordenar que la sociedad 'Díaz López y Cía.' restituyan a María Concepción Pulido de Pulido, María Inés Pulido de Hernández, Israel, José Antonio y Víctor Alfonso Pulido Montenegro la extensión de terreno que posee con ocasión de la promesa de venta declarada nula dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de este fallo, junto con los frutos civiles y naturales dejados de percibir y que se liquidarán por el procedimiento del artículo 308 del C. de P. C., a partir de la contestación de la demanda. 7°. Reconocer a la Sociedad 'Díaz López y Cía.' el derecho de retención sobre la extensión de terreno que posee en virtud de la promesa de compraventa declarada nula conforme lo manda el artículo 970 del Código Civil".

Previamente a reconocer el derecho de retención, en el numeral 6° se había dispuesto: "Condenar a María Concepción Pulido de Pulido, María Inés Pulido de Hernández, Israel, José Antonio y Víctor Alfonso Pulido Montenegro a pagarle a la Sociedad 'Díaz López y Cía.' las mejoras por ésta construidas dentro del predio que posee con ocasión de la compraventa (sic) declarada nula, las que se liquidarán por el procedimiento del artículo 308 del C de P. C., hasta la contestación de la demanda".

Así pues, el derecho de retención a la demandada se concedió en razón de las mejoras reconocidas en la sentencia, cuyo valor quedó indeterminado.

3. Consiste la causal tercera de casación en "contener la sentencia en su parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias" (art. 368 No. 3, C. de P. C.).

Se fundamenta esta causal en la necesidad de llevar a las partes certeza jurídica sobre los derechos y obligaciones deducidos o declarados por la sentencia, en lo cual guarda armonía con el contenido del artículo 304, inciso 2, del C. de P. C., que tanto antes de su reforma como después impone al fallador el deber de proferir decisiones expresas y claras sobre cada una de las pretensiones de la demanda, excepciones consecuenciales y demás.

Desarrollando el sentido de la causal ha dicho la jurisprudencia de la Corte: "... es lo cierto que hoy el fundamento jurídico, la razón de ser de dicha causal se encuentra únicamente, como también lo estuvo antes, en el hecho de que la contradicción reinante en las resoluciones de la misma sentencia haga imposible la ejecución simultánea de todas ellas. Sólo en este supuesto la causal aludida tendrá virtualidad suficiente para casar el fallo impugnado" (G. J., T. CXVII, pág. 43).

4. Resalta entonces, con claridad, que al disponerse en la sentencia la restitución de la finca dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del fallo, para luego reconocer a la sociedad demandada el derecho de retención de la misma hasta el pago de las mejoras por la parte demandante, se incurrió en contradicción manifiesta, pues se sujetó la restitución a un plazo y a una condición, excluyentes entre sí, e imposibles de ejecución simultánea. El plazo contradice el derecho de retención reconocido.

Al señalarse plazo de seis días, a partir de la ejecutoria de la providencia, se sujetó la restitución a un evento futuro de carácter cierto, y al reconocerse el derecho de retención en los términos del artículo 970 del Código Civil, se sujetó la restitución, por el contrario, a un evento futuro de carácter incierto, resultando así incompatibles las dos decisiones.

5. Deviene de lo expuesto que el cargo prospera, en lo atinente a la contradicción señalada, lo que conllevará el quebranto de la sentencia del Tribunal, por dicho motivo, para suprimir el plazo de seis (6) días.

Cargo segundo

Por este se acusa la sentencia de violación de la ley sustancial, en forma directa.

Dice el censor que el Tribunal no aplicó el artículo 307 del C. de P. C., reformado por el artículo 1° del Decreto 2282 de 1989, ni el artículo 2 del citado decreto ni el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

Desarrolla el cargo manifestando que con la vigencia del Decreto 2282 de 1989 desapareció la condena *in generi* con reenvío a un trámite de liquidación, puesto que ese decreto derogó el artículo 307 del C. de P. C., disponiendo en su lugar la condena por cantidad y valor determinados y, autorizando, en caso necesario, el decreto de pruebas oficiosas con tal finalidad e imponiendo al superior igual deber frente a las omisiones del inferior en ese campo.

Agrega que el decreto 2282 rigió a partir del 1° de junio de 1990, derogando las disposiciones contrarias, según el texto de su artículo 2 y, que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 dispone que las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

Que por lo mismo, los artículos 307 y 308 del C. de P. C. quedaron derogados y sin ultraactividad, por no estar cobijados por las excepciones señaladas en el mismo artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

Concluye el ataque, manifestando que según lo expuesto el Tribunal se encontraba en la obligación de concretar la condena, incluso a pesar de que no se le hubiera solicitado sentencia complementaria para ese efecto (art. 308 del C. de P. C.), por ser este un derecho facultativo.

A continuación, hace el censor algunas consideraciones en materia de técnica de casación, para hacer ver que formula debidamente el cargo y, finaliza pidiendo se case la sentencia del Tribunal y se reforme la de primera instancia, en primer lugar suprimiendo el plazo de los seis días para la restitución del inmueble y, luego, señalando en cantidad determinada las sumas que debe recibir por concepto de intereses y corrección monetaria de los $ 2.800.000.00 que se ordenan devolver y, por concepto de mejoras

SE CONSIDERA

1. Mediante el Decreto-ley 2282 de 1989 se introdujeron reformas al Decreto 1400 de 1970, conocido como Código de Procedimiento Civil. Reformas con vigencia a partir del 1° de junio de 1990 y derogatoria de las disposiciones contrarias.

Entre las disposiciones reformadas se cuenta el artículo 307 del Código, que regula la forma como el Juzgador debe hacer la condena al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios u otra cosa semejante.

Establecía dicho artículo, antes de su enmienda, la condena en forma genérica, cuando no aparecieran demostradas las cuantías, con lo cual el Juez quedaba autorizado para proferir condenas en abstracto. Pero su reforma introdujo el principio contrario, la condena en concreto: "La condena al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios u otra cosa semejante, se hará en la sentencia por cantidad y valor determinados. Cuando el Juez considere que no existe prueba suficiente para la condena en concreto, decretará de oficio, por una sola vez, las pruebas que estime necesarias para tal fin". Se estableció, en consecuencia, como regla general, la condena en concreto por los conceptos mencionados.

2. La sentencia del Tribunal, objeto del recurso de casación, se dictó el 19 de junio de 1990, encontrándose en vigencia el Decreto 2282 de 1989, pues según se dijo anteriormente éste entró a regir a partir del 1° de junio de 1990, por haberlo dispuesto así su artículo 2. Se encontraba entonces, para esa fecha, ya reformado el artículo 307 del C. de P. C.

3. No obstante, si bien la regla general, al dictarse la sentencia del Tribunal, era la condena en concreto en virtud de la reforma mencionada, en materia de mejoras rige un principio de excepción.

Establece el artículo 339 del C. de P. C, regulando el derecho de retención reconocido en la sentencia, que "si el valor de las mejoras no hubiere sido regulado en la sentencia se liquidará mediante incidente, el cual deberá promoverse dentro de

los 20 días siguientes a la ejecutoria de aquélla o del auto de obedecimiento a lo resuelto por el superior, según fuere el caso".

Como la situación aquí controvertida, en punto de mejoras, se enmarca precisamente en la transcripción hecha, fácilmente se advierte que el Tribunal no desacertó al decidir como lo hizo y, por ende, no quebrantó la ley sustancial que se señala en el cargo, en la materia dicha.

4. Pero en lo referente al monto de los intereses debidos y ajuste monetario, de la suma de $ 2.800.000.00, que el demandante debe restituir a la demandada, si se presenta el quebranto de las disposiciones sustanciales referidas, o sea, por la no aplicación del artículo 307 del C. de P. C., reformado, vigente al dictarse la sentencia del Tribunal y cuya aplicación era imperiosa al tenor de lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 153 de 1987: "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalece sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir".

5. Deviene de lo expuesto que también este cargo prospera, en lo pertinente.

6. De consiguiente, se casará la sentencia del Tribunal, pero antes de proferir la sentencia que ha de sustituirla, la Corte, con apoyo en lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 375 del C. de P. C., decretará de oficio la práctica de las pruebas que más adelante se puntualizan.

RESOLUCIÓN:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil-, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia proferida el 19 de junio de 1990 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio y actuando en instancia.

RESUELVE:

1. Ofíciese al Departamento Nacional de Estadística -Dane- para que informe cuál es el valor actual de un peso de 27 de abril de 1980, de un peso de 5 de mayo de 1983 y de un peso de 13 de agosto de 1983, habida cuenta de la desvalorización monetaria ocurrida desde esas fechas

2. Ofíciese a la Superintendencia Bancaria para que informe cuál ha sido el monto de los intereses comerciales corrientes a partir del 27 de abril de 1980, con sus variaciones hasta la fecha de contestación de este oficio.

Sin costas en el recurso de casación.

Cópiese y notifíquese.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Saraniento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 040

CONGRUENCIA - Incongruencia

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 305 del C. de P. C. Incongruencia: hipótesis en que ella tiene lugar.

CONTRATO DE DEPOSITO - Almacenes Generales / ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO - Contrato - Deposito

Notas particularizantes. Obligaciones fundamentales del depositario. Exigir su cumplimiento corresponde al depositante, con independencia de la calidad que este tenga con relación a la cosa depositada Quien está legitimado para hacer el depósito de la cosa. La obligación restitutoria en tratándose del depósito de Almacenes Generales. Calidad que debe ostentar quien reclama la mercancía.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Rafael Romero Sierra.*

Santafé de Bogotá, D. C., dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Decídese el recurso extraordinario de casación interpuesto por la sociedad demandada contra la sentencia de 5 de agosto de 1989, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario de Montoya V. y Cía. S. en C. contra Almacenes Generales de Depósito "Almadelco S. A.".

I. Antecedentes

1. La Sociedad J. Montoya V. y Cía. S. en C. demandó a su similar Almacenes Generales de Depósito 'Almadelco S. A.', para que con citación y audiencia de su representante legal y previo el proceso ordinario de mayor cuantía se hicieran por sentencia las siguientes declaraciones y condenas:

"*Primera.*

"Que se decrete: la liberación y entrega total de las mercancías relacionadas en las matrículas de depósito Nos. 6985 y 6987 de marzo 2 de 1984 expedidas por Almacenes Generales de Depósito 'Almadelco S.A.' Barranquilla, a favor de J. Montoya V. y Cía. S. en C." de Bogotá, por razón de que sobre dichas obligaciones prendarias no se emitió ningún bono de prenda, ni amparaban ningún crédito a cargo de la sociedad 'J. Montoya V. y Cía. S. en C.', no obstante que el plazo de depósito se prefijó en un año y no contener las precitadas obligaciones prendarias ninguna razón por la cual se hubiera pactado la retención de las mercancías a favor de Almacenes Generales de Depósito 'Almadelco S.A.'.

"*Segunda.*

"Que por virtud y como consecuencia de la declaración anterior se resuelve: que la sociedad J. Montoya V. y Cía S. en C. no está obligada a cancelar a Almacenes Generales de Depósito 'Almadelco S.A.' los valores de almacenaje sobre las mercancías depositadas en las bodegas de Almacenes Generales de Depósito 'Almadelco S.A.' en Barranquilla, y por ende por no ser exigibles las facturas 064811, 071270, 071272, 071325 y 071469 referentes al depósito No. 6985 y las números 064812, 071267, 071268, 071269, 071326 y 071460 referentes al depósito número 6987.

"*Tercera.*

"Que en aplicación y desarrollo de las declaraciones anteriores, se decrete que el contrato de dación en pago suscrito en el mes de abril 6 de 1984 entre Almacenes Generales de Depósito 'Almadelco S.A.' y la sociedad 'J. Montoya V. y Cía. S. en C.' por valor de once millones seiscientos cuarenta y seis mil cuatrocientos veinticuatro pesos con 28/100 ($11.646.424.28) moneda corriente, es un contrato inexistente (radicalmente nulo) no sólo por haberse suscrito sobre mercancías que se encontraban bajo contrato de obligación prendaria, sino, también por haberle faltado un elemento de su esencia contractual y por consiguiente estar destinado a no producir efecto alguno consistente en el no cumplimiento por parte de Almacenes Generales de Depósito 'Almadelco S.A.' en la cancelación simultánea del precio que se determinó dentro del presunto contrato citado, o sea, el pago al Instituto de Mercadeo Agropecuario 'Idema' por márgenes de comercialización de siete millones setecientos quince mil cien pesos con 92/100 ($ 7.715.100.92) moneda corriente, debido por 'J. Montoya y Cía. S. en C.' en la importación de 3.000 toneladas de trigo.

"*Cuarta.*

"Que siendo contrato de dación en pago inexistente y absolutamente nulo y encontrarse las mercancías depositadas en las bodegas de 'Almadelco S.A.' en Barranquilla bajo contrato de depósito simple, se declare: que la sociedad Almacenes Generales de Depósito 'Almadelco S.A.' hizo uso indebido de la maquinaria con perjuicio de la sociedad 'J. Montoya V. y Cía. S. en C.', según se desprende de las diligencias extrajudiciales de inspección ocular practicada el 11 de julio de 1984 y por medio del cual se constató que el descargue de la M/N coral volans para 'Industrias Alimenticias Noel S.A.' lo estaba realizando 'Almadelco S.A.' con máquinas succionadoras, tolvas

y otros elementos de propiedad de 'J. Montoya V. y Cia. S. en C.' que debían encontrarse depositadas en las bodegas de 'Almadelco S.A.' en Barranquilla.

"Quinta.

"Que como consecuencia de las resoluciones anteriores sobre validez de las matrículas de depósitos prendarios números 6985 y 6987 y de la inexistencia y nulidad del contrato de dación en pago, por culpa grave de Almadelco S.A. debe darse aplicación a lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 1745 del Código Civil y de lo establecido por el artículo 1613 del mismo Código, condenándose a 'Almadelco S.A.' al pago de los perjuicios ocasionados a la sociedad 'J. Montoya V. y Cia. S. en C.' los cuales se liquidarán de acuerdo con el procedimiento establecido por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

"Sexta.

"Que se condene en las costas del presente proceso a Almacenes Generales de Depósito 'Almadelco S.A.' ".

2. Como sustrato fáctico de las pretensiones anteriores, la sociedad actora relató los siguientes hechos:

a) Perfeccionó con la sociedad Almacenes Generales de Depósito "Almadelco S.A.", desde varios años atrás, relaciones comerciales en cuanto a descargue de barcos y almacenamiento de sus trigos importados; guarda de los equipos completos bajo depósito simple y disponibilidad de oficinas dentro de las instalaciones de "Almadelco S.A." en la Loma-Puerto de Barranquilla;

b) A raíz de tales vinculaciones comerciales, en las bodegas de "Almadelco S.A." se hallaban depositadas cerca de 3.000 "TM" de trigo a granel importadas y sobre las que, le adeudaban el valor de bodegajes a aquélla y al Instituto de Mercadeo Agropecuario, Idema, un gravamen que esta entidad cobra como margen de comercialización sobre la importación de la citada cantidad de trigo;

c) Con el fin de solucionar el pago de las deudas antes relacionadas, le propuso a la entidad demandada un arreglo, que en principio y de manera temporal, se convino de la siguiente manera: "entregar en depósito con obligación prendaria, sin costo por el almacenamiento (obsérvese en los certificados Nos. 6985 y 6987 no se pacta ni se conviene ninguna tarifa) las máquinas succionadoras a granel descritas en la matrícula de depósito número 6985"; posteriormente, se llegó a un acuerdo definitivo, por medio de una transacción consistente en "... una dación en pago, un pacto de retroventa y una explotación conjunta. A tal efecto el señor Juan Guillermo Montoya mediante poder otorgado por el señor Jesús Montoya Vélez de fecha 5 de abril de 1984 ..., procedió a perfeccionar el contrato de dación en pago para cancelar las obligaciones de "J. Montoya V. y Cía. S. en C." con el Instituto de Mercadeo Agropecuario, Idema, y con Almacenes Generales de Depósito "Almadelco S.A." por un valor de once millones seiscientos cuarenta y seis mil cuatrocientos cuarenta y cuatro pesos con 28/100 ($ 11.646.444.28) moneda corriente, suma de dinero que cubre los siguientes rubros "... cortados en 30 de marzo de 1984":

"a) $ 7.716.100.92 por cuenta de márgenes de comercialización, adeudados al Idema;

"b) S El saldo era para responder por cuentas varias adeudas a "Almadelco S.A.", por servicios de almacenaje y otros";

"d) Para perfeccionar la dación en pago sobre el valor anterior, le entregó a la empresa demandada seis (6) máquinas o equipos Vac-U-Tor grandes que tienen un valor comercial de sesenta millones de pesos ($ 60.000.000.00) moneda corriente; agrega que las partes convinieron que "... de forma inmediata y simultánea con el recibo de la maquinaria, cancelarían al Idema los márgenes de comercialización debido "y que además la entidad demandada se "... obligó a que se firmaría un documento de venta con retroventa sobre los citados equipos y se determinaría que los descargues se explotarían en forma conjunta de acuerdo con las conveniencias, en cada caso particular" y que, mediante carta de 3 de abril de 1984, número 2411, el Subgerente General de la firma demandada confirmó lo anteriormente expuesto;

e) La minuta de dación en pago se suscribió entre las partes el 5 de abril de 1984, pero la sociedad demandada "... retuvo la copia de la dación en pago y no la entregó a *J.* Montoya V. y Cía. S. en C.";

f) Ninguna de las obligaciones adquiridas por "Almadelco S.A." fue cumplida, pues "... no hizo honor a su palabra; tampoco hizo honor al documento suscrito; pero, en cambio, se apropió de la maquinaria o equipos Vac-U-Tor y se dedicó a explotarla por su propia cuenta como se desprende del télex enviado por el Subgerente General de 'Almadelco S.A.' al gerente de Industrias Alimenticias Noél S.A. y que reza así: Para el descargue de 7.000 toneladas de su propiedad certificamos que las máquinas succionadoras que utilizaremos en la operación son de exclusiva propiedad de 'Almadelco S.A.' por haber sido recibidas en Dación en Pago de la firma 'J. Montoya V. y Cía. S. en C.', con el lleno de todos los requisitos legales exigidos por la Superintendencia Bancaria";

g) Ante los reclamados formulados sólo se recibió de la sociedad demandada "...una propuesta contenida en la carta número 4459, ...", que textualmente dice:

"En respuesta su télex de junio 27 de 1984 nos permitimos informarle que la Junta Directiva de 'Almadelco S.A.' dispuso proponer a ustedes en un plazo no mayor de noventa (90) días a partir de la fecha, 'J. Montoya V. y Cía. S. en C.' cancele a 'Almadelco S.A.' el valor de las deudas a su cargo, incluyendo en esta cifra el valor de la dación en pago y las nuevas obligaciones, pudiendo disponer de las máquinas, incluyendo las de nuestra propiedad, o sea, aquéllas recibidas en dación en pago para facilitar a ustedes la consecución de los recursos necesarios.

"Es entendido que contra el pago de las mencionadas obligaciones 'Almadelco S.A.' procederá a suscribir el documento de traspaso de la propiedad a ustedes o a quienes se nos indique...";

h) Hasta la fecha el Idema se ha negado a entregarle constancia de pago y de paz y salvo sobre los márgenes de comercialización adeudados, "... habiendo sido imposible retirar de las bodegas de 'Almadelco S.A.' en Barranquilla la cantidad de 525.386 kilos

de trigo importado pendiente de entrega a los siguientes molinos: ..." y que, al no haberse podido efectuar la entrega en marzo de 1984 de las anteriores cantidades de trigo, por culpa y responsabilidad de "Almadelco S.A." se le han causado costos, intereses y perjuicios graves;

i) Según la cuenta cortada en 30 de marzo de 1984 Almadelco S.A. debía cancelar al Idema por márgenes de comercialización la suma de siete millones setecientos quince mil cien pesos con 92/100 ($ 7.715.100.92) moneda corriente, pago que debía haberse efectuado el 5 de abril de 1984; pero Almadelco S.A., en comunicación de 12 de junio de 1984 (número 4054) le informó que los márgenes de comercialización adeudados a la fecha valían $ 8.263.303.19, razón por la cual la mora culposa de la sociedad demandada causó un mayor valor de $548.202.27 que son de su responsabilidad exclusiva;

j) Además, en las bodegas de la empresa demandada, en Barranquilla, se encuentran almacenadas todas las máquinas: "cosedoras, marca Fischbein, repuestos considerables de las máquinas Vac-U-Tor, repuestos de las máquinas cosedoras Fischbein, herramientas, equipo y tubería especial según se desprende del inventario ...", negándose a entregarlas, y sobre las que ejerce una retención indebida.

3. En su oportuna respuesta a la demanda, la sociedad demandada se opuso al despacho favorable de las pretensiones deducidas por la firma demandante; en cuanto a los hechos, afirmó que no eran ciertos, salvo los dos primeros, pues del uno dijo que era cierto, en cuanto el trigo importado ciertamente se depositaba en sus bodegas, pero necesariamente bajo depósito simple, por cuanto la mayoría de las veces la mercancía llegaba con retención a favor del Idema, de bancos que expedían cartas de crédito o de los adjudicatarios; y del segundo, que igualmente era cierto, pero aclarando que "... se desconoce qué otras deudas puede tener J. Montoya V. y Cía. S. en C. con el Idema o con bancos; propuso, además, las excepciones de mérito de "carencia del derecho pretendido por el actor, falta de legitimación en la causa y de interés para obrar, y, las demás que resulten probadas cuya declaratoria sea oficiosa, fundadas básicamente en los siguientes hechos:

a) Entre las sociedades demandante y demandada se ha venido sosteniendo, desde hace varios años, relaciones de carácter comercial, referente a la prestación de servicios, por parte de la última, en todo lo relacionado con operaciones inherentes a los almacenes de depósito, como es el almacenamiento de mercancías con el lleno de los requisitos establecidos para esta clase de operaciones;

b) Dentro del giro propio de esa clase de operaciones la firma demandante tenía depositados en las bodegas de la entidad demandada, de la ciudad de Barranquilla, 3.000 toneladas de trigo aproximadamente con retención del Idema hasta tanto se cancelarán las sumas correspondientes, por márgenes de comercialización;

c) En febrero de 1984 la auditoría interna de la firma demandada detectó unos faltantes y al entrar a investigar se descubrió que el trigo depositado por la empresa actora había sido fraudulentamente sustraído de las bodegas en donde se encontraba depositado, por el demandante, al parecer en asocio de algunos funcionarios de Almadelco, razón

por la cual el Gerente de dicha entidad, formuló denuncio penal el 29 de febrero de 1984, aún en curso;

d) La situación anterior también dio lugar a que desde ese mismo momento la entidad demandada asumiera la responsabilidad ante el Idema para el pago de los márgenes de comercialización que se habían dejado de cancelar por la sustracción fraudulenta de la referida mercancía;

e) Previamente la entidad demandante, para garantizar el pago de las obligaciones que había adquirido con la sociedad demandada por las diversas operaciones mercantiles, y atendiendo que tenía varias maquinarias depositadas y que le era imposible liberar por falta de recursos económicos, celebró el 22 de diciembre de 1983 contrato de prenda global en favor de la firma demandada, sobre la aludida maquinaria;

f) Teniendo en cuenta el ilícito cometido, la asunción de responsabilidad por el pago de los márgenes de comercialización ante el Idema y que el contrato de prenda cubría las obligaciones de cualquier índole contraídas por la sociedad actora, Almadelco optó por convocar a ésta para concretar un arreglo sobre las obligaciones que se presentaban hasta ese momento, no sólo por el pago de tales márgenes, sino por otras obligaciones que se habían causado a cargo de la demandante, obligaciones que finalmente se liquidaron en la suma de $ 11.646.444.28, que incluía no solamente el pago que debía hacer Almadelco al Idema por los susodichos márgenes de comercialización, sino también nuevos cargos que se habían causado por otras operaciones realizadas por la entidad demandante;

g) Por razón de la crisis económica por la que atravesaba la sociedad actora, que le impedía cubrir las precitadas obligaciones, se convino entonces que las maquinarias que había entregado en prenda global el 22 de diciembre de 1983, las enajenaba a Almadelco a título de dación en pago, negociación que se cristalizó en documento suscrito en tal sentido por las partes, el 9 de abril de 1984;

h) Por cuanto la operación realizada entre las sociedades en conflicto, requería la aprobación de la Superintendencia Bancaria, además de los trámites internos propios tanto en las oficinas de aquélla como en las del Idema, para que todo quedara debidamente legalizado, Almadelco sólo vino a pagar los márgenes de comercialización al Idema hasta el 20 de junio de 1984, fecha en la que obviamente, por razón del tipo de cambio se aumentó el aludido rubro en la suma de $876.133.19; por tal razón, el margen de comercialización que inicialmente se había estimado en $ 7.387.170.00 se elevó a $8.263.303.19, cuyo incremento debe ser cubierto por la firma demandante, amén de que tal rubro se causó con posterioridad al 30 de marzo de 1984;

i) El documento de dación en pago suscrito entre las partes se celebró con el lleno de todos los requisitos de orden legal y debidamente autorizado por la Superintendencia Bancaria, circunstancia ésta que le confiere a la sociedad demandada plenos derechos sobre la maquinaria materia de la negociación y para disponer de ellas con ánimo de señor y dueño;

j) Además, la empresa demandante tiene depositadas otras mercancías en las bodegas de Almadelco S.A., las que no le han sido entregadas en razón a que sobre ellas pesa un embargo y secuestro decretados por el Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá,

dentro del proceso ejecutivo del Banco Anglo Americano contra "J. Montoya V. y Cía. S. en C." y además porque tiene otras obligaciones que se han causado con posterioridad al 30 de marzo de 1984.

4. Agotado el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía, el Juzgado de la causa clausuró la primera instancia mediante sentencia de 10 de septiembre de 1988, mediante la cual despachó adversamente las pretensiones de la sociedad actora, en virtud de la prosperidad de la excepción denominada "carencia del derecho pretendido por el actor".

5. La segunda instancia, abierta en virtud de la interposición del recurso de alzada propuesto por la sociedad actora, culminó con sentencia de 5 de agosto de 1989, por la que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, revocó la apelada y en su lugar dispuso textualmente:

"*Segundo.* Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

"*Tercero.* Condenará Almacenes Generales de Depósito 'Almadelco S.A.' a restituir a la sociedad demandante dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de este fallo, en el mismo estado en que las recibió de ésta el 2 de marzo de 1984, las siguientes máquinas, relacionadas en los certificados o matrículas de depósito números 6985 y 6987 de fecha 2 de marzo de 1984;

Una máquina modelo 4083 serie 76645/6741

Una máquina modelo 3083 serie 76255-1/6743

Una máquina modelo 3083 serie 76255-2/6736

Una máquina modelo 3083 serie 76255-3/6735

Una máquina modelo 3083 serie 76255-4/6740

Una máquina modelo 3082 serie 76255-5/6737

Tres tolvas sin patas.

Nueve tolvas con patas.

Tres góndolas con cuatro llantas cada una.

Dos góndolas con dos llantas cada una.

Tres góndolas con dos llantas cada una.

"*Cuarto.* Disponer que la sociedad demandante no está obligada a pagar bodegaje por las máquinas de que trata el punto anterior, causado a partir del 9 de abril de 1984.

"*Quinto.* Condenar a Almacenes Generales de Depósito 'Almadelco S.A.' a pagar a la sociedad demandante los perjuicios que le haya causado con la retención de las máquinas relacionadas en el punto primero de este fallo, desde el 9 de abril de 1934 hasta cuando sean restituidas a la sociedad demandante, perjuicios cuya cuantía se regulará por los trámites del artículo 308 del C. de P. C.

"*Sexto*. Negar las demás pretensiones de la demanda;

"*Séptimo*, ...".

6. Contra esta última decisión la sociedad demandada interpuso recurso de casación, impugnación que por estar debidamente sustanciada pasa a decidirse por la Corte.

II. La Sentencia del Tribunal y sus Motivaciones

Tras la reproducción total de las pretensiones y de los hechos de la demanda, así como la relación sucinta de la gestión defensiva esgrimida por la sociedad demandada y de la actuación surtida en la primera instancia, el Tribunal *ad quem* acomete el estudio de la cuestión de fondo, poniendo de manifiesto que según los antecedentes del litigio, extractados tanto del libelo incoatorio del proceso como de su respuesta y de algunos elementos de juicio aportados al mismo, como los certificados de depósito 6985 y 6987 de 2 de marzo de 1984 y el documento contentivo de la dación en pago, suscrito el 9 de abril de 1984, "... surgen claramente delineados estos dos negocios jurídicos, celebrados entre J. Montoya V. y Cía. S. en C. y Almadelco S.A.: una dación en pago, por valor de $11.646.444.28, monto total de las obligaciones a cargo de la primera de estas sociedades, liquidadas con fecha 30 de marzo de 1984, tanto por concepto de bodegajes debidos a Almadelco, como por concepto de los márgenes de comercialización adeudados al Idema, cuyo pago asumió Almadelco; y un contrato de depósito mercantil, recaído sobre las máquinas y equipos que se relacionan en los certificados o matrículas de depósito números 6985 y 6987 de fecha 2 de marzo de 1984".

Y tras exponer el concepto de dación en pago ".. como una modalidad excepcional del pago ..." y los requisitos exigidos para su validez, el sentenciador de segundo grado afirma que "en el caso *sub judice* la dación en pago hecha por la sociedad demandante a la demandada reúne a cabalidad todos esos requisitos, los cuales aparecen plenamente plasmados en el documento privado que recoge la dación. Allí se dice, en primer lugar, que la Sociedad J. Montoya V. y Cía. S. en C. se declara deudora de los Almacenes Generales de Depósito 'Almadelco S.A.', por la cantidad de once millones seiscientos cuarenta y seis mil cuatrocientos cuarenta y cuatro pesos 28/100 ($11.646.444.28) moneda corriente cortados al 30 de marzo de 1984, y que para cancelar esa suma 'transfiere a título de dación en pago en favor de Almadelco, el derecho de dominio y la posesión material que tiene y ejercita sobre la siguiente mercancía'; y en segundo lugar Almadelco declara, por su parte, 'que como consecuencia de la presente dación en pago, declara a paz y salvo a J. Montoya V. y Cía S. en C. por las deudas contraídas por éste para con Almadelco, hasta el 30 de marzo de 1984', en el entendimiento de que dentro de los $11.646.444.28 monto de la dación, quedó incluido el valor de los márgenes de comercialización adeudados al Idema".

"Entonces prosigue el *ad quem* resulta claro, como primera conclusión que la dación en pago hecha por J. Montoya V. y Cía. S en C. a Almadelco, es un negocio jurídico perfectamente válido y eficaz, en el cual concurren todos sus elementos esenciales, por lo que la declaración de inexistencia que se impetra en el libelo es infundada. El pago tardío por parte de Almadelco al Idema de los márgenes de comercialización, que se aduce en la demanda como fundamento de hecho de la

inexistencia de la dación en pago, no autoriza semejante sanción, la cual solamente se da, según lo prescribe el inciso 2º del artículo 898 del C. de Co., cuando el negocio jurídico 'se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuanto falte alguno de sus elementos esenciales' ".

Pasando al segundo de los contratos deducidos, el sentenciador de instancia, tras precisar su contenido y alcance, conforme a la ley y a la doctrina, dice que "el depósito hecho por la sociedad demandante en los Depósitos Generales de Depósito 'Almadelco S.A.' de que dan cuenta los certificados número 6985 y 6987 de 2 de mazo de 1984, es pues, un depósito mercantil, regulado por los artículos 1170 y siguientes del C. de Co., y particularmente por las normas relativas al depósito en almacenes generales (arts. 1180 y ss. del Código citado)".

En ese orden de ideas, el Tribunal expresa que "según consta de los mencionados certificados, el depósito se pactó a un año a partir del 2 de marzo de 1984, fecha de expedición de aquellos documentos; ello no obstante, la sociedad depositante podía reclamar la devolución de la maquinaria depositada antes del vencimiento de ese término, pues como atrás se vio, el plazo se estipula en favor del depositante, quien por tanto puede renunciarlo".

"Así las cosas -continua el *ad quem*- resulta claro que si en virtud del corte de cuentas hecho el 30 de marzo de 1984 y de la dación en pago hecha por J. Montoya V. y Cía. S. en C. a Almadelco el 9 de abril siguiente, la primera de estas sociedades 'quedaba libre de todas las obligaciones adquiridas para con Almadelco', incluyendo los márgenes de comercialización adeudados al Idema, tal como la sociedad demandada lo admite en el hecho 10 del capítulo de excepciones de la contestación de la demanda, a J. Montoya V. y Cía. S. en C. le asistía el innegable derecho de obtener de Almadelco la restitución de la maquinaria, una vez perfeccionada la dación en pago".

A renglón seguido el Tribunal puntualiza que "sin embargo, esa restitución no se hizo, sino que Almadelco retuvo la maquinaria, según lo confiesa en el hecho 14 del capítulo de excepciones ya citado, alegando que a cargo de J. Montoya V. y Cía. S. en C. existían otras obligaciones, pese a que en la cláusula séptima del documento que recoge la dación en pago, se dice: 'declara expresamente Almadelco, como consecuencia de la presente dación en pago, declara a paz y salvo a J. Montoya V. y Cía S. en C. por las deudas contraídas por éste para con Almadelco hasta el 30 de marzo de 1984' ".

Agrega el sentenciador de instancia que esas otras obligaciones alegadas por Almadelco para retener la maquinaria, "... se refieren a la suma de $876.133.19 que debió pagarle al Idema por la tardanza en el pago de la suma de $7.387.170.00 que había sido liquidada, a 30 de marzo de 1984, y al valor del bodegaje causado con posterioridad a la dación en pago"; pero añade que "... la tardanza en el pago al Idema no es imputable a J. Montoya y Cía. S. en C., sino a Almadelco, que tardó más de dos meses en hacer ese pago, sin justificación ninguna, y el valor del bodegaje con posterioridad a la dación tampoco le es exigible a dicha sociedad, porque esos bodegajes han sido causados contra su voluntad y por obra de la indebida retención ejercida por Almadelco sobre la maquinaria".

Asegura el *ad quem* que "... es indudable que la retención indebida por parte de Almadelco de la maquinaria depositada, privó a la sociedad depositante de su explotación económica, y que, por consiguiente, sobre la sociedad demandada pesa la obligación de reparar el perjuicio causado, por lo que no obstante la confusa redacción de la pretensión quinta, habrá de interpretársela en el sentido de que lo que allí se pide es la condena de la demandada al pago de perjuicios ocasionados con su proceder".

Por último, el Tribunal *ad quem* observa que, en relación con la pretensión cuarta "... no se aportó por la actora prueba fehaciente de ese uso. La llamada inspección judicial practicada por el Inspector Primero de Policía de Santa Marta, que se adjuntó con la demanda (fl. 15, no satisface las exigencias de los artículos 244 y siguientes del C. de P. C. para que pueda tenérsela como prueba idónea ni de ella aparece demostrado que las máquinas a que esa diligencia se refiere eran ciertamente las que J. Montoya V. y Cía. S. en C. tenía en las bodegas de Almadelco".

III. La Demanda de Casación

Dos cargos enfila la sociedad demandada recurrente contra la sentencia precedentemente resumida, ubicados en el ámbito de las causales primera y segunda de casación previstas por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, que la Corte despachará comenzando por el que denuncia *errores in procedendo*.

Cargo segundo

Acúsase la sentencia de ser incongruente con las pretensiones de la demanda, en la modalidad de *ultra petita*, por cuanto le impuso a la sociedad demandada "... no sólo una condena no solicitada, sino también la carga de cumplir y satisfacer los decretos consecuenciales de restitución de bienes y la condena *in genere* al pago de los perjuicios, omitidos igualmente en las pretensiones de la demandante".

En la tarea demostrativa de la inconsonancia que predica para la sentencia recurrida, la recurrente observa que "... en la pretensión primera se solicitó decretar la 'liberación y entrega total de las mercancías ... por razón de que sobre dichas obligaciones prendarias no se emitió ningún bono de prenda ...', precisada en la quinta como la invalidez, y en el fallo impugnado en el punto tercero de la parte resolutiva se condenó a Almadelco a restituir a la demandante las máquinas y los equipos allí relacionados, condena ésta no solicitada".

Agrega la censura que en la petición segunda la sociedad demandante solicitó "que por virtud y como consecuencia de la declaración anterior se resuelva que la sociedad J. Montoya V. y Cía. S. en C. no está obligada a cancelar a Almacenes Generales de Depósito, Almadelco S.A., los valores de Almacenaje sobre las mercancías depositadas en las bodegas de Almacenes Generales de Depósito, Almadelco S.A. ...", mientras que en el punto cuarto de la parte resolutiva de la sentencia se resolvió: "Disponer que la sociedad demandante no está obligada a pagar bodegaje por las máquinas de que trata el punto anterior, causado a partir del 9 de abril de 1984", disposición ésta que no es coincidente con lo pedido por la demandante.

A renglón seguido la impugnación puntualiza que "en la pretensión quinta la demandante deprecó: 'que como consecuencia de las resoluciones anteriores sobre la

invalidez (sic) de las matrículas de depósitos prendarios números 6985 y 6987 y de la inexistencia y nulidad del contrato de dación en pago, por culpa grave de Almadelco S.A. debe darse aplicación a lo dispuesto por el inciso 2° del artículo 1745 del Código Civil y de lo establecido por el artículo 1613 del mismo Código, condenándose a Almadelco S.A. al pago de los perjuicios ocasionados a la sociedad J. Montoya V. y Cía. S. en C. los cuales se liquidarán de acuerdo con el procedimiento establecido por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil', la que el Tribunal entendió así: 'Es indudable que la retención por parte de Almadelco de la maquinaria depositada, privó a la sociedad depositante de su explotación económica, y que, por consiguiente, sobre la sociedad demandada pesa la obligación de reparar el perjuicio causado, por lo que no obstante la confusa redacción de la pretensión quinta, habrá de interpretársela en el sentido de que lo que allí se pide es la condena de la demandada al pago de los perjuicios ocasionados con su proceder' (fl. 32 del cdno. número 10). Desafortunada, por lo menos, la interpretación del *ad quem* al pretermitir que la petición parte del supuesto de la invalidez (sic) de las matrículas y de la inexistencia (nulidad) del contrato de dación y que, por culpa grave de Almadelco S.A. deben aplicarse unas disposiciones para, finalmente, pedir una condena por perjuicios a cargo de la demandada y a favor de la demandante. El Tribunal condenó a unos perjuicios no demandados por J. Montoya V. y Cía. S. en C., basados en la retención de las máquinas y desde una fecha, que es la del contrato de dación. La inconsonancia es harto visible".

Remata la censura el cargo advirtiendo que "las peticiones tercera y cuarta de la demanda, nulidad del contrato de dación y sanción por uso indebido, fueron despachadas negativamente por el Tribunal en la resolución sexta del fallo; la sentencia del *a quo* fue revocada en el punto primero de la parte resolutiva y las excepciones de mérito de la demanda, desatendidas en la parte resolutiva al punto segundo".

Consideraciones

1. El principio de la congruencia en los fallos judiciales, por el cual toda sentencia debe guardar armonía con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que el Código de Procedimiento Civil contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas cuando así lo exige la ley, está consagrado en el artículo 305 del actual ordenamiento procesal civil.

La aludida falta de correspondencia fue erigida por el legislador como causal de casación en el numeral segundo del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, y según la jurisprudencia de la Corte, el fallo no acompasa con las pretensiones o las excepciones, sólo en los tres casos siguientes: cuando decide sobre temas no comprendidos en el marco de la relación procesal, evento en el cual existe lo que la doctrina denomina extra petita; *cuando sin salirse de los asuntos propios del debate, resuelve sobre más de lo pedido, hecho que constituye la* plus o ultra petita; *y finalmente, cuando deja sin resolución materias que son objeto propio de la controversia, lo que se llama* mínima petita. *Sin embargo, dicho principio ". . no obliga a que exista simetría tal entre la sentencia y las dichas pretensiones y excepciones, que aquella guarde con éstas conformidad literal. Lo imprescindible es que la decisión recaiga sobre la totalidad de la materia litigada, respetando en absoluto, como lo ha dicho la Corte, los hechos procesales y no alterando la* causa petendi".

2. Confrontadas las pretensiones de la demanda con la sentencia impugnada, muy pronto se advierte que el ataque por incongruencia que encierra el cargo carece de fundamento, pues como aparece del extracto que se hizo de la sentencia recurrida, el Tribunal definió la litis dentro de los límites que le fijaron los contrincantes, y particularmente dentro de los que señaló la sociedad demandante, siguiendo en lo posible el orden determinado por ésta, distinguiendo claramente la situación fáctica planteada en el proceso por la presencia de dos pactos coexistentes entre las sociedades en conflicto, relativos, el uno al contrato de depósito recogido en los certificados números 6985 y 6987 de 2 de marzo de 1984 y, el otro, a la dación en pago cristalizada en el documento suscrito el 9 de abril de 1984.

Respecto de la dación en pago ajustada entre las sociedades contendientes, el Tribunal dijo que "... es un negocio jurídico perfectamente válido y eficaz, en el cual concurren todos sus elementos esenciales, por lo que la declaración de inexistencia que se impetra en el libelo es infundada".

Acorde con esta conclusión, denegó la prosperidad de la pretensión tercera de la demanda; y consecuencialmente la quinta, que reclamaba, de un lado, el pago de los perjuicios ocasionados por la retención de la mercancía que había sido objeto de la dación en pago, cuya declaración de inexistencia (nulidad radical), se repite, fue denegada, según se desprende del numeral 6º de la parte resolutiva del fallo impugnado.

En cuanto al contrato de depósito, el *ad quem* dijo que "... resulta claro que si en virtud del corte de cuentas hecho el 30 de marzo de 1984 y de la dación en pago hecha por J. Montoya V. y Cía. S. en C., a Almadelco el 9 de abril siguiente, la primera de estas sociedades 'quedaba libre de todas las obligaciones adquiridas para con Almadelco' incluyendo los márgenes de comercialización adeudados al Idema, tal como la sociedad demandada lo admite en el hecho 10 del capítulo de excepciones de la contestación a la demanda, a J. Montoya V. y Cía. S. en C. le asistía el innegable derecho de obtener de Almadelco la restitución de la maquinaria, una vez perfeccionada la dación en pago".

Acompasando con dicha conclusión dispuso en el numeral 3º de la parte resolutiva del mismo fallo, como había sido solicitado en la pretensión primera de la demanda, que la sociedad demandada le restituyera a la demandante la maquinaria que había sido depositada en las bodegas de la primera, en Barranquilla, relacionada en los certificados de depósito números 6985 y 6987 de 2 de marzo de 1984.

Y como el *ad quem*, luego de dar por establecido que la sociedad actora tenía derecho a la devolución de la maquinaria relacionada en los precitados certificados, devolución que no se había efectuado por culpa de la firma demandada, liberó a aquélla de la obligación de pagar el bodegaje causado por esa mercancía, tal como había sido solicitado en la pretensión segunda de la demanda, según se desprende del numeral 4º de la sección resolutiva de la misma sentencia; desde luego que allí agregó que la exoneración de pagarle bodegaje a la sociedad demandada se contaba a partir de la fecha en que la sociedad demandante, en virtud de la dación en pago ajustada con la entidad demandada, fue declarada por ésta "... a paz y salvo ... por las deudas contraídas por éste para con Almadelco hasta el 30 de marzo de 1984", es decir, del valor del depósito causado a partir del 9 de abril de 1984, como una lógica consecuencia de lo discurrido

en el punto, que por lo mismo no alcanza a configurar desbordamiento alguno de las pretensiones de la demanda.

Además, como el sentenciador de instancia dedujo también que la retención de las mercancías relacionadas en los precitados certificados de depósito le había causado perjuicio a la compañía demandante "... por cuanto privó a la sociedad depositante de su explotación económica ...", la condenó a pagar los perjuicios respectivos, tal como también había sido solicitado en la petición quinta de la demanda, cuando se solicitó que "como consecuencia de las resoluciones anteriores *sobre validez de las matrículas de depósitos prendarios números 6985 y 6987* y de la inexistencia y nulidad del contrato de dación en pago, por culpa grave de Almadelco S.A. debe darse aplicación a lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 1745 del Código Civil y de lo establecido por el artículo 1613 del mismo Código, condenándose a Almadelco S.A. al pago de los perjuicios ocasionados a la sociedad J. Montoya V. y Cía. S. en C., los cuales se liquidarán de acuerdo al procedimiento establecido por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil", según se resolvió en el numeral 5º de la parte resolutiva de la sentencia censurada.

Por tanto el cargo no prospera.

Cargo primero

En éste, denúnciase la sentencia de infringir los artículos 8 de la Ley 153, de 1987, 669, 673, 740, 741, 754, 762, 775, 1494, 1495, 1498, 1602, 1618, 1625, 1757, 1761, 1849, 1857, 1864, 2236, 2237, 2238, 2239, 2273, 2276 y 2278 del Código Civil; 822, 823, 824, 864 y 905 del Código de Comercio; 18 de la Ley 20 de 1921, y 14, 19, 20, 24 y 70 de la Resolución 3165 de 1975, por falta de aplicación; y los artículos 619, 620, 621, 644, 757, 758, 759, 766, 829, 1170, 1174, 1177, 1180 y 1188 del Código de Comercio; 1608, 1610 y 1613 del Código Civil y de los artículos 194, 197, 306, 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil, en relación con los artículos 5, 111, 115, 116, 174, 175, 177, 183, 185, 187, 200, 251, 252, 254, 258, 262, 264, 268, 276, 279, 331, 513, 516, 530, 681, 682, 683 y 680 del Código de Procedimiento Civil, por aplicación indebida "... provenientes de errores manifiestos de hecho -consistentes en la preterm isión de medios de prueba- con lo que se demuestra que los bienes cuya restitución se decretó no pertenecen a J. Montoya V. y Cía. S. en C., uno por haber sido enajenado por la demandante y los restantes por haber sido rematados en proceso de ejecución por un tercero (embargo, secuestro, avalúo y remate).

En el desenvolvimiento de la censura, la entidad recurrente afirma que con la preterm isión de las pruebas que más adelante puntualiza, el sentenciador de segundo grado incurrió en los siguientes yerros de hecho evidentes o manifiestos:

"1. No dar por acreditado, estándolo, que 6 máquinas Vac-U-Vator series 6735, 6736, 6737, 6739, 6740 y 6743, relacionadas en la matrícula de depósito número 6985, fueron secuestradas en el ejecutivo del Banco Colombo Americano vs. J. Montoya V. y Cía. S. en C. y, posteriormente rematadas en dicho proceso.

"2. No dar por acreditado, estándolo, que la máquina Vac-U-Vator, relacionada en la matrícula de depósito número 6985, fue objeto de la dación en pago realizada por la

sociedad demandante a Almadelco, el 9 de abril de 1984, junto con las otras 5 que en tal contrato se relacionaron.

"3. No dar por acreditado, estándolo, que las 12 tolvas y las 8 góndolas relacionadas en la matrícula de depósito número 6987, fueron secuestradas en el ejecutivo del Banco Columbo Americano vs. J. Montoya V. y Cía. S. en C. y, posteriormente rematadas en dicho proceso.

"4. Dar por acreditado, sin estarlo, que Almadelco ejerció retención indebida sobre las máquinas y los equipos relacionados en las matrículas de depósito números 6985 y 6987".

Seguidamente, la censura determina los elementos de convicción, cuya preterición, total o parcial, llevó al Tribunal a cometer los yerros de facto precedentes denunciados, así:

"1. Télex de la demandante del 21 de junio de 1984 (fl. 13).

"2. Comunicación de Almadelco a la demandante del 28 de junio de 1984 (fl. 14).

"3. Facturas de cobro 064811, de marzo 13 de 1984, 071270/1/2 de 26 de junio de 1984, 071325 del 9 de julio de 1984 y 071459 del 8 de agosto de 1984 (fls. 23 a 28).

"4. Facturas de cobro 064812, de marzo 13 de 1984, 071267/8/9 del 26 de junio de 184, 071326 del 9 de julio de 1984 y 071460 del 8 de agosto de 1984 (fls. 30 a 35).

"5. Matrícula de depósito número 6985 (fl. 22).

"6. Matrícula de depósito número 6987 (fl. 29).

"7. Contrato de dación en pago (fl. 115).

"8. Contestación demanda (fls. 114 y 138 a 144).

"9. Diligencia de secuestro (fls. 184 a 186).

"10 Oficio número 1936 del 18 de septiembre de 1987 y las copias remitidas (fls. 385 y 344 a 384).

"Los folios corresponden al cuaderno 1".

Tras reproducir el fragmento de la sentencia impugnada, en el que el sentenciador de instancia precisa la coexistencia de dos convenios entre las partes, la censura advierte que en virtud de la dación en pago J. Montoya y Cía. S. en C., le transfirió a Almadelco el dominio de seis de las doce máquinas que se relacionan en el certificado o matrícula de depósito número 6985 de 2 de marzo de 1984, que son las siguientes:

"Cinco (5) máquinas marca 'Grain Vayors', motor 8 Va-368226, serie 35567; motor 8 Va-302121, serie 143224; 8 Va-302120, serie 133222; motor 8 Va-368258, serie 35567; y 8 Va-368262, serie 35567; y una máquina Vac-U-Vator motor Va-360961, serie 6741".

Agrega la impugnante que en la precitada fecha Almadelco adquirió el dominio de aquellas máquinas, pues para el Tribunal la dación en pago ajustada entre las partes contendientes "es un negocio perfectamente válido y eficaz, en el cual concurren todos sus elementos esenciales, por lo que la declaración de inexistencia que se impetra en el libelo es infundada".

A renglón seguido la recurrente puntualiza que, en virtud de la aludida dación en pago, la matrícula de depósito número 6985 (fl. 22, cdno. 1) se redujo a seis máquinas succionadoras de cereales a granel, marca Vac-U-Vator, identificadas así:

"1 máquina modelo 3082 serie 76255-1/6743

"2 máquina modelo 3083 serie 76225-2/6736

"3 máquina modelo 3083 serie 76255-3/6735

"4 máquina modelo 3083 serie 76255-4/6740

"5 máquina modelo 3083 serie 76255-5/6737

"6 máquina modelo 3083 serie 76255-6/6739".

Y que la matrícula de depósito número 6987 (fl. 29, cdno. 1) "... incólume para el 9 de abril de 1984, se contraía a los siguientes equipos:

"1. Doce (12) tolvas

"2. Ocho (8) góndolas.

Definido así el contenido de las matrículas de depósito números 6985 y 6987 del 2 de marzo de 1984, la recurrente advierte que a folios 184 a 186 del cdno. número 1, obra copia auténtica de la diligencia de secuestro practicada por el Juzgado Décimo Civil Municipal de Barranquilla, comisionado, en la que secuestraron y embargaron, entre otros, por comisión del Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá, proceso de ejecución del Banco Colombo Americano vs. J. Montoya V. y Cía. S. en C., el 11 de julio de 1984, las seis (6) máquinas transportadoras de granos por succión, succionadoras Vac-U-Vator, modelo 3083, relacionadas en la matrícula de depósito 6985 de 2 de marzo de 1984, y los ocho (8) carros o góndolas transportadores de grano y las doce (12) tolvas con sus respectivos tornillos de transporte, relacionados en la matrícula de depósito número 6987 de 2 de marzo de 1984, diligencia que se realizó en las bodegas de Almadelco de Barranquilla y fueron entregadas en depósito a Edgar Alberto Ospina.

Observa, a continuación la censura que, el juez de la causa, en auto de 17 de julio de 1986 (fls. 189 a 190 del cdno. 1), dispuso el levantamiento del secuestro y embargo de esas máquinas, por cuanto sobre ellas, de conformidad con los documentos aportados, pesaba con anterioridad una medida similar, decisión que a pesar de los recursos de reposición interpuestos por la sociedad demandante y por el apoderado del secuestre, no sufrió modificación alguna.

Anota la recurrente que, a folio 385 del cuaderno número 1 aparece el oficio número 1936 del Juez Doce Civil del Circuito de Bogotá, fechado el 18 de septiembre de 1987, librado en el proceso ejecutivo del Banco Colombo Americano vs. J. Montoya V. y Cía. S. en C., remisorio de las copias solicitadas por el *a quo* en su oficio número 1185 del 25 de mayo de 1987, y en el que se dijo: "Igualmente, se hace constar que las medidas cautelares perdieron vigencia puesto que los bienes a que ellas se refieren fueron rematados. El proceso está vigente". Agrega que las copias remitidas obran a los folios 344 a 384 del cuaderno número 1.

También observa la impugnante que a folio 13 de cdno 1, obra télex enviado por la sociedad actora a la demandada, fechado el 21 de junio de 1984, en la primera le reclama a la segunda la entrega de todos "nuestros equipos, maquinaria y equipos adicionales y demás elementos que se encuentran guardados por nuestra cuenta dentro de las instalaciones de Almadelco en Barranquilla. De forma inmediata requerimos con carácter urgente para cumplir contratos de la compañía el traslado de las máquinas Vac-U-Vator de nuestra propiedad que se encuentran también en esas instalaciones", petición a la que la sociedad demandada respondió, en comunicación del 28 de junio de 1984 así: "En respuesta a su télex de junio 27 (sic) de 1984, nos permitimos informarles que la Junta Directiva de Almadelco dispuso proponer a ustedes que en un plazo no mayor a 30 días a partir de la fecha, J. Montoya V. y Cía. S. en C., cancele a Almadelco el valor de las deudas a su cargo, incluyendo en esta cifra el valor de la dación en pago y *las nuevas obligaciones*, pudiendo disponer de las máquinas, incluyendo las de nuestra propiedad o sea aquéllas recibidas en dación en pago ..." (fl. 14, cdno. No. 1).

La recurrente también informa que a folios 23 a 28 del cdno. número 1 obran seis (6) facturas de cobro de Almadelco, correspondientes al cargo por almacenaje de la matrícula de depósito número 6985; la primera de ellas, distinguida con el número 064811, período del 2 de marzo de 1984 al 1° de abril siguiente, fue cancelada en su valor hasta el 30 de marzo de 1984, por virtud del contrato de dación en pago suscrito el 9 de abril del mismo año; en las restantes, folios 24 a 28, cdno. número 1, se facturó el almacenaje de las máquinas succionadoras que continuaban en depósito y, por ende, se redujo tanto el avalúo de las máquinas como la tarifa del almacenaje, en consideración a la dación en pago de seis (6) de las doce (12) máquinas inicialmente depositadas, por los meses de abril, mayo, junio, julio y agosto de 1984. Y a continuación destaca que a folios 30 a 35 del cdno. número 1, reposan igualmente seis (6) facturas de cobro, correspondientes al cargo por almacenaje de la matrícula de depósito número 6987; la primera, distinguida con el número 064812, lapso del 2 de marzo de 1984 al 1° de abril de ese mismo año, fue cancelada en su valor hasta el 30 de marzo de 1984, por efecto del contrato de dación en pago suscrito el 9 de abril de 1984; en las siguientes facturas se facturó el almacenaje de los equipos, góndolas y tolvas, que continuaban en depósito -sin modificación de bienes depositados- por la incolumidad de la matrícula, por los meses de abril a agosto de 1984. Afirma seguidamente la entidad demandada recurrente que por la preterición de todos esos documentos, particularmente de toda la actuación surtida en el proceso ejecutivo promovido por el Banco Colombo Americano contra J. Montoya V. y Cía. S. en C. ante el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá, se "... desconoció la propiedad del rematante sobre los bienes rematados con flagrante error";

y que por preterición parcial del documento contentivo de la dación en pago, también desconoció que la máquina Vac-U-Vator serie 6741, es de propiedad de Almadelco, junto con las otras cinco que allí se relacionaron.

Así mismo asegura la sociedad demandada recurrente que la declaración de retención indebida ejercida por ella sobre las mercancías depositadas en sus bodegas en Barranquilla y la consecuencial condena al pago de perjuicios obedeció a la omisión del Tribunal en la consideración de las pruebas relativas al télex que le envió la sociedad demandante el 21 de junio de 1984 a la sociedad demandada, en la que se "... reconoce la continuidad del contrato de depósito al que se refieren las matrículas 6985 y 6987, excluidas las seis máquinas que la demandante enajenó a título de dación en pago ..." así como a la respuesta que se le envió en la que la "... almacenadora solicita la cancelación de las deudas a cargo de J. Montoya V. y Cía. S. en C. ..., incluyendo en esta cifra el valor de la dación y las nuevas obligaciones ..."; que tampoco "... se puede establecer retención indebida, por cuanto las seis (6) máquinas, las doce (12) tolvas y las ocho (8) góndolas o carros transportadores, matrículas de depósito 6985 y 6987, causaban expensas por bodegaje y para esa fecha, junio 28 de 1984, J. Montoya V. y Cía. S. en C. adeudaba a Almadelco los bodegajes desde el 1º de abril de 1984, ya que los anteriores fueron solucionados, entre otros conceptos, en el contrato de dación en pago, en el que se extendió paz y salvo hasta el 30 de marzo de 1984. Ergo, tampoco apreció el Tribunal las facturas de cobro ... remitidas por Almadelco a la demandada ... canceladas las números 064811 y 064812 ... en el contrato de dación en pago ... e insolutas las demás, en las que se detalla el número del depósito a que corresponden, el avalúo de lo depositado, la tasa mensual, el lapso cobrado y su valor. Por lo tanto, Almadelco sí podía retener los bienes que continuaban en depósito con aplicación, entre otros, del artículo 1188 del Código de Comercio"; asevera igualmente que por preterición de toda la prueba documental relativa al embargo, secuestro y remate de seis (6) máquinas vac-u-vator, de doce (12) tolvas y ocho (8) carros transportadores, "... no era dable ejercitar retención indebida ...", por cuanto la máquina vac-u-vator número 6741 es de su propiedad, según el contrato de dación en pago, y las restantes máquinas así como los accesorios fueron secuestrados el 11 de junio de 1984, y por lo tanto, Almadelco tampoco ejercitó retención indebida; además, afirma que, tales máquinas fueron rematadas, según el texto del oficio número 1936 del Juez Doce Civil del Circuito de Bogotá (fl. 385, cdno. núm. 1) "... ligeramente pretermitido ... como también ignoró las piezas que de tal proceso se remitieron al Juez de primera instancia, en copias auténticas (fls. 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 362, 363, 366, 367, 368 y 369) además de ... que en providencias que obran a folios 189, 190, 199 vto. y 200 del cdno. 1, había levantado el secuestro sobre las seis vac-u-vator que allí se identificaron con claridad".

Dice también la empresa recurrente que el Tribunal pretermitió el escrito de contestación a la demanda "... al cercenar parcialmente el hecho 14 del capítulo de excepciones de mérito", que en su texto dice: "Finalmente es dable precisar que la entidad J. Montoya V. y Cía. S. en C. tiene depositadas otras mercancías en las bodegas de Almadelco, las que no le han sido entregadas en razón a que sobre ellas pesa un embargo y secuestro decretado por el Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá dentro del proceso ejecutivo del Banco Anglo Americano contra J. Montoya V. y Cía. S. en C. y además porque también tiene otras obligaciones que se han causado con posterioridad

al 30 de marzo de 1984" (fl. 140 del cdno. núm. 1). Y tras aceptar, como lo dedujo el Tribunal, que J. Montoya V. y Cía. S. en C. tenía derecho para solicitar a Almadelco la restitución de la maquinaria, con exclusión de las máquinas que enajenó a Almadelco y una vez satisfechos los cargos por bodegaje desde el 1° de abril de 1984, "... no hay prueba de tal solicitud, anterior a la del télex del 21 de junio de 1984, ni constancia de que J. Montoya V. y Cía. S. en C. haya pagado los bodegajes facturados (fls. 13, 24 a 26, 31 a 33 cdno. 1) en el lapso abril a junio de 1984".

Finalmente expresa la impugnación que "... la afirmación que se le atribuye, pretermite la explicación del apoderado de Almadelco sobre la existencia del embargo y secuestro vigentes sobre las máquinas y los equipos depositados, distintos de las seis máquinas de propiedad de Almadelco, en el proceso judicial adelantado por el Banco Anglo Americano contra J. Montoya V. y Cía. S. en C., razón social del demandante que se aclaró por el suscrito apoderado en memorial visible al folio 321 del cuaderno número 1 y de recibo por el *a quo* en auto de 16 de mayo de 1987. La confesión atribuida con error también omite el argumento adicional, o sea la existencia de obligaciones causadas con posterioridad al 30 de marzo de 1984, bodegajes entre otros", pues en su sentir "...el Tribunal pretendió adicionar el contenido del contrato de dación en pago, en el que se liquidaron cuentas y se solucionaron obligaciones hasta el día 30 de marzo de 1984, ignorando que las obligaciones invocadas por el apoderado tenían causación posterior al 30 de marzo de 1984" (fl. 115 del cudno. núm. 1).

Consideraciones

1. Una de las modalidades del depósito, y más concretamente del depósito mercantil, es el contrato de depósito en Almacenes Generales de Depósito, cuyas notas particularizantes son, de un lado, que el depositario es un profesional exclusivamente dedicado a esta actividad, o sea, empresas comerciales cuyo objetivo único consiste en la explotación de la actividad de depositarios (arts. 3° de la Ley 20 de 1921 y 2° del Decreto 356 de 1957) y de otro, que las cosas que pueden ser depositadas están detalladas por la ley, además, el objeto del contrato de depósito en Almacenes Generales de Depósito no se agota exclusivamente en la custodia y conservación de los bienes depositados, sino que el depositante pretende hacerles cumplir a sus bienes algunos cometidos económicos como: lograr su transferencia o enajenación u obtener crédito dándolos en garantía al acreedor; es decir, que a través de dicho depósito se procura la circulación de la mercancía y su utilización como objeto de garantía de obligaciones contraídas por el depositante o por la persona con poder dispositivo de la misma, lo que se logra a través de la circulación de los documentos representativos de la mercancía.

2. Mas, como se trata de un contrato que indudablemente participa de la naturaleza del depósito en general, es pertinente advertir que como las obligaciones fundamentales del depositario son la guarda y la restitución de la cosa, corresponde exigir el cumplimiento de ellas al titular de derecho correlativo, que es el depositante, independiente de la calidad que éste tenga con relación a la cosa depositada, *(destaca la Sala), como lo precisó la Corte en sentencia de 2 de septiembre de 1985, cuando dijo:*

"No siendo el depósito acto dispositivo que transfiera el dominio del bien o que lo grave, pues de lo que se trata es de su protección, bien puede versar sobre cosa ajena

o sobre aquellas que se tengan con el título más precario que provee nuestro ordenamiento positivo. Siendo pues claro que mediante el contrato de depósito sólo se transfiere la tenencia (arts. 2238, 775 y 786 C. C.), a voluntad del depositante, y que ésta no es nada distinto a la detentación material de la cosa, calidad que evidentemente tiene el depositante, como que la entrega materialmente para que se perfeccione el contrato, nada debe debatirse respecto a la propiedad o a la posesión del bien (sic).

"Resulta palmar afirmar que sólo el tenedor de una cosa puede hacer el depósito de ella y que tal calidad queda probada por el solo hecho de la perfección del contrato. Y por lo mismo, también resulta evidente que nada diferente de la mera tenencia restituye el depositario. El titular del dominio o de la posesión, desprovisto de la tenencia material, no puede celebrar el contrato de depósito, como que no está en capacidad de entregar realmente el bien; tampoco puede pretender la restitución de la cosa depositada sin el consentimiento del depositante o sin decreto del juez" (art. 2208, aquí aplicable por referencia del art. 2257 C. C.). (Excepción art. 2238). (T. CLXXX, 372 y 373).

3. En cuanto a la obligación de restitución el artículo 1174 del Código de Comercio dispone que "la cosa dada en depósito deberá ser restituida al depositante cuando la reclame, a no ser que se hubiere fijado plazo en interés del depositario"; y que "el depositario podrá, por justa causa, devolver la cosa antes del plazo convenido. Si no se hubiere fijado término, el depositario que quiera restituir la cosa deberá avisar al depositante con una prudencial antelación, según la naturaleza". Y si bien, hay obligación de restituir la cosa depositada al depositante o a quien éste señale (art. 2251 C. C.), en tratándose del depósito de almacenes generales el sistema para el señalamiento de tal persona cuando han sido expedidos los documentos de que se viene hablando es el siguiente: "... como el depositante de la mercancía con la expectativa de enajenarla posteriormente (a través de la enajenación del documento representativo de ellas) o de pignorarla, bien pudo suceder que efectivamente haya ocurrido uno de esos fenómenos. Como la enajenación o pignoración se hace a través de la enajenación o pignoración de documentos, el almacén general de depósito debe expedir (y ésto constituye una obligación específica del almacén) a solicitud del depositante, un documento representativo de las mercaderías (certificado de depósito) con cuya enajenación se transfiere la mercadería y un cupón de bono de prenda que le permite al tenedor del certificado de depósito llenarlo y transferírselo a quien se le concedió el crédito.

A la vez, para garantizarle sus derechos a los tenedores, tanto del certificado de depósito como del bono de prenda, la ley ha establecido mecanismos que no le permiten al solo tenedor del certificado reclamar la mercancía ni al tenedor del bono de prenda la pérdida de su garantía real. Por ello, quien vaya a reclamar la mercancía tiene que ser un tenedor en debida forma del certificado de depósito y a la vez tenedor del bono de prenda y debe entregárselos al almacén, y si no lo es de este último, debe depositar a órdenes del tenedor de dicho bono el valor correspondiente al crédito que está garantizado con la mercancía dada en depósito". (El depósito. Ramiro Rengifo. Volumen II. Colección Pequeño Foro).

4. Aplicadas las anteriores nociones al caso *sub lite*, se observa que el reparo de la censura enderezado a detener la restitución de los bienes depositados en las bodegas de

la sociedad demandada en Barranquilla a la firma depositante, y a los cuales se refieren las matrículas de depósitos números 6985 y 6987 de 2 de marzo de 1984, bajo la consideración de que tales bienes fueron rematados en el proceso ejecutivo del Banco Colombo-Americano contra J. Montoya V. y Cía. S. en C., adelantado ante el Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá, y que por lo tanto, el dominio de ellos no le pertenece a la empresa depositante, constituye, además de un medio nuevo rechazable en el recurso extraordinario, por cuanto no fue objeto de discusión en las instancias, la proposición de un tema ciertamente ajeno a la controversia planteada en el proceso, como lo es la restitución de la tenencia de determinados bienes muebles dado a título de depósito por la sociedad demandante a un almacén general de depósito, en este caso, al Almacén General de Depósito "Almadelco"; por tal razón, la preterición de los elementos de juicio relacionados en el embargo, secuestro y posterior remate de los bienes trabados en el proceso ejecutivo adelantado en el Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá, de representar algún error de facto, es absolutamente intrascendente, pues aún teniéndolos en cuenta, el Tribunal habría arribado a la misma decisión adoptada en el fallo recurrido, pues de manera general, en tratándose del contrato de depósito, la cosa no puede ser restituida sino a quien ostente la condición de depositante, situación que también puede predicarse respecto del depósito en almacenes generales, a menos que la mercancía se haya enajenado o pignorado, pues en tales casos solamente la puede reclamar el tenedor en debida forma del certificado de depósito y a la vez tenedor del bono de prenda, y si no lo es de este último, debe depositar a órdenes del tenedor de dicho bono el valor correspondiente al crédito que está garantizando con la mercancía dada en depósito, que no es propiamente el caso contemplado en el presente asunto.

Pero es más: revisados los elementos de convicción reseñados por la censura como preteridos por el Tribunal, no se acredita con certeza de ellos, ni mucho menos del oficio número 1936 de 18 de septiembre de 1987, librado por el Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá en el proceso ejecutivo del Banco Colombo Americano contra J. Montoya V. y Cía S. en C., que los bienes muebles cuya restitución se persigue en este proceso sean exactamente los mismos que se remataron en el aludido proceso ejecutivo, pues aparte de que el mentado oficio informa de manera general que "se hace constar que las medidas cautelares perdieron vigencia puesto que los bienes que a ellas se refieren, fueron rematados", las copias del proceso ejecutivo remitidas con tal informe, establecen que también fueron objeto de medidas cautelares, además de dichos bienes, otros de la misma sociedad, como por ejemplo, el apartamento 701 del edificio denominado "Residencias Colón", situado en esta ciudad en la carrera 10ª con calle 25; los dineros existentes en la cuenta corriente No. 30388784-8 de la sucursal principal del Banco Comercial Antioqueño; el automóvil marca Lancia Beta, modelo 1979, placas AN-0957, color blanco; la unidad comercial e industrial denominada "J. Montoya V. y Cía. S. en C. y los bienes muebles y enseres que de propiedad de los demandados se encuentran en la carrera 30 No 14-78 y en la carrera 10ª No. 24-76, apartamento 701, carrera 10ª No. 82-89 de Bogotá, tres lotes de terreno, junto con las mejoras y anexidades, situados en el municipio de Santa Marta, a los que se puede referir el oficio en mención, como rematados en aquel proceso coercitivo.

Por tal razón, si hubo algún error de hecho en la omisión de las pruebas relacionadas en el cargo, tal yerro no es posible descubrirlo con la característica de evidente o notorio,

como quiera que ninguno de los documentos relacionados por la censura demuestra indubitablemente que la diligencia de remate practicada por el Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá en el multicitado proceso ejecutivo cubrió los bienes muebles depositados en las bodegas de Almadelco, situadas en Barranquilla.

Y en relación con el yerro de facto que se le endilga al Tribunal en cuanto consideró que Almadelco hizo retención indebida de la maquinaria y de los accesorios depositados en sus bodegas de Barranquilla, por la empresa demandante, el cargo se muestra indudablemente alejado dela técnica requerida para demostrar el error de hecho cometido por el *adquem* al arribar a aquella conclusión, pues a la recurrente no le bastaba con denunciar la omisión o preterición en el examen de los elementos de convicción relacionado en el cargo, sino que era indispensable que demostrara igualmente el error de hecho cometido en la estimación de las pruebas que tuvo en cuenta para adoptar la determinación impugnada, es decir, el desacierto fáctico cometido al ponderar el contenido de las matriculas de depósito números 6985 y 6987 del 2 de marzo de 1984, el corte de cuentas hecho el 30 de marzo de ese mismo año, la dación en pago celebrada el 30 de abril siguiente, y el contenido del hecho 14 del capítulo de excepciones; como no procedió así, es claro que el cargo resulta incompleto y, por consiguiente *inane* su estudio, pues aquellas probanzas, marginadas de la crítica probatoria, siguen, como reiteradamente lo ha dicho la Corte en casos similares a éste, presentándole sólido soporte a la sentencia recurrida.

Sin embargo, de lo dicho, no hay duda de que el Tribunal sí incurrió en el error de hecho que le enrostra la censura, cuando dispuso la liberación y restitución de la máquina succionadora de cereales a granel, modelo 4083, serie 76645/6741, relacionada en la matrícula de depósito número 6985 de 1984, pues es incuestionable que aunque tal máquina no fue objeto de la minuta de dación en pago (fl. 20, cdno. número 1), sí lo fue de la dación en pago propiamente dicha (fls. 115 y 115 vto. cdno. ppal.), razón por la cual, al declarar el Tribunal válida la aludida dación en pago, la sociedad demandada pasó a ser la propietaria de dicho bien.

5. De consiguiente, la Corte casará la sentencia impugnada y en sede de instancia proferirá la que ha de reemplazarla, que se limitará a incluir como bien materia de restitución, en lugar de la máquina vac-u-vator, modelo 4083, serie 76645/6741, la de la misma marca, distinguida con el modelo 3083, motor 4A-222656, serie 76255-6/6739, advirtiendo que la regulación de perjuicios a que se refiere el numeral 5° de esta sentencia, se hará conforme al artículo 308 del C. de P. C., vigente para la época de proferimiento del fallo impugnado en casación.

IV. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, casa la sentencia de 5 de agosto de 1989, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario de J. Montoya y Cía. S. en C. contra Almacenes Generales de Depósito "Almadelco S.A.", y en su lugar,

RESUELVE:

"Primero. Revocar la sentencia de fecha diez de septiembre del año pasado, proferida por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá.

"Segundo. Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

"Tercero. Condenar a Almacenes Generales de Depósito, Almadelco S.A. a restituir a la sociedad demandante dentro de los seis días siguientes, a la ejecutoria de este fallo, en el mismo estado en que las recibió de ésta el 2 de marzo de 1984, las siguientes máquinas, relacionadas en los certificados o matrículas de depósito números 6985 y 6987 de fecha 2 de marzo de 1984:

"Una máquina modelo 3083, serie 76255-1/6743

"Una máquina modelo 3083, serie 76255-2/6736

"Una máquina modelo 3083, serie 76255-3/6735

"Una máquina modelo 3083, serie 76255-4/6740

"Una máquina modelo 3083, serie 76255-5/6737".

Una (1) máquina modelo 3083, serie 76255-6/6739

"Tres tolvas sin patas

"Nueve tolvas con patas

"Tres góndolas con cuatro llantas cada una

"Dos góndolas con tres llantas cada una

"Tres góndolas con dos llantas cada una

"Cuarto. Disponer que la sociedad demandante no está obligada a pagar bodegaje por las máquinas de que trata el punto anterior, causado a partir del 9 de abril de 1984.

"Quinto. Condenar a Almacenes Generales de Depósito, Almadelco S.A. a pagar a la sociedad demandante los perjuicios que le haya causado con la retención de las máquinas relacionadas en el punto *primero* (sic) de este fallo, desde el 9 de abril de 1984 hasta cuando sean restituidas a la sociedad demandante, perjuicios cuya cuantía se regulará por los trámites del artículo 308 del C. de P. C.

"Sexto. Negar las demás pretensiones de la demanda.

"Séptimo. Costas en ambas instancias a cargo de la parte demandada. Tásense.

"Octavo. Sin costas en el recurso extraordinario ante su prosperidad".

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 044

CONTRATO DE SEGURO - PRUEBA

El contrato de seguro se perfecciona y se prueba con la póliza. Esta para ser tal, debe comprender todos y cada uno de los elementos esenciales, entre ellos la firma del asegurador.

CONTRATO DE SEGURO - FIRMA / FIRMA

Trascendencia que en el mundo jurídico reviste la firma Esta es la expresión escrita del nombre y que conduce a la identidad de la persona que la hace.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Rafael Romero Sierra.*

Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 18 de agosto de 1988, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario promovido por Eugenio Camacho y Josefina Villarreal de Camacho contra la sociedad Aseguradora de Vida Colseguros S.A. y Saulo Uribe Bayona.

I. ANTECEDENTES

1. Por demanda repartida al Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, los citados demandantes convocaron a la mentada sociedad a proceso ordinario de mayor cuantía, con el fin de que se declarase la ineficacia de "la cláusula adicional mediante la cual se nombró beneficiario al señor Saulo Uribe Bayona, dentro de la póliza de Seguros de Vida suscrito entre la empresa demandada y el señor Javier Camacho Villarreal el día 27 de febrero de 1981, póliza identificada con el número 802.320-1", así como de cualquier otra cláusula en que el citado beneficiario figure como tal, por carecer éste de interés asegurable. Y para que, en consecuencia, se declarase como

beneficiarios del seguro a "los legítimos herederos del asegurado hoy fallecido a los señores Eugenio Camacho y Josefina Villarreal de Camacho en su calidad de padres legítimos", a quienes la aseguradora está obligada a pagar "los valores correspondientes a las indemnizaciones en dinero pactadas en la póliza...".

2. El sustrato fáctico de dichas aspiraciones fue apuntalado en los hechos que seguidamente se recapitulan:

a) Hace aproximadamente siete años, Javier Camacho trabajó al servicio de Saulo Uribe Bayona en la venta de joyas que éste fabricaba en Bucaramanga, por lo que aquél se desplazaba con dichas mercancías por todo el país;

b) A comienzos del año 1981, Uribe insinuó a sus vendedores que tomasen un seguro de vida "con el ánimo de proteger cualquier pérdida de mercancías", imponiéndoles que él debía figurar como beneficiario en la respectiva póliza, so pena de pérdida del empleo.

Ante la protesta de los vendedores, que reclamaban incluir como beneficiarios a las personas que a su cargo tenían, Uribe les manifestó que no había necesidad de ello, "pues el objetivo único era la protección de las joyas que llevaban bajo su cuidado y que si por algún caso sobreviene la muerte de alguno de ellos pero sin que se causaran pérdidas en las mercancías que portaban, él no intervendría en el usufructo de las indemnizaciones que por concepto del Seguro pagaría la Compañía Aseguradora y que serían los herederos de cada quien los que entrarán a obtener ese beneficio".

Los insinuados "no tuvieron más remedio" y fue así como Javier Camacho, entre ellos, "adquirió la póliza de seguro de vida número 802.320-1, que le expidió la aseguradora de vida Colseguros S.A.";

c) A finales de diciembre de 1982, Javier Camacho terminó la vinculación laboral dicha, y entregando al patrono todas las cuentas, dinero y saldos de mercancía, con él quedó a paz y salvo. Por ello, la actividad desplegada por Camacho en dicho mes resultó ser la última, dado que devino su deceso, en accidente automoviliario, el 31 de enero de 1983, cuando estaba disfrutando de vacaciones;

d) A reclamar la indemnización frente a la Aseguradora se presentaron tanto los demandantes como Saulo Uribe Bayona. Este lo hizo olvidando por completo "sus promesas de no intervenir en reclamación alguna en el caso y como sucedió de no tener ninguna pérdida de bienes de su propiedad";

e) "La empresa hoy demandada por intermedio de su Departamento Jurídico y sin tener en cuenta para nada la Filosofía del Seguro de Vida y los Principios Generales que gobiernan la institución, dilucidó la controversia presentada conceptuando que el Seguro de Vida se debe pagar al patrono y no a los herederos del asegurado";

f) El asegurado no dejó descendencia ni cónyuge, y los demandantes son sus herederos universales;

g) Del contenido de la póliza y sus cláusulas se tiene que se trata de un seguro de vida "simple y llano", y no un seguro patronal.

3. La Aseguradora de Vida Colseguros S.A. se opuso a las pretensiones y de cara a los hechos expresó atenerse a lo que resultase probado por cuanto no le constaban; aseveró expresamente que su departamento jurídico "conceptuó que debía cancelarse al que apareciera como beneficiario". En el acápite denominado "pruebas" dijo: "Me adhiero a las aportadas dentro del proceso por la parte actora".

4. La demanda fue luego adicionada para también incluir como demandado a Saulo Uribe Bayona, y tras su admisión la Aseguradora se limitó a reafirmar lo que inicialmente expresó.

5. El nuevo demandado, por su parte, se opuso igualmente a las pretensiones. Frente al soporte fáctico del libelo genitor, manifestó que no hubo constreñimiento en la adquisición del seguro controvertido, y que se trató "de una póliza especial que buscaba cubrir el riesgo corrido por Uribe, quien mantenía permanentemente en manos de Camacho grandes sumas representadas en joyas de su propiedad que corrían peligro...". Tampoco se trató de que "Camacho tomara el seguro a su costa, pues como consta en la cláusula adicional de la póliza 802.320-1 sobre designación de beneficiarios Saulo Uribe Bayona se comprometía a pagar las primas correspondientes, y así lo hizo durante los dos años que tuvo de vigencia la póliza".

Adicionalmente explicó que la Aseguradora, a vuelta de haberlo reconocido como beneficiario, posteriormente le envió una comunicación diciéndole que se abstenía de pagar el seguro hasta tanto el Juzgado 17 Civil del Circuito de Bogotá dirra un fallo definitivo en la litis.

También puntualizó que sí le asistía interés asegurable, traducido en las cuantiosas sumas que representadas en mercancías ponía en manos del occiso; por lo mismo, la única manera como Uribe podía estar garantizado de manera eficiente era asegurando la vida del vendedor de joyas, dado que éste no otorgaba garantías reales ni daba fiadores que pudieran responder por los cuantiosos créditos en caso de falta definitiva.

Negó que con Camacho hubiese tenido relación laboral alguna, pues simplemente le entregaba joyas en consignación.

6. La primera instancia concluyó con sentencia estimativa de las pretensiones el 25 de marzo de 1987.

Apelada que fue por la aseguradora demandada, el Tribunal Superior de Bogotá la revocó por la suya de 18 de agosto de 1988, y a cambio desestimó las pretensiones, previa la declaratoria de hallar probada la excepción de ausencia de prueba del contrato de seguro.

7. Contra lo decidido por el *ad quem* interpuso la parte actora recurso de casación, el que, tramitado debidamente, se apresta la Corte a decidir.

II. La Sentencia del Tribunal

La historia del litigio constituye el prefacio de su decisión, luego de lo cual critica la del *a quo* por entrar al análisis de la controversia, que tiene como base una póliza de seguro, "sin detenerse a examinar el documento frente a las normas del Código de

Comercio y especialmente a la luz del artículo 1046, actuación que debió hacerse primero con el fin de determinar si se presentaba plena prueba del contrato protagónico de la acción". Inquiriendo sobre este particular, después de reproducir el texto del artículo 1046 de la codificación mencionada, y de citar un concepto doctrinario, enfatizó el Tribunal que la disposición es bien clara "en el sentido de que no basta el simple documento contentivo de la póliza, sino que éste debe venir en castellano y ser firmado por el Asegurador".

Descendiendo al caso litigado, agregó:

"Así, examinada la póliza a la luz de tal precepto, se observa que se allegó una copia caracterizada por no contener la firma del asegurador lo que impone, para efectos probatorios que sea analizada a través del art. 269 del C. de P. C. que dice: '*Instrumentos sin firma*: los instrumentos no firmados ni manuscritos por la parte a quien se oponen, sólo tendrán valor si fueren aceptados expresamente por ella o sus causahabientes'.

"En tal sentido, debe destacarse que en la contestación de la demanda manifestó la aseguradora, frente al hecho en el cual se le mencionaba la existencia del contrato de seguro, 'me atengo a lo que se pruebe. No me consta'.

"De otras piezas procesales (fls. 174 y 301) se concluye que la aseguradora acepta la existencia de una póliza la No. 802.320-1, emitida el 27 de febrero de 1981, y en que aparece como asegurado el señor Javier Camacho Villarreal y beneficiario el señor Saulo Uribe Bayona, pero en ninguna pieza procesal se refiere la aceptación del contenido, por demás ambiguo y que llevó a la interpretación dada por el *a quo* y mencionada anteriormente. Posiblemente, se pensará que el hecho de que la demandante durante el proceso no haya atacado el documento en su existencia y contenido, sería un indicio de que el documento allegado produce su plena eficacia probatoria o que ha adquirido su plena autenticidda (sic) a la luz del artículo 252 del C. de P. C., sin embargo, el artículo 1046 del C. de Co., es claro al ritualizar la póliza y el 269 del C. de P. C., sólo le da valor probatorio al documento que le hace falta la firma de la parte a quien se oponen, si son aceptados expresamente por ella o por sus causahabientes, lo cual no se ha presenta (sic) en este caso.

"Tampoco obra dentro del expediente la confesión de la aseguradora sobre la existencia del contrato con los aditamentos señalados por los demandantes.

"En esa medida, no se cumple con la exigencia probatoria del 1046 del C. de Co., imponiéndose la revocación del acto impugnado, debiendo negarse las pretensiones de la demanda al no acreditarse el contrato, base de la acción, en debida forma".

III. La Demanda de Casación

Apuntalados en la primera causa de casación del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, dos cargos se formulan a la sentencia de segundo grado, los que por los motivos que adelante se apreciarán son despachados conjuntamente.

Primer cargo

Denúnciase el quebranto indirecto, por falta de aplicación, de los artículos 1036, 1039, 1040, 1042, 1045, 1057, 1080, 1137, 1142, 1144, 1146 y 1159 del Código de Comercio, y por interpretación errónea del 1046 del mismo ordenamiento, "siendo medios de violación los artículos 1°, 10, 20 (ordinal 10), 21, 22, 48, 49, 50, 51, 53, 54, 55, 63 (ordinal 4), 66, 68, 72, 1047, 1048, 1052, 1057, 1072 y 1141, también por falta de aplicación"; también fueron vulnerados los artículos 174, 177, 187, 194, 197, 244, 246, 253, 254, 262, 264, 268, 271 y 276 del Código de Procedimiento Civil, "medios de violación que no fueron aplicados, en tanto que los artículos 252 y 269 fueron erróneamente interpretados...".

Todo como consecuencia de los varios errores de hecho puntualizados luego.

La censura denota primeramente que la expedición, suscripción y vigencia de la póliza por medio de la cual se perfeccionó el contrato de seguro, esto es la distinguida con el número 802.320-1, es un hecho plenamente aceptado por las partes, "... y por ello mismo extraño no solamente al debate probatorio sino también al marco objetivo trazado por el demandante en su demanda y en la adición de la misma, y por los demandados, en las contestaciones a las demandas". Resulta contrario a la lealtad, así, que la aseguradora venga a sostener después de superada la fase probatoria y cuando ya se encontraba el pleito en alegaciones, "que no existe prueba del precitado contrato de seguro de vida y mucho más extraño que el honorable Tribunal haya aceptado tales alegaciones...".

Asevérase seguidamente que la falencia probatoria que como argumento capital sostiene el fallo del Tribunal, es producto de varios desaciertos fácticos, así:

a) "Falta de apreciación de la confesión sobre la existencia de la póliza de seguro, confesión realizada por la sociedad Aseguradora de Vida Colseguros S.A., mediante su apoderado judicial, en la contestación de la demanda", particularmente en la respuesta dada al hecho once de la misma, en el que afirmándose por el actor que la aseguradora dilucidó que el seguro debía pagarse a Saulo Uribe, ella repuso: "El hecho 11 este Departamento Jurídico conceptuó que debía cancelarse al que apareciera como Beneficiario". Ahí hay una confesión plena, hecha a través de apoderado, respecto de quien el artículo 197 del Código de Procedimiento Civil presume autorización para hacerla, pues tal respuesta no puede concebirse más que enfrente de un contrato válidamente celebrado "Es obvio -explícase- que un departamento jurídico de una compañía de seguros tan sólo podía dar el concepto de pago de las indemnizaciones correspondientes a los riesgos trasladados, cuando el contrato de seguro está perfectamente vigente, previo el cumplimiento de todas las solemnidades propias de dicho contrato porque tan sólo con un seguro perfeccionado, por haberse librado y suscrito la póliza de seguro por la Compañía Aseguradora, y ocurrido el siniestro amparado, puede emitirse concepto sobre el pago de las citadas indemnizaciones al Beneficiario".

La circunstancia de que al hecho sexto de la demanda se hubiere respondido que la Aseguradora se atenía a lo que en el juicio se probase, no puede significar, como

erróneamente lo creyó el Tribunal, que se estaba poniendo en tela de juicio la demostración misma del contrato, toda vez que ese hecho no solamente comprendió ese aspecto de la póliza, sino que aludió también a cuestiones tales como la de que el patrono Saulo había forzado a los trabajadores a tomar la póliza en la que él había de aparecer como beneficiario, cuestiones que no siendo de incumbencia de la aseguradora era claro que manifestase no constarle y atenerse a lo que se probara;

b) "Falta de apreciación de la aceptación expresa de los documentos aportados por la parte actora", aceptación realizada por el apoderado judicial de la aseguradora al contestar la demanda.

Ocurre -dícese- que el sentenciador echó de menos la aceptación expresa de la fotocopia auténtica que de la póliza se adjuntó a la demanda, porque en su sentir era ello menester habida cuenta que se trataba de un documento sin firma del asegurador, no dándose entonces la hipótesis del artículo 269 del C. de P. C. No obstante -asevera el censor-, la aseguradora, en contra de lo que así afirmó el juzgador, sí reconoció en forma expresa dicha copia cuando dio contestación a la demanda, pues en el epígrafe que denominó "pruebas" precisó: "De antemano me adhiero a las aportadas dentro del proceso por la parte actora". Con lo cual evidentemente, se hace un reconocimiento expreso de la prueba documental dicha; es difícil pensar que esa manifestación pueda tener otro sentido, y más aún lo es que en ella se vea un rechazo o una tacha a esa prueba "como al parecer lo entendió el juzgador de Segundo Grado".

Extraño resulta así que la aseguradora desconozca esa aceptación y alegue lo contrario luego de superada la etapa de pruebas; ya que no es leal "... desconocerle valor probatorio a un documento aceptado dentro del debate procesal, para erigir ese comportamiento en un medio defensivo, invocado a última hora para sorprender a la parte actora ...", siendo más inaceptable todavía que el Tribunal hubiera parado mientes a esa deslealtad.

Si el apoderado no hubiese querido en verdad aceptar ese documento, nada habría dicho al respecto, y es claro que la ley en los ritos no demanda palabras sacramentales para un reconocimiento expreso, basta que lo acepte "y es obvio que si lo acepta sin ninguna observación, lo está reconociendo tanto en su tenor como en su firma...";

c) "Falta de apreciación del documento fechado en julio 7 de 1982 y visible al folio 41 del cuaderno principal del expediente", en el que el gerente de la aseguradora le comunica a Saulo Uribe Bayona, aludiendo a la póliza 802.320-1, que en vista de que los padres de Javier Camacho entablaron juicio ordinario en donde persiguen el reconocimiento como beneficiarios del seguro "nos vemos precisados a abstenernos de cancelar el valor correspondiente hasta cuando el Juzgado 17 Civil del Circuito de Bogotá dé su fallo definitivo al respecto".

Dicho documento, que es auténtico y fue aportado tempestivamente al proceso por Saulo Uribe, "contiene un reconocimiento de la entidad Aseguradora de Vida Colseguros S.A. sobre la existencia, expedición, suscripción, validez y vigencia de la póliza de Seguro de Vida distinguida con el número 802.320-1 por virtud de la cual se perfeccionó el contrato de seguro relacionado con la acción deducida en este proceso";

d) "Falta de apreciación de la confesión realizada mediante apoderado judicial por el demandado Saulo Uribe Bayona materializada en la contestación de la demanda".

El apoderado de dicho demandado, al contestar la demanda, acto procesal respecto del cual el artículo 197 del C. de P. C. presume autorización del poderdante para confesar, "configura la existencia tanto de la póliza distinguida con el número 802.320-1 como de la cláusula adicional por medio de la cual se designó a este demandado como beneficiario del seguro de vida repetidas veces mencionado";

e) "Falta de apreciación del documento público fechado el 10 de septiembre de 1984, suscrito por el Jefe de la División de Seguros y Capitalización de la Superintendencia Bancaria", visible a los folios 164 y siguientes del cuaderno principal, en el que tal funcionario le comunica al juez de conocimiento, entre otras cosas, el envío de fotocopias de las pólizas aprobadas "...mediante DS y C-2725 de julio 27 de 1973, la póliza 802.320-1 emitida el 27 de febrero de 1981 y de los oficios DS y C-1540 y 1892 de abril 20 y mayo 27 de 1983 respectivamente". Dicho funcionario remitió, así "una fotocopia de una de las cláusulas de la póliza 802.320-1 ... que recoge el Contrato de Seguro de Vida celebrado entre las partes en este proceso y que dicho funcionario público no objeta la existencia de la póliza aun cuando se trata de una fotocopia del original que esté sin la firma de la sociedad Aseguradora" y que es idéntica a la copia adjuntada a la demanda.

Así que para la Superintendencia referida la póliza es válida, y que como quiera que el original de ella "se entregó al Asegurado quien a su turno lo entregó al Beneficiario del Seguro y éste lo aportó al proceso de ejecución que impetró contra la sociedad aseguradora al presente proceso tan sólo se trajeron fotocopias autenticadas tomadas de los archivos de la propia compañía aseguradora";

f) "Apreciación errónea" del documento visible al folio 175 (o 174) del cuaderno número 1, "que el Tribunal no tuvo en cuenta", en el que el apoderado de la aseguradora le informa al juzgado "que tanto el original de la póliza de Vida número 802.320-1 emitida el 27 de febrero de 1981 y en la cual aparece como asegurado el señor Javier Camacho Villarreal y beneficiario el señor Saulo Uribe Bayona se encuentra incorporada dentro del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía que el beneficiario inició contra la Aseguradora de Vida Colseguros de Vida S.A. (sic) ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bucaramanga y pide que se oficie a dicho despacho para los fines pertinentes". Con ello, aceptó la compañía aseguradora "la existencia y validez de la póliza y del contrato de Seguro de Vida", pese a lo cual en los alegatos y a último momento se hace reparo en cuanto a dicha prueba.

El Tribunal ignoró ese documento. De haberlo tenido presente, "con las indicaciones que allí hace el señor apoderado de la parte demandada, lo menos que habría realizado, sería el haber decretado la prueba allí solicitada por la propia compañía aseguradora, en ejercicio del 'poder-deber' consagrado en el artículo 180 del C. de P. C. para establecer realmente los hechos debatidos";

g) "Falta de apreciación de la diligencia de inspección judicial cumplida en la ciudad de Bucaramanga el 17 de octubre de 1984 a las oficinas de la Aseguradora de Vida

Colseguros S.A.", a petición del demandado Uribe, pues cuando el comisionado indicó en ella que a su disposición se puso "la carpeta de todos los documentos relacionados con el Seguro de Vida, en cita, está indicando que necesariamente tuvo de presente la póliza de Seguro de Vida, en copia, obviamente, y que ese documento se encontraba en la contabilidad mercantil de la empresa Aseguradora ...". Ello no puede significar sino que se acreditó procesalmente "la existencia de la póliza de seguro, la vigencia del contrato de seguro", la voluntad de la Compañía Aseguradora de pagar las indemnizaciones por el siniestro ocurrido y el hecho de que tan sólo por el reclamo formal del beneficiario se había dado ya la orden de pago de la mencionada indemnización, y que ante la demanda que originó el presente proceso se ordenó suspender el pago, todo lo cual pone fuera de discusión probatoria la existencia del contrato de seguro de vida y obviamente la existencia de la póliza por medio de la cual se perfeccionó dicho contrato";

h) "Apreciación errónea de la póliza número 802.320-1 que obra en fotocopia autenticada por notario a folios 11 a 18 del cuaderno número uno (1) del expediente".

Desacertó el Tribunal al darle a dicho documento el tratamiento jurídico preceptuado en el artículo 269 del Código de Procedimiento Civil, "cuando en realidad de verdad y según los términos de la ley mercantil aplicable al caso *sub examine*, la citada póliza de seguro de vida estaba debidamente firmada, en su concepción jurídica por la compañía aseguradora". Es claro que el papel membreteado bajo la expresión "Aseguradora de Vida Colseguros S.A.", en el que además aparece el "símbolo empleado como medio de identificación personal de la citada entidad, que es la efigie de Cristóbal Colón enmarcada dentro de un óvalo que termina en un ancla con una cinta entrecruzada, símbolo utilizado por la Compañía Aseguradora como medio de identificación personal en todos sus actos mercantiles", constituye en los términos del artículo 826 del Código de Comercio, una firma, "firma que es precisamente la que le da confianza al tomador de la póliza..., y si estos documentos no hubieran sido expedidos bajo esa firma comercial, es obvio que cualquier persona natural no hubiese aceptado la póliza ...".

Como el Tribunal, "al apreciar la prueba documentaria en cita no vio la firma de carácter mercantil estampada en esa forma en la póliza de seguro de vida incurrió en error de hecho evidente ...";

i) "Errónea interpretación de la demanda introductoria del proceso".

El Tribunal extendió el *petitum* a un campo no pedido, como es el de la existencia y vigencia del contrato de seguro y la póliza correspondiente, cuestión esta extraña al litigio, "como quiera que el debate planteado estaba circunscrito única y exclusivamente a la eficacia o ineficacia de la cláusula adicional que designó beneficiario, al señor Saulo Uribe Bayona y a la pretensión de obtener el pago de la indemnización por parte de los herederos legítimos del asegurado".

En el epílogo del cargo se aplica el censor a plasmar las razones de cómo los yerros enrostrados al Tribunal son evidentes y trascendentes, pues que de haber partido de la existencia y validez del contrato habría concluido, ya en el examen de lo verdaderamente debatido, que los beneficiarios del seguro eran los demandantes, que no Saulo Uribe, quien para la fecha del siniestro ya había perdido su calidad de patrono respecto al

interfecto, y cuando ya éste nada le debía por las mercancías que inicialmente motivaron la adquisición del seguro.

Segundo cargo.

Acúsase el fallo de ser violatorio, por la vía indirecta, de los mismos preceptos sustanciales reseñados en el cargo anterior, por idénticos conceptos de violación, así como también, por falta de aplicación, de los artículos 4°, 6°, 71, 174, 175, 177, 179, 187, 251, 253, 254, 258, 268, 271 y 276 del Código de Procedimiento Civil y, por errónea interpretación, de los preceptos 252 y 269 del mismo ordenamiento, debido a error de derecho en las pruebas que expresamente se enuncian después.

Al desarrollarlo señala el impugnante que el Tribunal cometió yerro probatorio al restarle mérito demostrativo a la copia que de la póliza se anexó al *libelo genitor* del proceso (fls. 11 a 18 del cuaderno principal), arguyendo que la aseguradora no la había firmado ni la había aceptado expresamente. Aseveración que hizo el juzgador no obstante que se trata de una copia autenticada y que aun cuando carece de firma manuscrita tiene como tal, según el artículo 826 del Código de Comercio, "el nombre impreso de la Compañía Aseguradora y el símbolo de identificación personal de la misma, de donde fluye que no puede considerarse como un documento apócrifo o anónimo que es al cual se refiere el artículo 269 del Código de Procedimiento Civil". No es dable concluir que siendo ello verdad haya incertidumbre sobre la persona que elaboró la citada póliza, cuestión que por demás nunca se controvirtió en la etapa probatoria ni en la contestación de la demanda.

De otro lado, dicha copia fue aportada al proceso y se afirmó que fue expedida por la compañía aseguradora demandada, sin que ésta la haya tachado de falsa ni desconocida en forma alguna (art. 252, numeral 3, del C. de P. C.); muy por el contrario, se confesó la existencia de dicha póliza y hasta se conceptuó que debía cancelarse la indemnización por la ocurrencia del siniestro (contestación al hecho decimoprimero de la demanda y lo dicho en el capítulo de pruebas).

El manuscrito a que alude la norma en cita no solamente se refiere a "escritura manual o de amanuense (sic)", sino también a "los impresos, a los dibujos, y en general, a todos los objetos muebles que tengan carácter representativo o declarativo".

Yerro de este mismo juez cometió el sentenciador cuando le desconoció valor probatorio al documento del folio 41 del cuaderno principal, en el que la aseguradora reconoce plenamente la existencia de la póliza 802.320-1 y suspende el pago de la indemnización por haberse incoado el presente proceso. Dicha manifestación "constituye una confesión extrajudicial sobre el perfeccionamiento y vigencia del contrato de seguro".

Y también lo hubo al desconocer eficacia probatoria a la diligencia de inspección judicial practicada en las oficinas de la sociedad demandada y a los documentos en ella recaudados (fls. 199 y 200 del mismo cuaderno), habida cuenta que si en el acta correspondiente se plasmó que a consideración del juzgado se presentó la carpeta que contiene todo lo inherente a la póliza, es forzoso concluir que en ella "se encontraban

los documentos relativos al contrato de seguro y dentro de los mismos copia de la póliza de Seguro de Vida, ya que es obvio que de no haberse librado tal instrumento el contrato ni siquiera se hubiera perfeccionado ...".

El yerro del Tribunal que se le enrostra en este cargo -apúntase-, "es de derecho, ya que partiendo de la base de que apreció objetivamente los medios probatorios acusados, no le reconoció el valor probatorio que la ley procesal autoriza para los mismos, todo lo cual dio lugar a que por esta vía indirecta se violara la ley sustancial en las normas y por los conceptos citados en la enunciación del cargo".

CONSIDERACIONES

1. Según lo previene el artículo 1046 del Código de Comercio, "el documento por medio del cual se perfecciona y prueba el contrato de seguro se denomina póliza. Deberá redactarse en castellano, ser firmado por el asegurador y entregarse, en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su expedición". Incontrovertible, pues, que dicha convención no se reputa perfecta ante la ley más que cuando se materializa la póliza con los requisitos allí exigidos: se trata entonces de un contrato solemne que, a la luz del artículo 1.500 del Código Civil, en tanto no se cumpla con la formalidad no produce ningún efecto civil. Y, en esas condiciones, es palmar que la prueba misma del contrato lo constituye la póliza, tal como expresamente lo dice el precepto. Equivale a decir que ese específico medio de convicción exigido por la ley, no puede ser suplido en ningún caso por otra probanza.

Acerca de estos tópicos expresó la Corte recientemente: "Es el de seguro un contrato solemne a términos del artículo 1036 del Código de Comercio. Para su perfeccionamiento no basta, pues, el simple acuerdo de voluntades que, por antonomasia, caracteriza al contrato en general, sino que es indispensable, además, que se expida una póliza que ha de suscribir el asegurador, y sólo a partir de entonces, tal como paladinamente lo establece el inciso 2º de la disposición en cita, ha de tenerse por perfeccionado el contrato. Y, como es apenas obvio, esa misma solemnidad constituye la prueba del contrato, desde luego que siendo de aquellas que la doctrina le asigna el doble carácter de ad substantiam actus *y* ad probationem, *no de otra manera podía disponerlo al decir: 'El documento por medio del cual se perfecciona y prueba el contrato de seguro se denomina póliza' (artículo 1046* ejusdem*)" (Sentencia de 24 de noviembre de 1989, aún no publicada).*

Es axiomática, así, que dondequiera que no figure la póliza con los requisitos legales, no puede darse por acreditado el contrato de seguro, afirmación que es ostensible aun cuando se piense en el viraje que en punto de pruebas acaeció con el Código de Procedimiento Civil vigente desde 1971, pues el postulado de la sana crítica y libertad probatoria que entonces sustituyó al sistema tarifario, dejó a salvo lo concerniente a las solemnidades exigidas en la ley sustancial, como se puede ver del texto del artículo 187 que reza: "Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos". Cuestión que fue complementada cuando la ley restringió la eficacia de la prueba testimonial, justamente para poner a cubierto de cualquier riesgo de hermenéutica jurídica la prueba

solemne, pues al efecto preceptuó: "la prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato" (artículo 232).

2. Ha de agregarse para mejor puntualizar el aspecto de la prueba del contrato de seguro, que por póliza no debe entenderse un documento cualquiera, siendo apto para ello únicamente el que la ley define como póliza, con sus características y elementos esenciales.

A este propósito conviene también subrayar que los requisitos que la ley menciona como tales, lógicamente deben aparecer consignados dentro del contexto de la póliza misma de tal suerte que lo importante no es que un documento se lo denomine póliza simplemente, pues este cariz solamente lo tiene el que comprenda cabalmente todos y cada uno de dichos elementos, entre los que bien merece destacarse ahora el de que se halle firmada por el asegurador. Precisiones estas que igualmente hizo la Corte en la sentencia atrás citada, al añadir: "De tal premio surge incuestionable que la apuntada solemnidad no consiste simplemente en un documento cualquiera; únicamente lo será el que revista la fisonomía jurídica de póliza, la cual debe contener, amén de las condiciones generales del contrato' todos y cada uno de los requisitos a que hacen mención los once numerales del artículo 1047, redactarse en castellano, suscribirla el asegurador y entregarse el original al tomador (art 1046); y, finalmente, de ella hacen parte la solicitud de seguro firmada por el tomador y 'los anexos que se emitan' para adicionarla, modificarla, suspenderla, renovarla o revocarla (art. 148 ibidem)".

3. Los anteriores prolegómenos prestamente ponen de manifiesto que el sentenciador de segundo grado, antes que cometer yerro alguno de derecho, anduvo más que ajustado a la ley cuando echó de menos el documento que viene de perfilarse, esto es, la póliza como prueba única e insustituible del contrato de seguro, pues el documento que la parte demandante arrimó con el libelo genitor, faltándole como le falta la firma del asegurador, no puede tener virtualidad, según se vio, para acreditar cosa semejante. Esté enunciado, entonces, tan simple como decisivo, es determinante para excluir de suyo cualquier averiguación sobre el error de derecho que se endilga al Tribunal, toda vez que éste jamás exigió una prueba que la ley no requiere, que es lo que caracteriza a tal linaje de yerro, a lo menos en la modalidad que acá se descubre en su formulación. Antes bien, es de iterarse, se ciñó justamente a lo que la propia ley establece para el caso de la prueba del contrato de seguro.

Por ahí mismo cabe descartar yerro fáctico alguno atendible en casación, por supuesto que es injurídico reemplazar la precisa prueba que en el punto exige el legislador, resultando anodino que se hubiere podido presentar la inapreciación de cualquier otro medio de convicción diferente a la póliza, llámese testimonial, confesión, o inspección judicial (respecto de ésta obsérvese que se examinó un documento con la misma deficiencia del arrimado con la demanda).

Sobre esto último es muy de notar que el Tribunal no hizo bien al aplicarse a investigar si el documento sin firma arrimado con la demanda, podía convertirse en prueba echada de menos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 269 del Código de Procedimiento Civil, como que con ello dejó resquicio para pensarse que en determinado momento la prueba del contrato de seguro pudo ser suplida por tal sendero. Desacierto

del sentenciador al que siguió el del recurrente, quien por igual persigue que la póliza puede ser demostrada por otros medios distintos al documento atrás perfilado.

Análisis aparte, no obstante; ameritan los errores de hecho que hallan estribo en la argumentación de que el documento adjunto a la demanda sí aparece firmado por el asegurador de acuerdo con el artículo 826 del Código de Comercio, y la de que se malinterpretó el libelo introductorio del proceso.

Relativamente al primeo de ellos, que se hace consistir en que el Tribunal dejó de apreciar que el anunciado documento ostentaba la firma de la aseguradora, entendiendo por tal "el papel rubricado con el nombre oficial de la compañía aseguradora 'Aseguradora de Vida Colseguros S.A.', que además es la expresión del nombre del suscriptor, acompañado del símbolo característico empleado como medio de identificación personal", se tiene:

Cierto que el artículo 826 del Código de Comercio establece que "por firma se entiende la expresión del nombre del suscriptor o de alguno de los elementos que la integran o de un signo o símbolo empleado como medio de identificación personal".

Bien se conoce la enorme trascendencia que en el mundo jurídico reviste la firma, como quiera que con ella se proyecta, de un lado, individualidad, y, de otro, voluntariedad. Por lo primero, es verdad, se adquiere la certeza de que un documento ha sido suscrito por la persona que la estampa, y no por otra; por lo segundo, quien así actúa acepta o admite los efectos jurídicos que comportan las declaraciones que anteceden a la firma. A despecho de esta capital importancia que se deja reseñada, la firma viene siendo utilizada con esos fines, no desde tiempos remotísimos como pudiera pensarse en un comienzo, prueba de lo cual es que en Roma no se firmaban los documentos, sino que su aparición vino a presentarse, en términos relativos, desde época reciente. Más, desde su utilización, han sido muchos quienes han demostrado interés por darle fisonomía y precisar su concepto, destacándose si como nota predominante que ella no puede ser sino la expresión escrita del nombre, con la cual una persona suele darle identidad a lo que es de su autoría; dicha representación gráfica puede estar integrada por muchos o pocos rasgos o signos, alfabéticos o no, y en el primero de estos dos casos para nada interesa que sean ilegibles, que tengan incorrecciones o errores de ortografía.

De ahí que pueda asegurarse que la firma es la expresión del nombre, de una manera muy particular y que, por consiguiente, conduce a la identidad de la persona que la hace.

Puestas de tal modo las ideas, hácese notar que la firma, así entendida, debe ser escrita de la propia mano de la persona, vale decir, que ha de ser manuscrita, cuestión que va inmersa en su misma definición, tal como lo ha puesto de presente la Corte al enfatizar que "firma es el nombre y apellido que se pone de mano propia al final de un documento público o privado, sin que se exija que tal persona sepa leer, o sepa escribir algo más de las palabras que componen su nombre y apellido" (Sentencia de 11 de abril de 1946, T. LX, pág. 380).

Criterio que ha sido compartido también por la doctrina. Para no citar más que a uno de ellos, ya Planiol y Ripert la definían como "una inscripción manuscrita que

indica el nombre de una persona que entiende hacer suyas las declaraciones del acto" (Tratado Práctico de Derecho Civil Francés).

Si, pues, la firma envuelve por antonomasia el concepto de un manuscrito, no es dable reclamar que cuando la ley hable de firma deba indicar adicionalmente que es la escrita de puño y letra de la persona, dado que entonces se habría incurrido irremisiblemente "en una redundancia al exigir firma autógrafa. *Quien dice* firma, *dice* autógrafa, *pues la firma es nombre y apellido que se pone de mano propia al fin de un documento público y privado, y* autógrafo *es cualquier original escrito de mano del mismo autor" (Sentencia de 26 de marzo de 1908, G. J., T. XVIII, pág. 281).*

Así que era inane que el artículo 826 del Código de Comercio se hubiere tenido que referir a la firma autógrafa, elemento este que, dícese una vez más, de suyo lo entraña, y que ha de predicarse cualquiera que sea la expresión de la firma, esto es, bien con el "nombre del suscriptor o de alguno de los elementos que lo integran", ya con un "signo o símbolo empleado como medio de identificación personal".

Por demás, es patente que si así no fuera, nada justificaría que el legislador se hubiera aplicado a sentar expresamente que la firma no puede ser reemplazada por medios mecánicos sino en casos excepcionales (artículo 827 de la misma codificación), que son aquéllos en que la propia ley lo acepte explícitamente.

Adviene como corolario, que es inaceptable que por firma de la póliza cuestionada se tenga, como es la aspiración del casacionista, el símbolo y el mero membrete que aparece en el documento anexado por la parte actora con el libelo incoativo del proceso.

Encarando ya el segundo argumento, vale memorarlo, del de que hubo desatino en la interpretación de la demanda porque la existencia y validez del contrato de seguro no hacía parte de la litis, resulta en extremo desleznable si se repara que la cuestión litigada, al versar sobre la persona del beneficiario del seguro como en este caso versa, torna incluctable para el sentenciador examinar precisamente aquel aspecto. De sindéresis que para determinar cosa semejante se deba partir de una premisa que a esos efectos deviene *sine qua non*, cual es justamente la existencia y validez de ese tipo de contrato, cuya solemnidad consiste en la póliza pluricitada.

4. Aflora indubitable que, si en el expediente no figura la póliza que a la luz de la ley prueba el contrato de seguro, documento que debe ofrecer la apuntada fisonomía jurídica, en especial que aparezca firmada por la aseguradora, la censura no se abre paso.

5. Empero, no se puede pasar por alto la actitud procesal de la aseguradora, al reservarse argumentos que bien pudo esgrimir desde el instante inicial en que afrontó la litis, para exhibirlos a última hora, pues de manera semejante se puede ver convertido el proceso, antes que como sendero por el que se haga refulgente la realidad, que es a lo que justamente están obligadas las partes y sus apoderados en virtud de los postulados de la buena fe y la lealtad procesales, en un escenario en el que la ventaja esté del lado del que más hábilmente se comporte, haciéndolo propicio para el advenimiento de las más sofisticadas y taimadas actitudes. Cada día se debe propender más por no perder de vista, como ya infortunadamente acaece a menudo, los fines que atañen al proceso, pues

a través de él se manifiesta el interés general de que haya una justa composición de los litigios.

Y si ello es así, con incomparable mayor razón ha de censurarse que los juzgadores echen al olvido la verdadera misión que les compete en el ámbito procesal que, hoy por hoy, ya no conoce las barreras infranqueables de antaño, pues si bien el proceso civil continúa gobernado en buena medida por el principio dispositivo, es lo cierto que éste ya carece de los ribetes absolutos que entonces enseñaba. La facultad oficiosa en materia de decreto de pruebas es una verdadera conquista del derecho procesal moderno, y de ella hay que hacer uso en cuanto sea menester a los fines de la justicia, si es que no se quiere caer en una irreparable prodigalidad, como aquí ocurrió, pues los falladores, sabedores de la ausencia de la póliza, nada hicieron por obtener que figurase en el proceso y, con vista en ella, haber pronunciado su decisión, aunque ello implique, desde luego, una mayor dedicación al estudio del fondo de la controversia planteada, porque esa es precisamente, y no otra, su labor.

No prosperan, por consiguiente, los cargos.

IV. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia proferida en este proceso el 18 de agosto de 1988 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

Costas a cargo de los demandantes-recurrentes. Tásense.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 046

NULIDAD PROCESAL - Indebida Representación / CASACION - Nulidad Procesal

Unicamente la parte ilegitimamente representada puede alegar este vicio en casación, siempre que no lo haya saneado o convalidado.

INCONGRUENCIA - Nulidad Absoluta / NULIDAD ABSOLUTA

Cuando el juzgador desatiende la regla 305 del C. de P. C. (antes de la reforma), o cuando debiendo asumir un determinado comportamiento oficioso no lo hace, se presenta el fenómeno de la incongruencia. Requisitos para que el juez pueda declarar de oficio una nulidad absoluta.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía Directa

Regla de técnica que debe atender el censor.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Ataque todos los fundamentos / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de Hecho y de Derecho / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Ataque aislado de medios de prueba

No puede hacerse de estos dos yerros un compuesto. La acusación por error de hecho manifiesto o error de derecho en la estimación de las pruebas no puede prosperar cuando se refiere a algunas, si las demás constituyen un soporte suficiente de la decisión.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Testimonio

Cuando la omisión de ciertos requisitos no le restan eficacia probatoria.

PATERNIDAD NATURAL - POSESIÓN NOTORIA

En qué consiste. Su prueba. Qué debe entenderse por testimonio. Elementos configurativos. Reglas que debe atender el fallador en el análisis y valoración de los testimonios que acreditan la causal de filiación de que se trata. Otros medios corroborantes del dicho de los testigos.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Alberto Ospina Botero.*

Santafé de Bogotá, D. C., veintiuno (21) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 31 de enero de 1989, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario adelantado por Lucila María Villamarín contra Lucrecia Prieto Puerto de González y otras.

ANTECEDENTES

I. La mencionada actora demandó a Lucrecia Prieto Puerto de González, a los menores Mariana y Cristina González Iregui, en calidad de cónyuge y sobrinas del finado José Félix Bernardo González Matallana, respectivamente, así como a los herederos indeterminados del mismo causante, para que por los trámites correspondientes se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

a) Lucila María Villamarín, hija de María del Carmen Villamarín Gachancipá, es también hija extramatrimonial de José Félix Bernardo González Matallana;

b) Como consecuencia de lo anterior, Lucila María Villamarín tiene derecho a la herencia de su padre, exclusivamente o en concurrencia con herederos de igual derecho;

c) Se condene en costas a los demandados que se opusieren.

II. Las pretensiones anteriores se hicieron descansar en los hechos que a continuación se compendian:

a) Fruto de las relaciones sexuales habidas entre José Félix Bernardo González Matallana y María del Carmen Villamarín Gachancipá ocurridas a finales del año 1945, nació Lucila María Villamarín, el 6 de octubre de 1946, en la población de Tenjo (Cund.), quien denunciada por Evangelina Segura, que atendió su parto, fue registrada en la Alcaldía de ese lugar el 11 de octubre de 1946;

b) Los ascendientes del presunto padre, domiciliados en Tenjo (Cund.), reconocieron y consintieron a la menor Lucila María como descendiente de su hijo José Félix Bernardo;

c) José Félix Bernardo suspendió sus estudios universitarios en 1950 y comenzó a trabajar al lado de su progenitor José Vicente González, atendiendo sus obligaciones

como padre frente a Lucila María, consistente en sostenimiento, vestuario y educación, hasta cuando ella dejó de estudiar y emprendió viaje a los Estados Unidos en 1968. Además, siempre la reconoció y trató como tal ante sus amigos, familiares, y el vecindario de Tenjo;

d) José Félix Bernardo González, quien contrajo matrimonio con Lucrecia Prieto Puerto, falleció en Bogotá el 9 de abril de 1985, sin dejar descendencia, por lo cual su cónyuge sobreviviente "es la llamada a sucederlo", lo mismo que sus sobrinas Mariana y Cristina González Iregui, como representantes de su padre Plácido Carlos José González, hermano del finado, quien lo antecedió en la muerte.

III. Lucrecia Prieto de González contestó oportunamente la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la actora y manifestando respecto de los hechos principales del libelo que éstos deben probarse. Así mismo propuso las excepciones que llamó "genérica", consistente -según su afirmación- en que se declaren "las excepciones acreditadas en el desarrollo del proceso"; y ... "carencia de derecho", referente a que la actora no es hija del finado José Félix Bernardo.

IV. Las menores Mariana y Cristina González Iregui, representadas por su madre Ana Iregui de González, dieron también respuesta oportuna a la demanda, oponiéndose a sus pretensiones, diciendo desconocer los hechos sobre los que de manera fundamental descansa el *petitum* y negando otros.

V. En representación de los herederos indeterminados y previamente emplazados del finado José Félix Bernardo, la curadora *ad litem* dijo no oponerse a las pretensiones de la demandante, agregando estarse a lo que resultare probado en el proceso.

VI. El *a quo* finalizó la primera instancia con sentencia de 18 de diciembre de 1986, en la cual accedió a todas las súplicas de la demanda.

VII. Inconformes con lo así decidido, las demandadas Mariana y Cristina González Iregui, lo mismo que Lucrecia Prieto de González, apelaron de la sentencia ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Corporación que desató el recurso mediante sentencia de 30 de enero de 1989, confirmatoria de la proferida por el *a quo*.

La Sentencia del Tribunal.

Comienza aseverando que los presupuestos procesales demanda en forma, competencia y capacidad no admiten reparo alguno y, referente a lo alegado por "los apoderados de la parte demandada" en el sentido de que no está acreditada la calidad de herederos de Mariana y Cristina González Iregui, en razón a que no se demostró la muerte de los ascendientes del finado González Matallana, afirma que, "muerto el padre, el fallo que resuelva sobre la acción de reclamación del estado civil promovida frente a los herederos sólo produce efectos relativos y no *erga omnes*, por cuanto sólo aprovecha o perjudica a quienes fueron citados al litigio (art. 10 Ley 75 de 1968; art. 404 del C. C.)". Es por eso, prosigue, que "basta comprobar el parentesco entre el pretenso hijo extramatrimonial frente a las personas a quienes se califica como herederos del causante, y ante quienes la demandante pretende adquirir situaciones originadas en dicho estado, sin que sea menester traer la prueba de fallecimiento de otras personas,

quienes en caso de vivir, serían llamadas en primer término a escoger la herencia, pues como ya está dicho, en el evento que sobrevivan, no los afecta el fallo". A este respecto concluye, luego de transcribir jurisprudencia de la Corte, que acreditado en este proceso que Mariana y Cristina González Iregui tienen la calidad de sobrinas del finado González Matallana, resulta evidente que no era menester aportar la prueba de que los padres de dicha causante hubieran fallecido.

Indica de otra parte el sentenciador, que la oposición ejercida en este proceso por la cónyuge sobreviviente y las sobrinas del finado González Matallana, evidencia la aceptación de los bienes del de cujus; y relativo a la falta de capacidad procesal en la actora, deducida por la parte demandada del hecho de que el poder no se constituyó por escritura pública pese a que se otorgó para varios procesos, señala que "como este hecho sólo puede ser alegado por la parte indebidamente representada, no hay lugar a considerarlo. En este mismo sentido acota que, si se aceptara en gracia de discusión el mencionado planteamiento, sería de ver que 'sólo en ausencia total de poder cabría esta alegación', que es distinto de lo que ocurre en este proceso, fuera de que -continúa- 'el mandato conferido para promover la acción de filiación natural y la de petición de herencia, por ser pretensiones acumulables, no resulta necesario otorgarlo por separado' ".

Menciona más adelante el Tribunal que teniendo en cuenta la fecha de nacimiento de la demandante, ocurrida el 6 de octubre de 1946, varios de los testimonios recepcionados permiten determinar la existencia de relaciones carnales entre María del Carmen Villamarín Gachancipá y José Félix Bernardo González Matallana, y su ubicación en el tiempo para la fecha en que se presume la concepción de la demandante Lucila María Villamarín. Para arribar a esa conclusión se apoya principalmente en los testimonios de Ulpiano Díaz Fernández (fl. 51, cdno. 1).

Luis Jorge Pulido Rodríguez (fl. 61, cdno. 1) y Luis Carlos Forero Henríquez (fl. 22, cdno. 1), que transcribe en lo pertinente, anotando respecto a ellos que "permiten inferir la existencia del trato carnal por la época señalada en el artículo 92 del Código Civil pues los deponentes, de manera responsiva, ubican los hechos desde el año 1945, en adelante; por lo demás, provienen de personas que por razones de vecindad o de trabajo conocieron al causante como a la madre de la demandante, por lo que merecen convicción acerca de los hechos que relatan, pudiéndose entonces concluir que, por este lado, la conclusión (sic) del juzgado del conocimiento es acertada".

El Tribunal también encuentra acreditada la posesión notoria del estado de hija extramatrimonial de la actora con base en los testimonios de María Nohmra Gutiérrez de Malagón, Héctor Domingo Díaz Campos, Isabel Murillo de Luque, Constantino Méndez, Luis Moreno Garzón, José Francisco Gutiérrez, María Inés Forero y Guillermo Casas Laverde, de quienes dice son en su mayoría vecinos o nacidos en Tenjo y ponen de presente que el finado González Matallana efectuó verdaderos actos demostrativos de su paternidad.

Expresa finalmente el fallador, que "se impone confirmar la sentencia recurrida, sin que la prueba testimonial recepcionada a petición de la parte demandada -Helena Durana Lombana, Clara Inés Matallana Correa y María Luisa Lloreda de Durana- tengan la virtualidad de desvirtuarla, pues, entre otras razones, éstas apenas dijeron haber

conocido o frecuentado la casa de Bernardo González en los años 1951, 1966 y 1967, circunstancia que posiblemente les impidió conocer los hechos narrados por los testigos primeramente citados".

El Recurso de Casación

Tres son las demandas que contra la sentencia del Tribunal se interpusieron: en la primera, la demandada Mariana González Iregui formula tres cargos, todos al amparo de la causal primera de casación; en la segunda, la demandada Cristina González Iregui aduce siete cargos contra la misma decisión, los dos iniciales por vicios de incongruencia y nulidad, respectivamente, mientras que los cinco restantes los formula por la causal primera de casación; y en el tercer libelo, la demandada Lucrecia Prieto de González esgrime tres cargos contra el mismo fallo, el delantero por la causal quinta de casación, y los dos últimos por la causal primera. La Corte despachará en primer lugar los cargos por error *in procedendo*, dando preferencia entre éstos a los que denuncian nulidad, para ocuparse luego de los formulados por error *in judicando*, los cuales resolverá, excepto el inicial de la primera demanda que estudiará en forma individual, acumuladamente así: a) el 2° de la primera demanda junto en el 5°, 6°, 7° de la segunda demanda y el 2° de la tercera demanda; b) el 3° y 4° de la segunda demanda; y c) el 3° de la primera demanda con el 3° de la última, respectivamente.

1. Yerros *in procedendo*

Cargo segundo de la demanda de Cristina González Iregui

Acúsase la sentencia de incurrir en la causal de nulidad "consagrada en el artículo 152 número 7 del C. de P. C.".

Lo desarrolla el casacionista indicando que el poder otorgado por la demandante no se hizo por escritura pública a pesar de que en él se alude a varios procesos, y que por la omisión de ese requisito sustancial se produjo la nulidad absoluta del poder, al tenor de los artículos 1741 y 1760 del C. C., o lo que es lo mismo la "carencia total de poder para el respectivo proceso, que es causal de nulidad".

Pide por esa razón a la Corte, case la sentencia y declare la nulidad del proceso, para que se renueve la actuación viciada.

Cargo primero de la demanda de Lucrecia Prieto de González

Por éste se le atribuye a la sentencia estar incursa en la nulidad consagrada en "el ordinal 7° del artículo 152" del C. de P. C.

Lo sustenta el impugnante señalado que el mandato judicial es solemne; que "el artículo 65 del C. de P. C." ordena que cuando éste se confiere para varios procesos separados, es necesario constituirlo por escritura pública, por lo que si así no se hace se presenta una carencia total de poder, originante de nulidad procesal; que desde el punto de vista del mandato judicial en sí mismo considerado, la ausencia de escritura pública en su otorgamiento acarrea nulidad sustantiva "que reclama un pronunciamiento oficioso del juez, pero además insubsanable dentro del juicio"; que en el presente caso el poder se otorgó para tres procesos diferentes, pero que en la hipótesis de que la

filiación y la petición de herencia se acumularan, de todos modos existiría un poder adicional para el proceso de sucesión, tramitable por proceso distinto a los anteriores.

SE CONSIDERA

Por regla general la nulidad procesal, como sanción, sólo procede cuando ésta no ha sido saneada y es, además alegada por quien tiene interés jurídico en proponerla.

La que se deriva de indebida representación de las partes, que es la que aquí se alega, sólo puede invocarla el litigante afectado y, como es esencialmente saneable, basta que éste concurra al proceso sin alegarla o que la convalide expresamente para que ella deje de tener aptitud como causal de casación.

Entonces, únicamente la parte ilegítimamente representada puede alegar este vicio en casación, siempre que no lo haya saneado o convalidado.

En fallo de 3 de diciembre de 1975 dijo la Corte "que la indebida representación de las partes en el proceso, como causal de nulidad, no puede ser invocada en casación sino por el litigante que estuvo indebidamente representado. Esta doctrina no sólo no ha perdido vigencia, sino que cobra mayor vigor ante los claros términos del artículo 155 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual la nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, sólo podrá alegarse por la persona afectada ..." (G. J., T. CLI, pág. 303).

A más de lo anterior, es preciso señalar que como de conformidad con el artículo 100 del C. de P. C., los hechos que configuran excepciones previas no pueden ser alegados posteriormente como causal de nulidad por la parte que estando facultada para ello no la propuso, salvo cuando se trate de nulidad insaneable, es del caso entender que por conducir la indebida representación de manera preferente a la invalidez de la actuación (art. 140 C. de P.C.), ésta no puede ser alegada en casación con apoyo en la causal 5ª, al no proponerse en su oportunidad como excepción previa por la parte demandada (art. 97 C. de P. C.).

Y en lo que tiene que ver con la naturaleza sustancial de las nulidades solicitas en los ataques que aquí se despachan en forma conjunta, es del caso advertir que como ella es de orden sustancial, estos reparos debieron formularlos los impugnantes por causal de casación diferente a la invocada, pero en manera alguna involucrarlos en un ataque por la causal quinta, como lo hicieron.

Los cargos no prosperan.

Cargo primero de la demanda de Cristina González Iregui.

Se señala en él a la sentencia de ser incongruente por cuanto propuestas como excepciones perentorias "la genérica" y la de "ausencia de derecho", el Tribunal dejó de pronunciarse expresamente sobre ellas y, además, en razón de que no declaró oficiosamente la nulidad absoluta del mandato judicial otorgado por la actora, a lo que estaba obligado, "de conformidad con el artículo 1742 del Código Civil ...".

Lo explica la recurrente diciendo que antes de entrar en vigor el Decreto 2282 de 1989, el artículo 65 del C. de P. C. ordenaba que "los poderes generales para toda clase de procesos y los especiales para varios procesos separados, sólo podían conferirse por escritura pública..."; que en el presente asunto pese a que el poder otorgado por la actora fue para más de un proceso judicial, no se cumplió con el requisito anterior, y por lo tanto así se imponía declararlo en la sentencia, conforme al texto del artículo 306 *ibidem*; y que, por lo demás, el artículo 304 *in fine* impone también al juzgador el deber de dar resolución expresa a las excepciones, con lo que tampoco se cumplió, resultando así el fallo inconsonante por *mínima petita*.

La falta de formalidad del poder, agrega, produce nulidad absoluta de conformidad con el artículo 1741 del C. C., que el juez estaba obligado a declarar según mandato del artículo 1742 *ibidem*.

SE CONSIDERA

A tono con lo que tenía previsto el artículo 305 del C. de P. C. para el momento en que fue proferida la sentencia que se combate, ésta debía estar "en consonancia con las pretensiones aducidas 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".

Cuando así no ocurría o cuando debiendo asumir el juez un determinado comportamiento oficioso no lo hacía, se presentaba el fenómeno de la incongruencia, dado que los aspectos anteriores demarcaban la competencia funcional del juzgador, que por tal motivo no podía desbordarla. Eso es, a grandes rasgos, lo que ocurre igualmente hoy bajo el imperio del Decreto 2282 de 1989, que introdujo muy pocas variantes a ese precepto.

Para entonces, como hoy, si el fallador tomaba partido por un determinado aspecto de derecho que no fue objeto de pretensión ni de excepción, su decisión era congruente sólo en la medida en que estuviera facultado para resolverlo así de manera oficiosa.

Aduce en este cargo el recurrente que el Tribunal debió decretar oficiosamente la nulidad absoluta del mandato judicial por haberse otorgado éste sin mediar la formalidad de la escritura pública, y que como no lo hizo así el sentenciador, el fallo es inconsonante por mínima petita, cuando la verdad es que semejante pronunciamiento no podía hacerlo el Tribunal, toda vez que, como se verá, él excedía la esfera de su competencia. En efecto, ha puntualizado claramente la Corte, al ocuparse de los alcances del artículo 2º de la Ley 50 de 1936, que el poder del juez para declarar de oficio una nulidad absoluta de carácter sustancial, ni es irrestricto ni ilimitado, sino que está condicionado a la concurrencia de estas circunstancias. a) que el vicio aparezca de manifiesto en el acto o contrato; b) que dicho acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos y obligaciones para las partes que lo celebraron; y c) que al proceso concurran, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de dicho acto o contrato o sus causahabientes. Analizados estos requisitos, se advierte al rompe que ni el contrato de mandato judicial fue invocado en este litigio

como fuente de derechos y obligaciones entre las partes que lo celebraron (poderdante y apoderado), ni este último es parte en el proceso, pues él sólo representa a su mandante, quien sí lo es pero solamente junto con el demandado, que también es persona diferente.

En tales circunstancias no se ve cómo hubiera podido el Tribunal pronunciarse oficiosamente en su sentencia sobre la nulidad absoluta del mandato judicial.

Adicionalmente, como la recurrente que propone el cargo, González Iregui, al contestar la demanda incoativa del proceso no propuso excepciones, puesto que las formuladas fueron presentadas por Lucrecia Prieto de González, aquélla no puede acudir a sindicar la sentencia del Tribunal de ser omisa respecto de excepciones que nunca propuso, lo cual se traduce en que el cargo, en este punto, tampoco es viable.

El cargo, consecuentemente, está llamado al fracaso.

2. Yerros *in judicando*

Cargo Primero de la demanda de Mariana González Iregui.

Por éste, acúsase la sentencia de infringir directamente los artículos 1°, 6° de la Ley 45 de 1936, 6° ordinales 4° y 6°, 10 de la Ley 75 de 1968, 397, 399, 404, 1010, 1011, 1012, 1013 del C. C., 1°, 2°, 3°, 4°, 9° de la Ley 29 de 1982, 1°, 5°, 6°, 22, 44 num. 4°, 50, 66 del Decreto 1260 de 1970, por aplicación indebida; 5°, 6° de la Ley 29 de 1982, 1282 y 1289 del C. C., por falta de aplicación.

Indica el recurrente al explicarlo que, para sustentar la afirmación de que el presupuesto procesal capacidad para ser parte no admite reparo alguno, el Tribunal sostuvo que "basta comprobar el parentesco entre el pretenso hijo extramatrimonial frente a las personas a quienes se les califica como herederos del causante, y ante quienes el demandante pretende adquirir situaciones originadas en dicho estado, sin que sea menester traer la prueba del fallecimiento de otras personas, quienes, en caso de vivir, serían llamadas, en primer término, a recoger la herencia, pues, como ya está dicho, en el evento de que sobrevivan, no los afecta el fallo"; que dicha tesis es equivocada porque supone que el único fin del proceso de investigación de la paternidad es el económico cuando por encima de él está el deseo de adquirir un status social; y que también está en contra de lo que contempla la ley positiva porque el artículo 7° de la Ley 45 de 1936 ordena que, muerto el presunto padre, la acción se adelanta contra sus herederos y cónyuge, y no contra sus parientes y su cónyuge como lo pretende el Tribunal. La calidad de heredero, prosigue, no proviene exclusivamente del parentesco sino que está integrada por la vocación hereditaria, y por la aceptación, de forma que "no basta, para demostrar la calidad de herederos de las demandadas Mariana y Cristina González Iregui *con probar el parentesco, como lo afirma el Tribunal*, si no que es indispensable establecer, de antemano, que ellas tienen vocación hereditaria actual y que han aceptado la herencia" (se destaca).

Sigue expresando el recurrente que para que los hermanos del causante puedan ser llamados a sucederle, es necesario que se demuestre previamente la muerte de los ascendientes, como lo dispone el artículo 6° de la Ley 29 de 1982, "de donde se concluye que, en este proceso, no se podría demandar a las menores Mariana y Cristina González

Iregui... sin demostrar antes que sus abuelos eran finados y sin que ellas hubieran sido requeridas, a fin de que declaren si aceptan o repudiaban la herencia de su tío, conforme lo dispuesto en los artículos 1282 y 1089 del Código Civil".

Advierte finalmente que "al abstenerse de aplicar las disposiciones referidas y reducir la demostración de la calidad de herederos de las demandadas Mariana y Cristina González Iregui a la mera comprobación de su parentesco con el causante, el Tribunal dio por supuesta la capacidad de los menores para ser partes en el proceso. Con lo cual violó directamente por indebida aplicación, las normas jurídicas señaladas en el enunciado del cargo".

SE CONSIDERA

Ha insistido la Corte en que en los ataques por violación directa de la ley sustancial, el recurrente no puede apartarse en lo mínimo de las consideraciones que en el campo fáctico ha llegado el Tribunal, sino que, por el contrario, aceptando aquéllas, debe ocuparse en demostrar por qué se produjo la violación. Así lo explicó la Sala en sentencia de 20 de marzo de 1973, al precisar que "la violación directa de la ley sustancial implica, pues, por contraposición a lo que a su vez constituye el fundamento esencial de la violación indirecta, que por el sentenciador no se haya incurrido en yerro alguno de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas; que, por consiguiente, no exista reparo que oponer contra los resultados que en el campo de la cuestión fáctica hubiere encontrado el fallador, como consecuencia del examen de la prueba... colorario obligado de lo anterior es el de que, en la demostración de un cargo por violación directa, el recurrente no puede separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el Tribunal. En tal evento, la actividad, del impugnador tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales sustanciales que consideró no aplicados, o aplicados indebidamente, o erróneamente interpretados; pero, en todo caso, con absoluta prescindencia de cualquier consideración que implique discrepancia con el juicio que el sentenciador haya hecho en relación con las pruebas". (G. J., T. CXLVI, pág. 50).

El recurrente se aparta de las conclusiones fácticas del Tribunal al afirmar que "en este proceso no se podía demandar a las menores Mariana y Cristina González Iregui ...sin demostrar antes que sus abuelos eran finados y sin que ellas hubieran sido requeridas, a fin de que declaren si aceptaron o repudiaban la herencia de su tío...", toda vez que dicho sentenciador advirtió claramente que la oposición ejercida a lo largo de la actuación por la cónyuge sobreviviente y las sobrinas del causante González Matallana, evidencian la aceptación de los bienes del de cujus. En esta forma es indudable que la actividad dialéctica del recurrente no se ciñó exclusivamente, como le correspondía, al análisis de los textos legales sustanciales que consideró infringidos, sino que se apartó de las conclusiones probatorias sacadas por el Tribunal, lo cual es suficiente para que el cargo no prospere.

Cargo Segundo de la demanda de Mariana González Iregui

Por éste se señala la sentencia de violar *indirectamente* los artículos 1°, 6° de la Ley 45 de 1936, 6° ordinales 4° y 6°, 9°, 10 de la Ley 75 de 1968, 397, 399, 404, 1010, 1011,

1012, 1013, 2142 del C. C., 1°, 5°, 6° y 66 del Decreto 1260 de 1970, por aplicación indebida; 63, 65 del C. de P. C., 1740, 1741 y 1760 del C. C., *por falta de aplicación*, con motivo de error de facto cometido por el Tribunal al dar por demostrado un hecho sin que exista prueba alguna de él.

Lo hace consistir el recurrente en que el Tribunal dio por demostrado, sin estarlo, la existencia del mandato judicial otorgado por la actora, cuando la verdad es que por haberse otorgado él para tres procesos separados y sin el requisito de la escritura pública, carece de valor probatorio el escrito que lo contiene y el mandato allí desarrollado jamás tuvo existencia legal.

Advierte de este modo, que a pesar de las motivaciones de la sentencia, en el proceso brilla por su ausencia el presupuesto procesal de que trata el artículo 63 del C. de P. C., lo cual imposibilita a la actora el ejercicio de la acción incoada y le imponía al juez la inadmisión de la demanda y en su defecto declararse inhibido para resolver de mérito.

Dice por último que el error en que incurrió el Tribunal al dar por demostrada la existencia del poder inexistente, lo llevó a pasar por alto la carencia del aludido presupuesto procesal, y al hacerlo violó indirectamente las normas jurídicas indicadas en el inicio del cargo.

Cargo quinto de la demanda de Cristina González Iregui.

Por su conducto se tilda a la sentencia de infringir indirectamente los artículos 1°, 6° de la Ley 45 de 1936, 6°, 9°, 10, 30 de la Ley 75 de 1968, 399, 402, 404, 1040, 1045, del C. C. "los últimos subrogados por artículos 2° y 4°, respectivamente, de la Ley 29 de 1982" 1°, 3°, 9° de la Ley 29 de 1982, 1°, 5°, 6°, 22, 44, 60, 66 del Decreto 1260 de 1970, por aplicación indebida; 6°, 16, 1740, 1741, 1742, 1746, 1753, 1760, del C. C. y 63 y 65 del C. de P. C. por falta de aplicación a consecuencia de error de hecho en la apreciación del poder.

En procura de demostrarlo hace ver el recurrente que cuando el Tribunal dijo que "el mandato conferido para promover la acción de filiación natural y la petición de herencia, por ser pretensiones acumulables, no resulta necesario otorgarlo por separado", recortó el alcance del poder como prueba documental, pues él se hizo extensivo también para promover un proceso de sucesión, error éste que lo llevó a considerar a la actora debidamente representada en el proceso, dictando fallo de mérito.

Expresa más adelante que el artículo 65 del C. de P. C. estatuye la formalidad de la escritura pública para cuando el poder se refiere a varios procesos separados, como ocurrió en este litigio, y que por tanto la falta de ese requisito generó nulidad absoluta del poder, que ha debido conducir a un fallo inhibitorio "por carencia de legitimidad adjetiva del actor".

Solicita a la Corte casar la sentencia para, en su reemplazo, proferir fallo inhibitorio.

Cargo sexto de la demanda de Cristina González Iregui

Le enrostra a la sentencia quebranto indirecto de los artículos 1°, 6°, de la Ley 45 de 1936, 6°, 9°, 10, 30 de la Ley 75 de 1989, 402, 404, 1040, 1045 del C. C. "los últimos

subrogados por los artículos 2° y 4° respectivamente, de la Ley 29 de 1982, 1°, 5°, 6°, 22, 44, 60, 66 del Decreto 1260 de 1970, por aplicación indebida; 63 y 65 del C. de P. C., por falta de aplicación, como resultado de error de derecho en la valoración probatoria del poder otorgado por la actora.

Puntualiza el casacionista para darle cuerpo que el Tribunal dio valor probatorio al "memorial poder" y halló así acreditada la personería adjetiva de la actora, cuando ésta no era válida en vista de que, estando referido a varios procesos separados debió ser otorgado por escritura pública, omisión que impedía la expedición del fallo de fondo que dictó el Tribunal, al dar mérito al poder y crédito a la personería adjetiva de la demandante.

Concluye que si el sentenciador hubiera valorado el memorial poder en su justa dimensión, habría encontrado no probada la legitimación adjetiva de la actora, que a su turno lo hubiera conducido a pronunciar una sentencia inhibitoria. Pide se case la sentencia recurrida para que se dicte la que corresponde.

Cargo séptimo de la demanda de Cristina González Ireguí.

A través de éste se dice que la sentencia quebrantó indirectamente las mismas disposiciones, por los mismos conceptos, que se indican en el cargo quinto, a consecuencia de error de derecho en la valoración probatoria del poder otorgado por la demandante.

Precisa el recurrente que el Tribunal dio valor probatorio al memorial poder sin que éste se hubiera otorgado por escritura pública, como correspondía, por estar referido a más de un proceso, tal como lo indica el artículo 65 del C. de P. C.; que la ausencia de dicha formalidad genera nulidad absoluta que impedía el pronunciamiento del fallo de fondo; que, contra la evidencia, el sentenciador dio valor al poder y tuvo por acreditada la personería adjetiva de la actora, desechando este argumento que le planteó en instancia la parte demandada al afirmar que "como este hecho sólo puede ser alegado por la parte indebidamente representada, no hay lugar a considerarlo".

Finaliza su ataque el impugnante expresando que si el fallador hubiera valorado el "memorial poder" en su justa medida, habría concluido que no está probada la legitimación adjetiva de la demandante y hubiera proferido un fallo inhibitorio, que es el que pide a la Corte pronunciar, una vez revoque el del *ad quem*.

Cargo segundo de la demanda de Lucrecia Prieto de González

En él se combate la sentencia por quebrantar indirectamente, por falta de aplicación, los artículos 1495, 1500, 1740, 1741, 1742 subrogado por el artículo 2° de la Ley 50 de 1936, 1760 del C. C., y por aplicación indebida de los términos 44, 63, 65, 75, 77, 152, 154, 155, 156, 157, 187, del C. de P. C., 1°, 6°, 12 de la Ley 45 de 1936, 6°, 9°, 10 de la Ley 75 de 1968, 397, 399, 404, 1040, 1045, 2142 del C. C., 4° de la Ley 29 de 1982, 1°, 5°, 6°, 22, 44, 60, 66 del Decreto 1260 de 1970, a consecuencia de error de hecho cometido por el Tribunal al apreciar el poder otorgado por la demandante.

Lo desarrolla el impugnante aseverando que la demandante confirió poder para "tres acciones diferentes", que por tanto ese poder era necesario otorgarlo por escritura pública de conformidad con el artículo 65 del C. de P. C.; que, no obstante, el Tribunal

cometió el error de hecho de concluir que ese poder se refería sólo a las pretensiones de filiación y petición de herencia, es decir no consideró, inexplicablemente, el proceso de sucesión, allí también mencionado. Solicita que la Corte case el fallo recurrido y, como Tribunal de instancia, "dicte sentencia inhibitoria por no haberse integrado en debida forma la relación jurídico-procesal".

SE CONSIDERA

La carencia de poder, si es que se configura realmente, constituye ante todo una causal de nulidad procesal (art. 140 num. 7° C. de P. C.), cuyas consecuencias deben buscarse en las normas de este linaje que regulan la materia. Por ende, según lo que ya se vio al despacharse los cargos por nulidad, saneado como fue este vicio por la ratificación del poder hecha por la demandante (fl. 133, cdno. 4), el Tribunal no cometió error de hecho alguno cuando, con fundamento en las pruebas de la actuación, decidió de mérito en la forma como lo hizo.

Los cargos no son, por consiguiente, de recibo.

3. Otros yerros *in judicando*

Cargo tercero de la demanda de Cristina González Iregui

Acusa la sentencia de vulnerar directamente los artículos 7° de la Ley 45 de 1936, modificado por el 10 de la Ley 75 de 1968, 402 y 404 del C. C., por errónea interpretación.

Por inadecuada interpretación de esos preceptos, dice el recurrente, el Tribunal tuvo por legítimo contradictor "a los parientes del causante y no a sus herederos", al conceptuar que una vez muerto el presunto padre, el fallo que se dicta en el proceso de investigación de la paternidad no tiene efectos *erga omnes* sino relativos, "por cuanto sólo aprovecha o perjudica a quienes fueron citados al litigio ...", y por cuanto en su decisión dijo además que "siendo lo precedente absolutamente claro, es por lo que basta comprobar el parentesco entre el presunto hijo extramatrimonial frente a las personas a quienes se califica como herederos del causante, y ante quienes el demandante pretende adquirir situaciones originadas en dicho estado, sin que sea menester traer la prueba del fallecimiento de otras personas, quienes, en el caso de vivir, serían llamadas en primer término a recoger la herencia, pues como ya está dicho, en el evento en que sobrevivan, no los afecta el fallo"; que, prosigue el impugnante, a diferencia de lo dispuesto por las normas en mención, el sentenciador considera que la acción "no hay que incoarla contra los herederos sino contra parientes", cuando no todo pariente es heredero, fuera de que le hace decir a dichas disposiciones, al interpretarlas, algo que no expresan, a saber: que la legitimación pasiva reside en los parientes y no, como lo dice la ley, en los herederos.

La consecuencia de esa indebida interpretación, concluye, es que el sentenciador dictó sentencia de fondo creyendo cumplido el requisito del artículo 402 del C. C., cuando de haber interpretado bien, hubiese dictado fallo inhibitorio por ilegitimación en causa pasiva, porque la litis se instauró "contra quienes eran parientes mas no herederos y que, ordenando la ley hacerlo contra los herederos que no contra los parientes, lo pertinente no era entrar a fallar el fondo de la cuestión ... sino dictar fallo inhibitorio". Así pide a la Corte haga esa declaración, al casar la sentencia recurrida.

Cargo cuarto de la demanda de Cristina González Iregui

Acusa la sentencia de violar directamente los artículos 7° de la Ley 45 de 1936, modificado por el 10 de la Ley 75 de 1968, 402 y 404 del C. C., por interpretación errónea; 401, 1046, 1047, "estos últimos subrogados por los artículos 5° y 6° de la Ley 29 de 1982", por falta de aplicación; 1° 6° de la Ley 45 de 1936, 6° y 9° de la Ley 75 de 1968, 399, 1040 y 1045 del C. C., los últimos subrogados por los artículos 2° y 4°, respectivamente, de la Ley 29 de 1982", 1°, 3°, 9° de la Ley 29 de 1982, 1°, 5°, 6°, 22, 44, 66 del Decreto 1260 de 1970, y 30 de la Ley 75 de 1968, por aplicación indebida.

Hace consistir este yerro el impugnante en que, para definir el Tribunal quién es el titular de la acción y quién su contradictor, hace aplicación del artículo 402 del C. C., interpretándolo mal, por cuanto "tuvo por legítimo contradictor a los parientes del causante y no a sus herederos", hermenéutica a la que también llegó debido al mal entendimiento que dio a los artículos 10 de la Ley 75 de 1968 y 404 del C. C.

Ese entendimiento equivocado, dice a continuación, le permitió concluir al Tribunal que "basta comprobar el parentesco entre el pretenso hijo extramatrimonial frente a las personas a quienes se califica como herederos del causante, ante quienes el demandante pretende adquirir situaciones originadas en dicho estado, sin que sea menester traer la prueba del fallecimiento de otras personas, quienes en caso de vivir, serían llamadas en primer término a recoger la herencia, pues como ya está dicho, en el evento que sobrevivan no los afecta el fallo"; y es de esa conclusión, prosigue el censor, de donde aquél colige que "probar el parentesco de las sobrinas es suficiente para legitimarlas en causa ... sin probar la condición real de herederos, es decir: la delación de la herencia y su aceptación", y de donde deduce el Tribunal que, por tal razón, no era necesario aportar prueba de que los padres de éstas hubieran fallecido

Continúa señalando el recurrente que las normas legales mencionadas están mal interpretadas en cuanto el Tribunal considera que: a) la acción no hay que incoarla contra herederos sino contra parientes; b) el fallo de filiación, produce efectos relativos cuando el artículo 401 del C. C. se los otorga *erga omnes*, y c) confunde el parentesco con la calidad de heredero, siendo que no todo pariente es heredero.

Advierte luego que los efectos de la sentencia que no son oponibles a quienes no fueron parte en el proceso, son los patrimoniales, mas no los de la condición de hijo que sí les son oponibles; y que la consecuencia fundamental de la indebida interpretación se refleja en que el Tribunal pronunció sentencia de fondo, creyendo cumplido el requisito del artículo 402, cuando si hubiese interpretado bien esta norma, habría dictado fallo inhibitorio. La calidad de heredero, acota, es un título, mientras que el parentesco es una relación nacida de la consanguinidad, de la adopción o de la afinidad; la primera se deriva de la delación de la herencia y de su aceptación, tal como lo predica la jurisprudencia y la doctrina, no como lo entendió el Tribunal al confundir ésta con la relación de parentesco, de la que dedujo la legitimidad para contradecir, cuando una cabal hermenéutica del artículo 10 de la Ley 75 de 1968 y del artículo 404 del C. C., le hubiere hecho ver a dicho sentenciador que los legítimos contradictores eran los herederos.

Pide, en consecuencia, se case la sentencia y, en su sustitución, se dicte fallo inhibitorio.

SE CONSIDERA

Para concluir en la forma como lo hizo el Tribunal, es decir, para entender que las sobrinas del causante Mariana y Cristina González Iregui estaban legitimadas en causa pasiva, se apoyó en dos supuestos fundamentales, a saber: a) que se acreditó por parte de la actora el parentesco existente con sus demandados; y b) que la oposición ejercida por éstas a lo largo del proceso era clara muestra de la aceptación de la herencia por parte de las mismas.

De esos dos pilares en que se basó el Tribunal, la recurrente Cristina González Iregui sólo atacó el primero de los dos cargos precedentes, guardando silencio respecto del segundo, sobre el que, como se dijo, también fundó el Tribunal su conclusión en el sentido de que las sobrinas demandadas estaban facultadas para contradecir. Siendo así, aunque el ataque en el punto comentado fuera próspero, la Corte no podría modificar la decisión del Juzgador, como quiera que el soporte jurídico no combatido seguiría prestándole apoyo para mantenerse.

En relación con esta deficiencia de orden técnico *ha dicho la vieja data la jurisprudencia de esta Corporación que, "aunque el recurrente acuse la sentencia por violación de varias disposiciones civiles, la Corte no tiene necesidad de entrar en el estudio de los motivos alegados para sustentar esa violación, si la sentencia trae como base principal de ella una apreciación que no ha sido atacada en casación, ni por violación de la ley, ni por error de hecho o de derecho y esa apreciación es más que suficiente para sustentar el fallo acusado" (G. J., T. LXXI, pág. 740; LXXIII, pág. 45; T. LXXV, pág. 52)*

Síguese que el ataque formulado en estos cargos es vano.

Cargo tercero de la demanda de Mariana González Iregui

Acúsese en él que la sentencia quebranta indirectamente por aplicación indebida, los artículos 1°, 6° de la Ley 45 de 1936, 6° numerales 4° y 6°, 9°, 10 de la Ley 75 de 1968, 397, 299, 404, 1011, 1012, 1013, del C. C., 1°, 2°, 3°, 4° de la Ley 29 de 1982, 1°, 5°, 6°, 22, 44 numeral 4°, 60 y 66 del Decreto 1260 de 1970, a consecuencia de errores evidentes de hecho en que incurrió el Tribunal al apreciar la prueba testimonial.

Esos yerros los concreta el casacionista en que: a) le dio pleno valor probatorio a los testimonios de Luis Moreno Galvis, Luis Jorge Pulido Rodríguez, Alfonso Correa Matallana, Luis Moreno Garzón y Luis Carlos Forero Henríquez, no obstante ser evidente que sus declaraciones fueron inducidas mediante preguntas insinuantes contenidas en los cuestionarios absueltos como pruebas anticipadas, rendida sin audiencias de la contraparte y así allegadas; b) a falta de otra prueba que estableciera el trato personal y social que hubo entre el presunto padre y la madre de la demandante para la época en que debió tener lugar la concepción de ésta, aceptó como prueba del trato carnal entre aquéllos los testimonios de Ulpiano Días Fernández, Luis Jorge Pulido Rodríguez y Héctor Domingo Campo, no percatándose que en ellos no se narra un mismo acontecimiento, "sino que se presentan tres fabulaciones diferentes y contradictorias entre sí"; c) sin que lo demuestren las declaraciones de los testigos, dio por probada la posesión notoria del estado de hija de la demandante; y d) sin respaldo en prueba alguna,

supuso que dicha posesión notoria se prolongó por el término requerido en la ley cuando lo que aparece acreditado es que "jamás pudo cumplirse dicho término".

Expresa más adelante el recurrente que, llamado a declarar en el proceso, Luis Carlos Forero Henríquez dio una versión que en el tiempo no corresponde a la rendida extrajuicio, que llevó al apoderado de la parte actora a interrogarlo sobre el particular. Este episodio lo ve deducirse el censor del hecho de que en la declaración extraproceso se hubiera sometido a los testigos a un interrogatorio insuficiente, contenido en un cuestionario común para todos, y por eso, dice, no se le pude otorgar a esas versiones valor probatorio alguno.

Relativo al trato personal y social que pudo darse entre María del Carmen y José Félix Bernardo, anota seguidamente que el declarante Luis Jorge Pulido Rodríguez no enseña prácticamente nada; que Ulpiano Díaz Fernández sólo refiere la amistad de pareja que entre ellos existió a partir de 1945 en adelante, consistente en que la mujer le enviaba saludos al varón y éste iba al café a tomar tinto y ahí se estaba conversando con ella, de lo cual se ve a las claras "que lo narrado por el testigo es una fábula"; y que Luis Carlos Forero Henríquez habla de unos amores que existieron entre el presunto padre y madre de la demandante, caracterizados porque se abrazaban en la plaza de Tenjo delante de todo el mundo, actos que dice el recurrente eran inconcebibles para aquella época.

Critica seguidamente las exposiciones de los testigos Ulpiano Díaz Fernández y Luis Jorge Pulido Rodríguez, sobre las que el Tribunal dio probada la relación carnal de la pareja, anotando que son versiones fantásticas que discrepan en las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Para el primero, prosigue, el acto carnal tuvo lugar en despoblado, mientras que para el segundo este ocurrió en la casa de los padres de María del Carmen.

Del estado de posesión notoria de hija que encontró acreditado el fallo, el censor expresa que en la actuación no hay sino vaguedades, rumores que circulan en el ambiente de un pueblo pequeño, pero que en realidad no se probó el tratamiento de hija dado por José Félix Bernardo a Cecilia, y menos que éste se hubiera prolongado por cinco años.

Cargo tercero de la demanda de Lucrecia Prieto de González

En esta acusación se sindica a la sentencia de transgredir los artículos 174, 229, 298 del C. de P. C. 1°, 6° de la Ley 45 de 1936, 6°, 9° y 10 de la Ley 75 de 1968, 397, 399, 1040, 1045 del C. C., 2°, 4° de la Ley 29 de 1982, 1°, 5°, 6°, 22, 44, 60 y 66 del Decreto 1260 de 1970, a consecuencia de errores de hecho y de derecho cometidos por el Tribunal al apreciar las pruebas.

El primero de esos yerros lo hace consistir el recurrente en la defectuosa apreciación hecha por el Tribunal de los testimonios de María Nohora Gutiérrez de Malagón, Héctor Domingo Díaz, Isabel Murillo de Luque, Constantino Méndez, Luis Moreno Garzón, José Francisco Gutiérrez, Ulpiano Díaz, Jorge Luis Pulido Rodríguez y Luis Carlos Forero Henríquez, de los cuales dedujo que estaban acreditados hechos que constituyen la posesión notoria del estado de hija de la demandante, lo mismo que las relaciones carnales entre sus padres, apreciación errónea en la que incurrió ayudado por no tener en cuenta las declaraciones de Helena Durana de Lombana y de Clara Inés Matallana Correa; y el error de derecho, en hacer actuar como pruebas los testimonios extraprocesales

de Luis Jorge Pulido Rodríguez, Alfonso Correa Matallana, Luis Moreno Garzón y Luis Carlos Forero Henríquez, que no podía valorar.

Luego de transcribir algunas providencias que fijan el criterio doctrinal de la Corte en relación con la posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial, el casacionista entra a examinar el dicho de los testigos a efecto de verificar si la declaración de paternidad por esa causal es procedente, y a ese respecto, una vez hecho el examen crítico de los testimonios de Isabel Murillo de Luque, Constantino Méndez, María Nohora Gutiérrez de Malagón, José Francisco Gutiérrez y Luis Moreno Garzón, deduce que éstas declaraciones "no pueden servir de fundamento para concluir que Bernardo González Matallana atendió al sostenimiento, educación o establecimiento de Lucila María Villamarín", ni para acreditar que ésta tuviera de ser hija del causante en el Municipio de Tenjo.

Ocupado de la causal de relaciones sexuales que halló probada el sentenciador, manifiesta que éste no "analizó con suficiente ponderación, ni el trato personal y social de la mentada pareja, ni mucho menos la naturaleza de su relación, su duración y su intimidad". Bajo este ángulo de mira estudió luego los testimonios de Ulpiano Díaz Fernández, Luis Carlos Forero Henríquez, Luis Jorge Pulido Rodríguez, para concluir que de ellos no se puede colegir cuál fue la naturaleza de la relación entre el presunto padre y la madre de la actora.

A continuación manifiesta el recurrente que las declaraciones de Luis Jorge Pulido Rodríguez, Luis Moreno Garzón y Luis Carlos Forero Henríquez no pueden ser consideradas porque fueron recepcionadas en el Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotá a instancia de persona diferente a la aquí demandante, sin que en su práctica se observara lo exigido por el artículo 298 del C. de P. C. que a ser tenidas en cuenta estas pruebas por el Tribunal no se dio aplicación al artículo 174 del C. de P. C.; que también se violó la citada norma porque el auto que decretó pruebas ordenó la ratificación de los testimonios recibidos ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Tenjo, pero omitió las rendidas ante el Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotá (fl. 1, cdno. 1); y que si por cualquier circunstancias se diera valor a los mencionados testimonios, todos ellos fueron producto de preguntas insinuantes. Pero, aduce además, que si dichos testimonios no respondieran a interrogatorio expúreo, estuvieran solicitados por la propia demandante o su apoderado y hubiesen sido decretados como pruebas, que no lo fueron, "la sentencia se queda sin piso porque tras los mencionados e inanes testimonios, es nada lo que queda".

Finalmente, una vez confronta los testimonios de Ulpiano Díaz con el de Nohora Gutiérrez de Malagón, el casacionista reitera que la prueba no amerita el fallo pronunciado por el Tribunal. Pide de esta suerte se case la sentencia y se absuelva a la parte demandada de todas las pretensiones de la actora.

SE CONSIDERA

Los cargos que para su despacho aquí se acumulan, son también defectuosos, el primero de ellos porque habiendo sido formulado por error de hecho lo desarrolla parcialmente el casacionista como error de derecho, haciendo de estos dos yerros un compuesto, que como lo ha dicho reiteradamente la Corte, resulta inaceptable. En

efecto, manifiesta el censor que los errores de hecho evidentes en que incurrió el Tribunal al apreciar la prueba consistieron en "... a) haberle dado pleno valor probatorio a las declaraciones de Luis Moreno Galvis, Luis Jorge Pulido Rodríguez, Alfonso Correa Matallana, Luis Moreno Garzón y Luis Carlos Forero Henríquez, no obstante el hecho evidente en el proceso de que tales testimonios fueron francamente inducidos, mediante las preguntas claramente insinuantes formuladas en los cuestionarios presentados a los juzgados respectivos, para pedir las declaraciones anticipadas, sin audiencia de la contraparte, que se allegaron a los autos ...", y sin el lleno de los requisitos contenido en los artículos "298 y 299 del Código de Procedimiento Civil". Desde luego este fundamento en nada tiene que ver con el defecto de contemplación objetiva de la prueba denunciada, sino que caracteriza el yerro *facti in judicando*. "Ocurre el error de hecho -ha expresado la jurisprudencia de la Corte- cuando el fallador cree equivocadamente en la existencia o inexistencia del medio de prueba en el proceso, o cuando al existente le da una interpretación ostensiblemente contraria a su contenido: se presenta el error de derecho, en cambio cuando el juez interpreta erradamente las normas legales que regulan la producción o la eficacia de la prueba, o su evaluación, es decir, cuando el juez interpreta dichos preceptos en forma distinta al verdadero alcance de ellos ...". (Cas. Civ. 8 de junio de 1978).

La acusación contenida en el cargo segundo, padece a su turno la deficiencia de ser incompleta, ya que la censura de las pruebas fue parcial, al marginarse del ataque a los testimonios de Héctor Domingo Díaz y Alfonso Correa Matallana, pruebas en las que también se apoyó la decisión del Tribunal, y por cuya razón la Corte estaría relevada de entrar en el estudio de la impugnación, pues *"si, como reiteradamente lo tiene dicho la jurisprudencia, la acusación de un fallo por error de hecho manifiesto o error de derecho en la estimación de pruebas no puede prosperar cuando se refiere a una o algunas, si las demás constituyen un soporte suficiente de la decisión, debe seguirse que el cargo no puede prosperar por no ajustarse a la técnica de la casación. No es procedimiento correcto en este recurso extraordinario el ataque aislado de los medios de prueba, porque aún en el evento de hacerlo victoriosamente subsistirán las razones que en torno a los demás expuso el sentenciador, y que por ser suficientes para fundar la decisión impugnada hacen inevitablemente imprósperala acusación". (Cas. abril 11 de 1971, G. J., T. CXLII, pág. 140).*

Pero aún prescindiendo de las anteriores deficiencias técnicas, suficientes de por sí para desechar estos dos cargos, la Corporación no podría entrar a resolverlos de manera favorable a los recurrentes, al ocuparse del fondo de los mismos, por las razones que a continuación se exponen:

a) Muy a pesar de que en el decreto de pruebas que ordenó la ratificación de las declaraciones rendidas extraproceso por Luis Jorge Pulido, Alfonso Correa Matallana, Luis Moreno Garzón y Luis Carlos Forero (fl. 1, cdno. 2), el *a quo* indicó en forma equivocada que éstas fueron recepcionadas en el Juzgado Promiscuo Municipal de Tenjo, sin ser ello cierto por cuanto en realidad se llevaron a cabo fue en el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá, este yerro del Juzgado de primera instancia no impide desde luego que estas pruebas puedan valorarse, porque, en primer lugar, al haber tenido ellas su acontecer solamente en el segundo de esos despachos judiciales, no en el anterior como lo dijo el *a quo*, se hace imperioso entender que, pese al yerro cometido al momento

de ordenarse su ratificación, ésta estuvo necesariamente referida a las pruebas que tomaron curso en el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá, de lo que no puede inferirse otra cosa que no sea la de que dicha ratificación sí fue objeto de ordenación probatoria en este proceso. Además, como esa ratificación tuvo cumplido efecto en el proceso, con ella se dio cabal aplicación a los principios de publicidad y contradicción de la prueba y, por ende, se garantizó plenamente el derecho de defensa de la contraparte. Intranscendente es, pues, que en el proveído *in memoriam* la ratificación testimonial se hubiera ordenado como si esos testimonios hubiesen sido rendidos en el Juzgado Promiscuo Municipal de Tenjo, ya que al tenerse la certeza, por fuerza de las circunstancias, de que ese pronunciamiento del *a quo* se refiere indefectiblemente a las pruebas que se practicaron anticipadamente en el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá, esa irregularidad no acarrea, ni puede acarrear, defecto de la prueba misma, ni de su asunción al proceso. Precisamente por eso, esas pruebas podían ser apreciadas en el litigio tanto en forma material como jurídica, tal como aconteció, y por la misma razón ni el *a quo* ni el *ad quem* cometieron yerro de derecho al atribuirles valor legal.

Y si bien es cierto que esas mismas declaraciones extraproceso no fueron solicitadas directamente por la parte demandante, nada obsta para que, al haber sido ratificadas, en la actuación hubieran sido apreciadas por el *ad quem*, pues se solicitaron por el apoderado judicial de aquella, quien según los términos del artículo 70 del C. de P. C. estaba facultado para adelantar los "actos preparatorios del proceso", entre los cuales queda indiscutiblemente comprendida la solicitud de estas pruebas. Algo más, la práctica de dichos testimonios extraproceso no violó en manera alguna el mandato contenido en el artículo 298 del C. de P. C., sino que se acomodó preferentemente a lo estatuido por el artículo 299 *ejusdem*, que para entonces permitía "la recepción de testimonios fuera de audiencia, para fines procesales o extraprocesales", los cuales tenían el alcance de prueba sumaria y podían ser ratificados y controvertidos dentro del proceso;

b) Es tolerable que las declaraciones de Luis Jorge Pulido Rodríguez, Alfonso Correa Matallana, Luis Moreno Garzón y Luis Carlos Forero Henríquez, hubieran obedecido a cierto margen de inducción, pues el tiempo transcurrido desde cuando sucedieron los hechos lo mismo que el grado de instrucción de estos testigos, amerita la determinación de apreciarlos tomada por el sentenciador. Sobre este particular ya había sido advertido por la doctrina de la Corte, que "... *ciertamente, como acaba de verse, entre las directrices legales consagradas respecto de la recepción de la prueba testimonial, se encuentra la de que el juez le ordenará al testigo que haga un relato de los hechos objeto de la declaración y dé que las preguntas no deben ser sugestivas o insinuantes, ni las respuestas deben ser de cartabón. Y si bien es principio normativo el de que el juzgador deberá poner empeño en que la prueba se reciba con sujeción a todas las exigencias legales, en igual forma a las partes, en razón de principios como los de publicidad y contradicción, les corresponde vigilar igualmente la prueba, tanto en el cumplimiento de las formalidades previas (art. 227 C. de P. C.), como las exigencias que se deben cumplir en su recepción... Lo ideal es que la prueba testimonial se reciba con sujeción estricta a los lineamientos legales enunciados. Sin embargo, no puede haber en esto un desmedido rigor puesto que es común que los declarantes, por su escasa cultura, su poca locuacidad, su misma discreción, mesura o prudencia, sus*

limitantes sicológicas, el tiempo transcurrido entre la ocurrencia de los hechos y el momento en que declara, tenga que ser inquirido sobre el conocimiento de los hechos, en lugar de que éste inicialmente haga un relato de los mismos. Por estas mismas circunstancias, se debe tolerar cierto margen sugestivo o insinuante en el interrogatorio, como hoy lo acepta la doctrina, máxime cuando es verbal, que como norma general no es calculado ni viene hábilmente dirigido. En este mismo orden de ideas y como se presentan declarantes que no son expresivos, o porque su impreparación los limita, o porque sólo les consta lo que contiene la pregunta, sus respuestas son igualmente cortas pero no del todo inexpresivas... De suerte que si el juez no dispuso que el testigo hiciera un relato de los hechos objeto de su declaración, pero por otra parte en el interrogatorio y contrainterrogatorio que le formulan las partes ha expuesto los hechos por él conocidos, atinentes al litigio con precisión y claridad, aquella omisión no puede conducir a restarle eficacia probatoria a tal prueba. Como tampoco cuando dentro de un aceptable margen de tolerancia se formulan preguntas sugestivas al declarante, o éste responde en pocas palabras lo que le consta pero de manera clara y concreta" (Sent. 23 de enero de 1981);

c) La posesión notoria del estado de hijo natural consiste, según afirma el artículo 6° de la Ley 45 de 1936, "en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación, establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento". Para poder ser declarada judicialmente esta posesión debe probarse por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de modo irrefragable (art. 399 del C. C.), y haber durado cinco años continuos por lo menos (art. 9° Ley 75 de 1968); debiéndose aclarar, como también lo ha expuesto la doctrina de la Corte, que por "Testimonio" es pertinente entender no sólo la declaración de testigos, sino todo medio de prueba capáz de dar fe de los hechos constitutivos del estado civil (G. J., Ts. XCII, 962; CXXXIV, 03). *A tres se reducen, pues, los elementos configurativos de este estado, a saber: Trato, fama y tiempo.*

El primero de ellos tiene que ver directamente con la actitud del padre o de la madre frente al hijo, valorada desde luego a la luz de una cualquiera de las siguientes conductas: Proveer o haber provisto a su subsistencia, educación establecimiento. De consiguiente, "cualesquiera otras manifestaciones distintas, indicativas como admisibles de vinculaciones familiares entre tales sujetos, pueden servir para comprobar el tratamiento jurídico contemplado por la ley para el efecto expresado, pero jamás lo suplen ..." (G. J., T. LXXVIII, pág. 500).

Dimana de lo anterior que, para establecer el trato, no es suficiente que el progenitor y el hijo se den mutuamente el calificativo de tal, como quiera que esta circunstancia no está prevista en el artículo 6° de la Ley 45 de 1936 entre los hechos posesorios de este estado por él determinados. Con todo, como la presentación que se haga en forma reiterada del hijo natural a deudos y amigos es sin duda la aceptación pública de la existencia del vínculo paterno-filial, apenas resulta acertado concluir que, aun cuando esta forma de confesar el hecho carezca del poder autónomo para generar legalmente el reconocimiento, la prueba demostrativa de este episodio sí "Fortifica la convicción que se deriva de que también proveyó a su subsistencia,

educación y establecimiento en los términos del artículo 6° de la Ley 45 de 1936" (G. J., T. CVI, pág. 140).

Entonces, las manifestaciones públicas de reconocimiento hechas al hijo natural o las presentaciones que en esa calidad haga de él su presunto padre o madre, cumplen al menos la función de prueba complementaria del trato, en los eventos en que se hallan debidamente acreditadas. Por eso aun cuando esta Corporación ha reiterado, con base en el artículo 6° de la Ley 75 de 1968, que atender los gastos de subsistencia, educación y establecimiento es comportamiento insustituible para demostrar el trato, ella tampoco le resta valor como prueba corroborante de la paternidad, por la causa de posesión notoria, a hechos "como la presentación del hijo como tal, las declaraciones del mismo padre al respecto, y hasta hechos tangentes de otras causales, que sin ser suficientes para fundar por sí solos la declaración de filiación natural, indirectamente coadyuvan a la formación del convencimiento acerca de la posesión notoria, como lo serían las relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre coetáneas al nacimiento del hijo pero sin que se pueda decir con certeza que tales relaciones existieron o no en la época precisa en que legalmente se presume la concepción" (Cas. de 1° de agosto de 1969, Tomo CXXXI, págs. 113 y 114).

La fama, es, por su parte, la conciencia que, en torno a la existencia de la relación familiar, despierta en los deudos, amigos y el vecindario en general el hecho de que el pretenso padre o madre haya atendido la subsistencia o educación o establecimiento del hijo extramatrimonial, que por no ser comportamiento oculto sino notorio se vuelve del conocimiento de todo el vecindario, que en esta forma no puede menos que inferir la presencia de una vinculación paternofilial. Dicho elemento resulta así condicionado al acaecimiento del trato, como quiera que la concepción normativa de éste es la que determina ciertamente su contenido material.

Adicionalmente, la doble situación del trato y fama ya comentados debe haber tenido una duración mínima de cinco años continuos, porque bien puede suceder que, aun cuando los hechos correspondientes se encuentren plenamente probados, la no acreditación de la vigencia de ellos en el tiempo, impide la declaración judicial de la paternidad.

Sin embargo, es necesario precisar que la Corte ha expresado reiteradamente la necesidad de morigerar el rigor interpretativo que ha de dársele a la prueba de estado de hijo extramatrimonial, por cuanto ha entendido que, en el preciso ámbito de la contemplación objetiva de los medios de convicción, nuestro sistema legal y especialmente la Ley 75 de 1968 no ha implantado un régimen de tan extremada exigencia que haga imposible su demostración y, por ende, nugatoria la procedencia de la declaración judicial de paternidad que sobre dicho estado se edifique. Basta entonces, que el presunto padre o madre natural no haya eludido la satisfacción de las necesidades de subsistencia o educación o establecimiento del hijo o que las haya atendido en la medida de sus posibilidades, para que se forme en el ánimo del fallador la convicción de que el vínculo punitivo no puede ser otro que el de la filiación.

A este respecto ha puntualizado con toda claridad la doctrina de esta Corporación, que "una declaración no puede ser en manera alguna de precisión matemática,

estereotipada y precisa en todos sus mínimos detalles. Ellos sería contrario a la naturaleza humana, y si tal apreciación objetiva hubiera de exigirse al testigo ninguna declaración podría ser utilizada por la justicia" (Cas. de 2 de junio de 1958, T. LXXXVIII, 121; 21 de febrero de 1964, CVI, 141). *Precisando aún más el criterio precedente ha dicho la Corte que "si el testigo ha de dar la razón de su dicho y si, en principio esta razón ha de ser explícita en los términos de la exposición misma, tomada en su conjunto; y si tratándose de una declaración cuyos varios puntos, por razón de la materia, están íntimamente enlazados entre sí, la razón de unas de las respuestas podría encontrarse en la contestación dada a otro de los puntos de la misma exposición. Como lo enseña la doctrina, 'cuando se trata de la prueba testimonial no se pueden analizar aisladamente unos pasajes de la declaración, si no que debe serlo en su conjunto para deducir su verdadera significación' "* (Cas. Civ. de 21 de febrero de 1964, CVI, 140; sent. de 27 de marzo de 1981, no publicada).

En este mismo orden de ideas ha señalado la Corte que "no es lo mismo apreciar un testimonio cuyo objetivo es el relato de hechos acaecidos recientemente, que otro cuya versión se refiere a sucesos ocurridos hace muchos años; ni se puede tratar con igual medida la forma de la narración, la manera de expresarse de un humilde campesino y la de una persona de alta cultura ni se puede pedir igual precisión para el recuerdo de los hechos fundamentales, que para los que son simplemente casos accidentales, ni se puede desechar la declaración que incurre en pequeñas contradicciones para acatar solamente las que coinciden plenamente como si hubieran sido vertidas en un mismo molde; ni se puede exigir que persona de exigua cultura refiera los acontecimientos con las mismas palabras que usaría quien goza de fogosidad verbal" (Sen. del 14 de julio de 1975; 6 de mayo de 1977; 30 de septiembre de 1977; 30 de julio de 1980; y 27 de marzo de 1981, no publicadas).

Ha dicho adicionalmente la Corte que "No es jurídico exigir que cada uno de los testigos se refiera siempre a actos posesorios que hayan durado por más de cinco años, pues, en el punto, basta que sumados los períodos menores a que ellos digan relación, el total comprenda un lapso mayor y continuo de cinco años. Tampoco se exige que los testimonios fidedignos expresen, explícitamente, que la duración de la posesión fue mayor de cinco años, pues es suficiente que de ellos surjan datos ciertos que permitan llegar, aunque sea por la vía de la inferencia, a la conclusión de que la posesión se prolongó por más del quinquenio. Del mismo modo, no se requiere, en todos los casos, que la prueba demuestre que el demandado ha atendido a la subsistencia, a la educación y al establecimiento del hijo, pues es claro que, por ejemplo, al cumplir cinco años de edad el hijo que después de su nacimiento haya sido asistido por su padre, puede ejercitar la acción de investigación con apoyo en la existencia de hechos constitutivos de posesión notoria, aunque no se haya iniciado su etapa escolar y menos de su establecimiento. Basta en el particular que el padre, según las circunstancias, no haya eludido la satisfacción de esos primordiales deberes y, antes bien, los haya prestado en la medida de sus fuerzas y dentro de las condiciones especiales que cada caso pueda ostentar, de tal manera que si sirven para fundar en el ánimo del fallador la convicción sólida, como lo ha dicho la Corte, de que el vínculo unitivo de tales personas no pueda ser otro que el de la paternidad o la filiación. Y sobre la notoriedad de la posesión, la doctrina jurisprudencial tiene sentado que "basta que los hechos se exterioricen ante

un conjunto de personas por signos inequívocos, para que la filiación, por dejar de ser oculta, se haga notoria y próspera la inferencia de que así como ese grupo de personas tuvo al demandante como hijo de tal padre, no había secreto para todo el vecindario, aunque otros no se preocuparan de averiguarlo o de saberlo, o prefirieran ignorar todas esas cosas" (Cas. Civil 26 de septiembre de 1973, T. CXLVII, 77 y 78; y 28 de septiembre de 1978, aún no publicada).

Ha sido igualmente criterio de la Corte el de que por "la naturaleza misma de los hechos que configuran la posesión notoria, es lógico que la ley se haya referido de modo especial a la prueba de testigos, la cual, sin embargo, no excluye de manera alguna otra clase de pruebas, que sean pertinentes y legalmente eficaces para demostrar el trato y la fama y, por ende, para constituir el conjunto de testimonios a que se refiere el artículo 399 del Código Civil, antes por el contrario, lo deseable es que la convicción del Juez pueda formarse no solo a través de la prueba testimonial que reúna los requisitos indicados, sino también por otros medios corroborantes del dicho de los testigos... Y añade la Corte: De esta suerte, se repite, son de recibo para probar el trato y la fama que configuran la posesión notoria, todos los elementos de convicción que autoriza la ley. Así, se reitera lo dispuesto por la Corte en sentencia de 21 de febrero de 1964; de que "todo medio legal conducente a formar parte de ese conjunto de testimonios es susceptible de ser recibido como prueba de la posesión notoria" (Cas. Civ. de 1971, T. CXXXVIII, págs. 217 y 218).

Analizadas las pruebas que obran en los autos conforme a los criterios doctrinales en antes expuestos, a la Corte no le queda la menor duda de que las dos causales de paternidad que halló demostradas el Tribunal se encuentran plenamente acreditadas, pues así se deduce palmariamente del conjunto de las declaraciones rendidas por María Nohora Gutiérrez de Malagón, Héctor Domingo Díaz Campo, Isabel Murillo de Luque, Hortensia Fernández, Constantino Méndez, Ulpiano Díaz Fernández, Luis Jorge Pulido Rodríguez, José Francisco Gutiérrez, Alfonso Correa Matallana, Luis Moreno Garzón y Luis Carlos Forero Henríquez, testigos todos éstos quienes de manera creíble exponen las circunstancias de modo, tiempo y lugar a través de los cuales conocieron los hechos que relatan.

A pesar de las diferencias que se dan entre las versiones que suministran Ulpiano Díaz Fernández, Luis Jorge Pulido Rodríguez y Héctor Domingo Díaz en torno a las relaciones sexuales que tuvieron lugar entre José Félix Bernardo y María del Carmen, no puede sostenerse que esas declaraciones sean contradictorias entre sí, porque pueden estar referidas a episodios diferentes y no a uno en particular, como quiera que la prueba demuestra que esas relaciones carnales se prolongaron en el tiempo y no fueron fruto de un encuentro casual y único entre la pareja. De esta forma, el Tribunal no cometió los yerros de apreciación probatoria que se le imputan.

Decisión

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de 31 de enero de 1989, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas del recurso extraordinario a cargo de los recurrentes.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 047

PATERNIDAD NATURAL - Acción de Revisión

En el proceso de revisión de que tratan los artículos 17 y 18 de la Ley 75 de 1968, la cuestión *sub judice* es el fenómeno jurídico de la filiación natural y no solamente la presunción o presunciones de paternidad debatidas ante el Juez de Menores a la valoración de que éste haya hecho de las pruebas que ante él se adujeron.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Sentencia / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía Indirecta / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Testimonio

Presunción de acierto. Autonomía del Tribunal en la apreciación de las pruebas. Cuando la acusación a la sentencia viene montada por la vía indirecta yerro fáctico en la apreciación de las pruebas tal error debe aparecer de modo manifiesto. De manera que las conclusiones de la sentencia recurrida, mientras no sean radicalmente contrarias a la lógica o no contradigan la realidad procesal se imponen a la Corte. En la demostración del yerro de facto, no es aceptable que el recurrente saque y aisle del conjunto de la declaración un pasaje de la misma para poner de presente vaguedades, imprecisiones o contradicciones.

PATERNIDAD NATURAL - Posesión Notoria - Prueba

Por ser en muchas ocasiones, el único medio que tienen los interesados para demostrar la paternidad demandada, no puede extremarse el rigor para analizar las pruebas aportadas para acreditarla. Reglas que debe atender el Juez en la apreciación de los testimonios que acreditan esta causal. Otros medios corroborantes del dicho de los testigos.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Alberto Ospina Botero.*

Santafé de Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 27 de agosto de 1990, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en el proceso ordinario adelantado por Melquisedec Forero Buitrago contra Nelson Augusto Páez y Flor Marina Páez.

ANTECEDENTES

I. Por demanda, que por repartimiento le correspondió al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja, solicitó el mencionado demandante que con audiencia de los referidos demandados, se revisase la sentencia de 7 de febrero de 19.., proferida por el Juzgado Promiscuo de Menores de Tunja y, como consecuencia, se declarase "ineficaz, nulo y sin ningún valor ni efecto legal el texto integral de la aludida sentencia" y relevado el demandante "de la obligación de contribuir al sostenimiento" del menor Nelson Augusto Paéz.

II. El demandante apoya sus pretensiones en los hechos siguientes:

a) Que ante el Juzgado Primero Promiscuo de Menores, Flor Marina Páez Joya, como representante de su hijo menor Nelson Augusto Páez, demandó a Melquisedec Forero Buitrago como padre natural del mencionado menor, "habido de las relaciones sexuales con Flor Marina Páez Joya, doméstica de la casa de propiedad del demandante por la época del nacimiento" del menor;

b) Que la demandante centró su pretensión "por el lado de la posesión notoria del estado de hijo natural, tal como quedó concebido el hecho sexto de la demanda presentada ante el Juez de Menores";

c) Que el Juez desató la controversia profiriendo el fallo que es materia de revisión, "sin que hubiera realizado el menor esfuerzo en hacer un cuidadoso estudio" de los testimonios rendidos por María del Carmen Fonseca, Refugio Bernal y Alfredo Santiago Ramírez, porque no existe el "conjunto de pruebas que tipifican la posesión notoria", pues no "responsivos, exactos y completos" y sus "versiones se concretan a una apreciación conceptual";

d) Que si "bien los testigos se refieren al trato especial que el demandante en revisión Melquisedec Forero Buitrago prodigaba al menor Nelson Augusto, que le daba dinero cuando se iba para la escuela, que le celebraba sus cumpleaños dicen unos, que lo llevaba en el mismo carro, que se preocupaba para que fuera atendido en debida forma y lo sentaba en la misma mesa a compartir con el matrimonio Forero Castellanos, estos hechos se traducen a simples manifestaciones de aprecio y gratitud por tratarse precisamente de ser hijo de la doméstica de (sic) hogar, pero jamás pueden catalogarse como el verdadero trato y ponderación que impliquen ese carácter de trato efectivo entre el verdadero padre al hijo";

e) Que no existe prueba de que el demandante Melquisedec hubiera presentado a Nelson Augusto, ante amigos y familiares, como su hijo, ni menos que hubiera atendido

a su establecimiento, subsistencia y educación y, por demás, la prueba científica practicada, por sí sola, no era suficiente para tomar la decisión a que llegó en su sentencia el Juzgado de Menores;

l) Por último expresa el demandante que el Juzgado de Menores adelantó el proceso incurriendo en el vicio de nulidad de que trata el numeral 7 del artículo 152 del C. de P. C., por indebida representación del menor.

III. Impulsado el proceso con oposición de los demandados, la primera instancia terminó con sentencia de 30 de enero de 1990, mediante la cual se despachó desfavorablemente la pretensión del demandante, por lo que éste interpuso, contra lo así decidido, el recurso de apelación, habiendo terminado el segundo grado con fallo de 27 de agosto del mismo año, confirmatorio del proferido por el *a quo*, por lo que la misma parte interpuso contra la resolución del *ad quem* el recurso extraordinario de casación, que por estar tramitado, procede la Corte a resolverlo.

El Fallo del Tribunal.

En las motivaciones de la sentencia el *ad quem*, a manera de introducción sienta algunas reflexiones doctrinales en punto de las causales de investigación de paternidad natural por relaciones sexuales y posesión notoria, como quiera que éstas fueron las alegadas, controvertidas y sobre las cuales se pronunció el Juzgador de Menores en la sentencia cuya revisión originó este proceso ordinario.

Situado, entonces, el sentenciador de segundo grado en el punto que se acaba de mencionar, para decidir como lo hizo, sentó las apreciaciones siguientes:

a) Que la causal por relaciones sexuales, como lo sostiene el *a quo*, goza de respaldo en la prueba pericial, documental y testimonial, así:

"La copia del acta de registro civil de nacimiento que aparece al folio 4 del cuaderno 1°, es prueba del nacimiento del demandado Nelson Augusto Páez, ocurrido el 11 de junio de 1969 en el Municipio de Tunja, y de que la madre es Flor Marina Páez Joya (art. 105 del Decreto 1260 de 1970). Es, por tanto, prueba plena del hecho de la maternidad; uno de los presupuestos de la causal en mención.

El peritazgo que aparece al folio 70 del mismo cuaderno 1, proveniente del director del Laboratorio de genética del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, corresponde a un dictamen rendido por un funcionario público de una entidad oficial que por el objeto que cumple es hoy acatada por su alto nivel científico y el acierto de sus investigaciones; aspectos que unidos a la seriedad como objetividad de las técnicas utilizadas en el campo de los experimentos y exámenes permiten sostener con acierto que se han tornado en medios idóneos para señalar o indicar con altísimas probabilidades la paternidad. Es, por tales razones, que dichos peritazgos constituyen indicios graves que denotan la paternidad natural de una persona, medio de prueba que unido a otro que lo complementen aportan evidencia de tal situación.

Este medio de prueba, como se hace constar al final de las pruebas practicadas para la realización de examen antropo-heredo-biológico que ordena el artículo 7° de la Ley 75 de 1968, señala de manera expresa que la paternidad es compatible; es decir, muy

probable, casi con certeza absoluta, que el demandado es el padre del actor. La Corte, en sentencia del 16 de junio de 1981, refiriéndose a un peritazgo practicado por el perito y sobre el mismo asunto, precisó:

"Es bien sabido que en la actualidad se cuenta con descubrimientos que, con un grado de probabilidad tan alto que se acerca a la certeza, permiten llegar a hacer el señalamiento de la persona del padre investigado. Ya no es, como en el pasado, cuando el adelanto inicial de la ciencia sólo permitía, con base en el estudio de grupos sanguíneos del progenitor y del presunto hijo, excluir la paternidad, mas no señalarla. En el pasado, de los estudios sanguíneos sólo podía llegarse a la conclusión de que una determinada persona no podía ser, no era el padre, por existir incompatibilidad entre su grupo sanguíneo y el del hijo que reclamaba la paternidad. En la actualidad, por el contrario, los modernos sistemas permiten no sólo la exclusión mencionada, sino que mediante ellos se ha tornado posible llegar a la afirmación de si la persona señalada como padre presunto lo es en verdad".

"Complemento probatorio a este medio de prueba para aportar certeza de la relación sexual entre la madre y el presunto padre, consta el testimonio de Carlos Galán Arias (fls. 1, 2 y 3, cdno. 2), quien por petición del presunto hijo y Flor Marina Páez Joya, acudió en el año 1986 a la Clínica de la Caja Nacional de Tunja, a acatar el llamado que le hacía el señor Melquisedec Forero, lugar donde lo halló en una de sus habitaciones, advirtiéndole luego de preguntarle por su estado: '... achaques de viejo me dijo, porque ya estamos para contestar lista, luego me manifestó que la señora que me había llamado era Luz Marina Páez, corrijo no es Luz Marina sino Flor, en la cual tenía un hijo de nombre Nelson Augusto y no Enrique como dije al principio, que le hiciera el favor y la acompañara a una Notaría para hacer una escritura en la cual el señor Melquisedec Forero reconocía a su hijo Nelson Augusto por razón de era (sic) hijo de este señor y de Flor Marina'. Agrega que acatando el mandato elaboró una minuta y la presentó ante el Notario Segundo, para que éste acudiera a la Clínica a que la firmara el padre; que posteriormente se enteró que no se había otorgado porque los hijos legítimos de Melquisedec, se lo habían impedido.

"Este testimonio, proviniendo de un tercero carente de todo nexo con las partes que pueda afectar su imparcialidad y credibilidad, por estar revestido de circunstancias de tiempo, modo y lugar precisas y detalladas, ha de otorgársele credibilidad; idoneidad probatoria que nos permite a su vez, afirmar que es prueba de una confesión extrajudicial de la paternidad, toda vez que el testigo fue receptor de una manifestación expresa, clara e inequívoca emitida por el ahora demandante de ser el padre del menor por haberlo procreado con Flor Marina Páez Joya; declaración que satisface plenamente los requisitos previstos por el artículo 195 del C. de P. C., para equipararla a confesión de parte.

"También, como se resaltó en el fallo recurrido, las circunstancias de haber sido trabajadora la madre del menor del presunto padre por la época de la concepción, como lo confiesa éste y lo advierten otros testigos, es hecho que contribuye a consolidar la prueba en torno a las relaciones sexuales. Puede decirse, en conclusión, respecto a esta causal, que la confesión de la procreación emitida por el padre extrajudicialmente, el indicio grave del peritazgo practicado por el Director del Laboratorio de Genética del

Instituto de Bienestar Familiar, a la vez que el de la habitación en el mismo inmueble para la época en que debió ocurrir la concepción, son prueba plena de las relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre, surgiendo así una causal para la prosperidad de la paternidad";

b) Que igual situación procesal cabe afirmar respecto de la causal de estado civil de hijo extramatrimonial de Nelson Augusto Páez en frente del demandante Melquisedec Forero Buitrago, por lo siguiente:

"No obstante las particulares circunstancias que rodearon la procreación, el nacimiento, la crianza y la educación del menor, pues ha de tenerse presente que el padre ocupaba una posición social de privilegio, según lo dicen los testigos, mantenía una familia que moralmente le impelía a mantener recato y discreción sobre sus relaciones afectuosas marginales a la familia formal, su sentimiento filial hacia el menor lo llevó a observar comportamientos que son indicadores inequívocos de su paternidad, en cuanto constituyen a plenitud presupuesto de esta causal; es decir, realizó conductas determinantes del trato, la fama y por el tiempo impuesto por la ley.

María Helena Vega Moreno (fls 4 a 8, cdno. 2), aduciendo haber sido trabajadora de Melquisedec Forero en oficios de la casa durante ocho años, no tener parentesco a relaciones particulares entre las partes, advierte que durante el tiempo que laboró pudo presenciar de manera directa el trato que le daba al menor Nelson Augusto, el que correspondía al de un hijo; agrega que estaba siempre pendiente de él suministrándole todo lo que le pedía; pagaba los gastos del estudio, le compraba libros, vestidos; estaba pendiente de su regreso de la actividad escolar, con frecuencia mandaba a una empleada a que lo acompañara; una vez terminó la primaria; temporada durante la cual proveyó generosamente con su educación y crianza, lo envió al Colegio Inem de Tunja, donde también le suministró todo lo necesario para su alojamiento, vestido, alimentación y estudios; permanentemente durante la primaria y el bachillerato compartía su lecho con el menor, la mesa, mantenía permanente relación, lo llevaba para todas partes, le encomendaba misiones de confianza; y, de manera constante, exteriorizó su preocupación porque al menor se le suministrara trato, cuidados, vestuario y alimentación especiales, aspectos que también atendió personalmente con solicitud; sus actos, afecto y trato particular con el menor fueron constantes ante las personas que lo rodeaban, entre quienes se hallaban sus hijos mayores, a uno de los cuales, de nombre Hernando, cuando estuvo enfermo, le solicitó que le diera dinero al menor para que proveyera a sus gastos personales y de estudio; siempre le celebraba el cumpleaños, lo acompañaba a tomar el bus cuando se dirigía a estudiar a Tunja, le daba dinero para el transporte y los gastos personales de la semana, le daba beso y le imploraba juicio; este trato particular, que no tuvo con otras personas, hizo que el vecindario tuviera a sus protagonistas como padre e hijo.

"María Refugio Bernal Parada (fl. 9-10, cdno. 2), sin parentesco con las partes, precisa en su testimonio: Por solicitud de Melquisedec Forero, le suministró alimentación al menor durante cuatro años, tiempo durante el cual aquél puso particular empeño en forma constante para que la alimentación con destino al menor fuera especial, le diera lo que le pidiera que él pagaba lo que costara; durante este tiempo siempre le pagó cumplidamente, le trajo permanentemente carne, huevos, leche y otros productos para

contribuir a la alimentación del menor; frecuentemente lo visitaba, le compraba ropa, lo llevaba a paseos y le atendía todas sus solicitudes sin importar los costos y la calidad; era él el que compraba los elementos personales del menor; todos estos comportamientos determinaron que los vecinos predicaran la paternidad.

"Alfredo Santiago Ramírez Páez (fls. 32, 33 y 34, cdno. 1), trabajador y arrendatario que fue por muchos años de Melquisedec Forero, dice: conoció al menor bajo el cuidado de aquél; los obreros decían que era su hijo dado el trato que le daba y el parecido físico; le daban trato como tal al menor; le otorgaba un trato muy especial, lo llevaba de la mano, cuando salía de la casa lo llevaba siempre a que lo acompañara; compartían la mesa y el cuidado y atenciones eran únicos, pues no los exteriorizaba con otros.

"Estos mismos hechos corrobora en su testimonio María del Carmen Fonseca, cuñada de la madre del menor (fls. 30, 31, 32, cdno. 1; y 10 y 11, cdno. 2).

"Obdulio Niño Sánchez (fls. 56 y 57, cdno. 1), uno de los testigos con los que se pretende desvirtuar la paternidad por la parte recurrente, además de la generosidad que le era propia a Melquisedec, y la notoriedad que ejercía en el medio social, advierte expresamente que se hacía acompañar frecuentemente de un menor de quien desconoce el nombre, dándole así consistencia al dicho de los anteriores testigos que de manera sólida, detallada circunstanciada expresan el acontecimiento de unos hechos que imponen en forma indiscutible la presencia del trato, la fama que es consecuencia de éste y el tiempo, en los términos del artículo 399 del Código Civil. Como se puntualizó en el fallo recurrido, el comportamiento de padre fue generoso, amplio y explícito en cuanto toca a la crianza, alimentación, vestuario, alojamiento, educación, trato y cuidado personal, en términos que permiten inferir que todos estos aspectos los atendió, sí no exclusivamente, sí de manera fundamental.

"Estos testigos, los del cuestionamiento que les hace la parte recurrente, aparecen serios y sus dichos están acompañados de circunstancias de tiempo, modo y lugar que los tornan inobjetables, toda vez que son personas que por sus actividades y relación directa con los hechos, estuvieron en capacidades de captarlos en toda su magnitud. Y no constando medio de prueba que aporte razones atendibles, dada su seriedad y trascendencia, para restarles credibilidad, ha de arribarse a la conclusión que son acordes con la realidad.

"Han sido citados varios testigos por la parte recurrente como eficaces para desvirtuar la paternidad. Uno, Obdulio Niño Sánchez, ya tuvimos ocasión de analizarlo y concluir que antes que negarla, la reafirma.

"José Antonio Páez Buitrago (fls. 58, 59 y 60, cdno. 1), dice haber sido trabajador por muchos años del señor Melquisedec Forero, no haberle conocido hijos naturales, constarle la importancia social y la generosidad de éste, y en cuanto al menor dice no haber sentido interés porque solamente lo tuvo por los esposos, no saber de quién era hijo, para finalmente reconocer que le daba un trato muy especial: es decir, no obstante su vaguedad en las respuestas, del conjunto de su testimonio puede inferirse que Melquisedec le prodigó un trato especial al menor Nelson.

"Marco Fidel Acosta (fls. 61 y 62, cdno. 1), advierte que fue trabajador del demandado por 12 años desde 1967, circunstancia que lo obligaba a llegar en la mañana

y retirarse en la tarde, constándole que dormía solo, contrariando el propio dicho del demandado, y que se sentaba a la mesa solo; respecto del menor, dice haber oído el comentario en la hacienda que era hijo de un señor Robles, y que Melquisedec únicamente lo llevaba a la finca los días sábados en compañía de otro menor. A las imprecisiones y vaguedades de su dicho ha de unírsele la unanimidad de la restante prueba testimonial, la que en su mayoría proviene de personas que trabajaron para el mismo patrono o frecuentaron su casa, quienes dan razón precisa de hechos totalmente diversos. Su afirmación que se comentaba la paternidad de otra persona, es poco creíble porque no aparece evidencia de que Jaime Robles haya aceptado o ejercido actos que indicaran la paternidad, ni de sus relaciones sexuales, de las que el mismo testigo no afirma; limitándose a declarar que se hacían comentarios sin precisar nombres de sus autores, la eficacia probatoria resulta inocua.

"Ernesto Vargas (fls. 63 y 64, cdno. 1), refiere también el mismo comentario del anterior, y funda su declaración en manifestaciones que le hizo uno de sus hijos que fue condiscípulo en la escuela de Nelson; al interrogársele sobre las fuentes de su conocimiento, se limita a decir que eran comentarios pero omite citar el nombre de sus autores; mas si se analiza en conjunto, también permite inferir que Melquisedec le dio un trato especial y preferencial a Nelson a través de actos dirigidos a su crianza y educación.

"Los dichos de estos testigos son ineficaces para desvirtuar la solidez de los otros, y carecen de consistencia para concluir que Nelson fue procreado como consecuencia de las relaciones sexuales de la madre con Jaime Robles, como lo pretende la parte recurrente, pues carecen de las circunstancias que así lo evidencien; sus dichos edificados en simples rumores anónimos no pueden prevalecer sobre los que provienen de personas que han sido prolijas en detallar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que les dieron el conocimiento de los hechos. Merece también relievarse que el cuestionamiento de las relaciones sexuales, en cuanto toca con la posesión notoria del estado de hijo natural, es asunto irrelevante por no tener incidencia este aspecto en la configuración de tal causal de paternidad.

"La parte recurrente ha pretendido tachar la prueba testimonial de parcialidad, y para probar sus afirmaciones ha solicitado los testimonios citados en último lugar. Pero es oportuno advertir que de estos testimonios no aparece prueba que permita establecer con certeza el interés que hayan podido tener los otros, su falta de seriedad, su hábito a la mentira, el compromiso o la influencia moral de la parte demandada sobre ellos. Las circunstancias atinentes a la relación de trabajo, contractual y trato personal que pudieron existir en el pasado, antes que constituir indicio de la mendacidad de sus declaraciones, constituyen fundamento de su veracidad, acierto y conducencia para demostrar los hechos discutidos, máxime si actualmente no median factores que debiliten su autonomía e independencia. Cierto es que María del Carmen Fonseca de Páez tiene parentesco de afinidad lejano con Nelson Augusto Páez, pero no siendo su dicho definitivo para la demostración de los hechos, sino uno más que le da consistencia a los otros, en nada puede variar la prueba que en definitiva se tuvo en cuenta para el fallo que ha sido impugnado";

c) Por último, el *ad quem* sienta las reflexiones siguientes:

"En definitiva, debe afirmarse que las causales de paternidad que se hallaron probadas en el fallo recurrido tienen respaldo en los medios de prueba traídos al proceso y en la ley, en cuanto las causales de las relaciones sexuales y la posesión notoria del estado de hijo natural invocadas tuvieron ocurrencia. Razón para que deba recibir confirmación.

"En lo alegado, de instancia se ha referido la omisión de la designación de curador del menor para que concurra a este proceso en consonancia con el artículo 95 de la Ley 83 de 1946, que determina nulidad del proceso. Es de advertir que la intervención de este curador está reservada al proceso ordinario que se adelante ante el Juez Civil del Circuito porque así lo manda expresamente la norma, y tiene como finalidad, no representar al menor por ser función encomendada a la madre, sino defender la ley y el orden público, particularmente en cuanto toca con los intereses del menor. Pero, advirtiendo que cuando se trabó esta relación jurídico-procesal, el hijo ya había adquirido la mayoría de edad, su intervención obedecía en forma personal y el curador ya no era procedente porque la situación de menor no tenía presencia".

El Recurso de Casación

Dos cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, el inicial por la causal primera y el restante por la causal segunda, los que serán estudiados conjuntamente por la conexidad que ofrecen sus planteamientos.

Cargo primero

Lo hace consistir en quebranto de los artículos 4° de la Ley 45 de 1936, hoy 6° de la Ley 75 de 1968, ordinales 4° y 6°; 6° y 20 de la Ley 45 de 1936, este último modificado por el 6 de la Ley 75 de 1968; 92 y 398 del C. C., este último hoy 9° de la Ley 75 de 1968; 411 ordinal 5° del C. C., hoy 31 de la Ley 75 de 1968; 89 del Decreto 1260 de 1970; 13, 19 y 18 de la Ley 75 de 1968; 29 de la Ley 45 de 1936; 397 y 399 del C. C.; y, 305 del C. de P. C., los cinco últimos artículos por falta de aplicación y los restantes por aplicación indebida, a consecuencia de errores de hecho cometidos en la apreciación de las pruebas.

El cargo lo desarrolla sobre los asertos siguientes:

a) Incurrió el *ad quem* en yerro *de facto* en la interpretación de la demanda presentada por Nelson Augusto Páez ante el Juzgado Promiscuo de Menores de Tunja, al no percatarse que en dicha pieza procesal aparece como invocada únicamente la causal de estado de hijo extramatrimonial por posesión-notoria, y ésta fue la que tuvo en cuenta y dio por establecida el Juzgado Promiscuo de Menores, a pesar de lo cual el sentenciador de segundo grado, al negar la revisión del fallo proferido por el Juzgador de Menores, agregó "oficiosamente y por su propia iniciativa la no invocada causal de relaciones sexuales ... que no había sido materia del debate, ni de controversia, ni de fallo ante el Juzgado de Menores";

b) Para mayor abundamiento, incurre el Tribunal en error de hecho al analizar las tres pruebas que menciona como demostrativas de la causal por relaciones sexuales, yerro que se manifiesta, según la censura así:

1° El informe del director del Laboratorio de Genética del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar simplemente menciona que es compatible la paternidad de Melquisedec Forero respecto de Nelson Augusto Páez. Pero de ahí a expresar, como lo hace el *ad quem*, "que dicho informe conduce a la casi certeza de las relaciones sexuales, es incurrir en evidente error".

2° En lo que toca con la declaración de Carlos Galán Arias, también se incurrió en yerro fáctico, como quiera que se le ha dado un carácter de confesión no autorizado por la ley y que en materia de causal por relaciones sexuales le faltaría el importante ingrediente de que hubieran tenido lugar dentro del plazo en que se presume de derecho que ocurrió la concepción, requisito completamente ausente de la versión de tan sospechoso testigo, que le resta mérito para demostrar las relaciones sexuales.

3° Olvida el Tribunal que Flor Marina Páez era empleada doméstica permanente de Melquisedec Forero y que esa era la verdadera razón por la cual podía residir en la casa de su patrono en donde prestaba sus servicios, y en forma alguna concluir, como lo hizo el Tribunal, que esa circunstancia conducía a tener por demostradas las relaciones sexuales entre empleador y empleada;

c) Respecto de la causal de posesión notoria, una vez que cita y transcribe el fallo de la Corte de 27 de agosto de 1968, le achaca al Tribunal, en la apreciación de la prueba testimonial, los desaciertos siguientes:

El testimonio de María Helena Vega Moreno, es vago de oídas, no percibió el trato paternofilial, no menciona el factor establecimiento dado por el supuesto padre al hijo, ni cuál era el trato y, por demás, como la declarante manifiesta que recibía en su labor órdenes de Flor Marina Páez, "le resta credibilidad e independencia a su dicho".

El testimonio de María Refugio Bernal Parada refiere que Melquisedec Forero le solicitó que le suministrara alimentación, por cuenta de él, a Nelson durante cuatro años, siendo que el tiempo mínimo exigido legalmente por la ley para que la posesión notoria del estado civil tenga validez, es de cinco años, sin que las circunstancias trato, fama y tiempo se puedan fraccionar. Por demás no menciona el trato y la fama.

El testigo Alfredo Santiago Ramírez no refiere en detalle, como lo exige la ley, en qué consistía el supuesto trato de padre a hijo y menos aún el lapso de tiempo por el cual pudo tener existencia. Tampoco relata en qué consistía la fama de tal parentesco, ni menos aún que Melquisedec presentara a Nelson ante familiares y vecinos, como hijo suyo.

La declarante María del Carmen Fonseca confirma que Melquisedec no le dio el trato de hijo a Nelson, ni lo presentó en esas condiciones. Y por lo que toca con el testimonio rendido por Obdulio Niño Sánchez, éste apenas hace énfasis en que Melquisedec Forero era persona de reconocida generosidad, lo cual explica sus atenciones y regalos ocasionales para con Nelson.

Finalmente los declarantes José Antonio Páez Buitrago, Marco Fidel Acosta y Ernesto Vargas, son coincidentes en manifestar que nunca oyeron decir a Melquisedec, ni a persona alguna, que Nelson fuera hijo de aquél, agregando que el citado Melquisedec "era persona en extremo generosa y caritativa no sólo con Nelson sino con varias otras

personas de su servidumbre. En cuanto a fama, en el medio en donde vivían los declarantes oyeron decir, especialmente a Acosta, que Nelson era hijo de un tal Jaime Robles, versión que contradice, o al menos pone en grave duda la fama pública que ha pretendido invocar Nelson como hijo de Melquisedec".

Por todo lo anterior, concluye el recurrente que el Tribunal cometió yerro fáctico en la apreciación de las pruebas al dar por demostrada la posesión notoria del estado de hijo natural de Nelson respecto de Melquisedec Forero.

Cargo segundo.

Por éste acusa la sentencia del Tribunal de ser incongruente.

El recurrente, en procura de demostrarlo, sostiene lo siguiente:

a) En la demanda de filiación natural presentada ante el Juzgado Primero de Menores de Tunja por el entonces menor Nelson Augusto Páez, se lee con absoluta claridad que la única causal invocada por éste fue la de posesión notoria y en concordancia con ella el referido Juzgado acogió la pretensión, como se pone de presente con el párrafo que transcribe del mencionado fallo;

b) Empero aconteció que el fallo del Tribunal, desbordando los límites, dispuso dar por probada expresa y adicionalmente una causal distinta, o sea la de relaciones sexuales, que no fue invocada por el pretendido hijo natural;

c) En estas condiciones, el fallo atacado es incongruente, como quiera que decidió en forma *extra petita* y así lo confirma la jurisprudencia de la Corte, que cita. Por tanto, el Tribunal infringió con tal proceder, el artículo 305 del C. de P. C.

SE CONSIDERA

1. Como quiera que el fallo del Tribunal se apoya, para despachar desfavorablemente la pretensión de revisión, en la circunstancia de aparecer acreditadas las causales de paternidad natural por relaciones sexuales y posesión notoria, la Corte estudiará prioritariamente el ataque que se formula a la última de estas causales, pues si la impugnación no sale airosa en este preciso punto, resulta superfluo abordar luego el análisis de los reparos restantes, pues manteniéndose en pie uno de los soportes en que se apoya la decisión del *ad quem*, los restantes reparos que se formulan se tornarían intrascendentes, en virtud de que el pilar que conserva su vigor sería suficiente para mantener el fallo combatido e impedir su quiebre, tal como fue planteada la censura.

2. *No sobra recordar lo que ha sostenido de manera reiterada y uniforme la jurisprudencia de la Corte, respecto de la acción de revisión de que tratan los artículos 17 y 18 de la Ley 75 de 1968. Porque esta acción "no se circunscribe necesariamente a un nuevo examen de la presunción de la paternidad en que se fundó aquél (el fallo del Juez de Menores) o a una revaloración de las mismas pruebas que tuvo en cuenta para hacer su declaración, pues no se trata de un recurso contra dicho fallo. De lo expuesto se concluye que en el proceso de revisión de que tratan los artículos 17 y 18 de la Ley 75, la cuestión* sub judice *es el fenómeno jurídico de la filiación natural y no solamente la presunción o presunciones de paternidad debatidas ante el Juez de Menores o la*

valoración que éste haya hecho de las pruebas que ante él se adujeron" (Cas. Civ. de 26 de octubre de 1972, Tomo CXLIII, págs. 226 y 227). *Este criterio lo reiteró la Corte en sentencias de 20 de octubre, 20 de noviembre y 13 de diciembre de 1972 y, posteriormente, en la de 8 de julio de 1975, en las que se dijo "que el Juez Civil que conoce de la acción de revisión puede valorar nuevas pruebas y decidir sobre otros puntos aunque ni unos ni otros hubieran sido previamente aducidos o alegados ante el Juez de Menores".*

Siendo así las cosas, no se da la incongruencia.

3. *Cuando las sentencias suben a la Corte como consecuencia del recurso de casación, llegan amparadas por la presunción de acierto, tanto en la apreciación de los hechos como en la aplicación de la ley. Y como el Tribunal goza de cierta autonomía en la apreciación de las pruebas, sus conclusiones al respecto son intocables o inmodificables en casación, en cuanto por el impugnante no se demuestre que el* ad quem, *al efectuar tal apreciación, incurrió en error evidente de hecho o en yerro de valoración. La distinta apreciación que de la prueba haga el recurrente no sirve para invalidar el fallo combatido, ni aún en el caso en que la Corte pueda diferir del criterio que haya tenido el Juzgador para llegar a la conclusión motivo del ataque.*

4. *Entonces, cuando la acusación a la sentencia del Tribunal viene montada por vía indirecta, concretamente por yerro fáctico en la apreciación de las pruebas, la doctrina de la Corte, con apoyo en la ley, no ha dejado de afirmar que tal error debe aparecer "de modo manifiesto" (art. 368 del C. de P. C.), es decir, tan grave y notorio que a simple vista se impugna a la mente sin complicados o esforzados raciocinios, o en otros términos, que sea de la entidad que resulte contrario a la evidencia que exterioriza el proceso, porque en el recurso de casación los únicos errores fácticos que pueden tener la virtud o el vigor para quebrar la sentencia recurrida, "son los que al conjuro de su sola enunciación se presenta al entendimiento con toda claridad, sin que para descubrirlos sea menester transitar el camino más o menos largo y más o menos complicado de un proceso dialéctico" (Cas. Civ. de 21 de noviembre de 1971; 4 de septiembre de 1975 y 14 de diciembre de 1977).*

Precisamente, desde hace más de medio siglo viene sosteniendo la Sala de Casación, que el recurso extraordinario no tiene por objeto, como si se tratara de una instancia más, revisar libremente la litis en los dos grados, provocando un nuevo análisis de la prueba (Cas. Civ de 20 de junio de 1947, T. LXII, 467).

Porque la Corte, "cuando actúa como Tribunal de casación sólo puede ocuparse de los temas que le proponga el recurrente y únicamente puede modificar las apreciaciones del fallador, atinentes a punto de hecho, cuando formulando un ataque en esa órbita se demuestra la comisión de un error trascendente que aparezca de manifiesto en los autos, es decir, yerro que emerja con esplendor bajo su sola circunstancia de su enunciación. *De modo pues que las conclusiones de la sentencia recurrida, mientras no sean radicalmente contrarias a la lógica o no contradigan la realidad procesal, se impone a la Corte. Tal la razón para que la doctrina jurisprudencial haya dicho reiteradamente que para que los juicios del sentenciador de instancia no admitan censura en casación, hasta que no degeneren en arbitrariedad, por no situarse ostensiblemente afuera del sentido común, aunque se pueda organizar otro análisis de*

los medios probatorios más profundo y sutil, más severo, más lógico o de mayor juridicidad en sentir de la crítica o de la misma Corte. Y aún en el evento de que un nuevo estudio del haz probatorio produjera vacilaciones más o menos intensas sobre el acierto o desatino del sentenciador en las conclusiones fácticas, mientras no aparezca que existe contraevidencia, es obvio que la ruptura del fallo acusado sólo podría fundarse en la certeza y no en la duda" (Cas. Civ. de 17 de junio de 1964 número 107, pág. 288).

5. *Igualmente ha afirmado la Corte, de manera reiterada y uniforme, que no es aceptable que en la demostración del yerro de facto el recurrente saque y aisle del conjunto de la declaración un pasaje de la misma para poner de presente vaguedades, imprecisiones o contradicciones, porque ciertamente no se compadece con las directrices lógicas de la apreciación de las pruebas que se fraccionen las declaraciones para apreciar aisladamente las entresacas de tales testimonios. Por otra parte, como lo advierte la doctrina de la Corte, "una declaración no puede ser en manera alguna de precisión matemática, estereotipada y precisa en todos sus mínimos detalles. Ello sería contrario a la naturaleza humana, y si tal apreciación objetiva hubiera de exigirse en el testigo, ninguna declaración podría ser utilizada por la justicia" (Cas. Civ. de 2 de junio de 1958, T. LXXXVIII, 12).*

Precisamente la Corte, en desarrollo del criterio doctrinal que se acaba de citar y transcribir, ha sostenido que si bien, de conformidad con pautas legales del derecho probatorio, "el testigo ha de dar la razón de su dicho y en principio esta razón ha de ser explícita o formalmente referida, no repugna que ella esté implícita en los términos de la exposición misma, tomada en su conjunto; y si tratándose de una declaración cuyos varios puntos, por razón de la materia, estén íntimamente enlazados entre sí, la razón de una de las respuestas podría encontrarse en la contestación dada a otro de los puntos de la misma exposición. Como lo enseña la doctrina, cuando se trata de prueba testimonial, no se pueden analizar aisladamente unos pasajes de la declaración, sino que debe serlo en su conjunto para deducir su verdadera significación" (Cas. Civ. de 21 de febrero de 1964, T. CVI, 140).

6. Ahora bien, expedida la Ley 75 de 1968, la doctrina de la Corte, en lo que toca con la investigación de la paternidad natural, continúa insistiendo en que si el fallador debe apreciar la prueba, en razón de la importancia de la materia, con ponderación y buen juicio, también debe tener en cuenta no emplear en tal labor un criterio excesivamente severo que impida la aplicación del mencionado estatuto y, por ende, la definición del estado civil reclamado.

De ahí que la Corte, en relación con la causal por posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial, haya sostenido lo siguiente:

"Y como la posesión notoria del estado de hijo natural es en muchas ocasiones el medio único que tienen los interesados para demostrar la paternidad demandada, la jurisprudencia de la Corte ha enseñado que no puede extremarse el rigor para analizar las pruebas aportadas para acreditarla, siempre que del conjunto de ellas emerja diáfanamente, se establezca de un modo irrefragable, que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimien-

to, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre a virtud de aquel tratamiento.

No es jurídico exigir que cada uno de los testigos se refieran siempre a actos posesorios que hayan durado por más de cinco años, pues, en el punto, basta que sumados los períodos menores a que aquéllos digan relación, el total comprenda lapso mayor y continuo de 5 años. Tampoco se exige que los testimonios fidedigno expresen explícitamente, que la duración de la posesión fue mayor de 5 años, pues es suficiente que de ellos surjan datos ciertos que permitan llegar, aunque sea por la vía de la inferencia, a la conclusión de que la posesión se prolongó por más del quinquenio. Del mismo modo, no se requiere, en todo los casos, que la prueba demuestre que el demandado ha atendido a la subsistencia, a la educación y al establecimiento del hijo, pues es claro que, por ejemplo, al cumplir 5 años de edad el hijo que desde su nacimiento haya sido asistido por su padre, puede ejercitar la acción de investigación con apoyo en la existencia de hechos constitutivos de posesión notoria, que aún no se haya iniciado su etapa escolar y menos la de su establecimiento. Basta en el particular que el padre, según las circunstancias, no haya aludido la satisfacción de esos primordiales deberes y, antes bien, los haya prestado en la medida de sus fuerzas y dentro de las condiciones especiales que cada caso pueda ostentar, de tal manera que sirvan para fundar en el ánimo del fallador la convicción sólida, como lo ha dicho la Corte, de que el vínculo unitivo de tales personas no puede ser otro que el de la paternidad o la filiación. Y sobre la notoriedad de la posesión, la doctrina jurisprudencial tiene sentado que "hasta que los hechos se exterioricen ante un conjunto de personas por signos inequívocos, para que la filiación, por dejar de ser oculta se haga notoria y prospere la inferencia de que así como ese grupo de personas tuvo al demandante como hijo de tal padre, no había secreto para todo el vecindario, aunque otros no se preocuparan de averiguarlo o de saberlo, o prefirieran ignorar todas esas cosas" (Gaceta Judicial, T. CVI, 140).

7. También, en el punto que se viene analizando, conviene advertir, según criterio reiterado de la Corte, que por "la naturaleza misma de los hechos, que configuran la posesión notoria, es lógico que la Ley se haya referido de modo especial a la prueba de testigos, la cual, sin embargo, no excluye de manera alguna otra clase de pruebas que sean pertinentes y legalmente eficaces para demostrar el trato y la fama y, por ende, para constituir el conjunto de testimonios a que se refiere el artículo 399 del Código Civil, antes por el contrario, lo deseable es que la convicción del Juez pueda formarse no sólo a través de la prueba testimonial que reúna los requisitos indicados, sino también por otros medios corroborantes del dicho de los testigos... y añade la Corte: de esta suerte, se repite, son de recibo para probar el trato y la fama que configuran la posesión notoria, todos los elementos de convicción que autoriza la ley. Así, se reitera lo expuesto por la Corte en sentencia del 21 de febrero de 1964; de que 'todo medio legal conducente a formar parte de ese conjunto de testimonios es susceptible de ser recibido como prueba de la posesión notoria'" (Cas. Civ. de 1° de abril de 1971, T. CXXXVIII, págs 217 y 218).

Reiterando el criterio doctrinal precedente, en fallo de la Corte de 19 de abril de 1971, se afirmó que si bien los elementos constitutivos de la posesión notoria del estado de hijo natural deben establecerse plenamente en el proceso, como se dice en el artículo 399 del C. C., por un "conjunto de testimonios fidedigno", de modo que el fallador

pueda formarse una convicción irrefragable, o sea, la certidumbre sobre la existencia de los factores integrantes de la posesión notoria, se tiene que cuando el artículo mencionado se refiere a "testimonios", ha de entenderse "no sólo la declaración de testigos, sino todo medio de prueba susceptible de dar fe de los hechos que constituyen el estado civil según la norma correspondiente. Estos testimonios fidedignos serán no sólo las declaraciones de testigos, sino los antecedentes escritos, cartas, instrumentos públicos, presunciones, en una palabra todos los antecedentes que forman el convencimiento del Juez sobre la existencia de una verdadera posesión de estado (Claro Solar, Explicaciones de Derecho Civil, Tomo 4°, págs 105, 106), tesis ésta aceptada ampliamente por la Corte. (como resulta de las sentencias de junio 22 de 1960, T. XCII, 962 y ss. y abril 30 de 1970, T. CXXXIV, pág. 103)".

Por otra parte, tal como lo ha afirmado la jurisprudencia de la Corte, si bien es cierto que la Corporación reiteradamente, con respaldo en el artículo 6° de la Ley 75 de 1968, ha considerado como insustituible los elementos constitutivos del tratamiento paterno respecto del hijo extramatrimonial, esto es la atención a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo, tampoco descarta el valor corroborante de otros hechos, "como la presentación del hijo como tal, las declaraciones del mismo padre al respecto, y hasta hechos tangentes de otras causales, que sin ser suficientes para fundar por sí solos la declaración de filiación natural indirectamente coadyuvan a la formación del convencimiento acerca de la posesión notoria, como lo serían las relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre coetáneas al nacimiento del hijo pero sin que se pueda decir con certeza que tales relaciones existieron o no en la época precisa en que legalmente se presume la concepción" (Cas. Civ. de 6 de agosto de 1969, T. CXXXI, págs. 113 y 114).

8. Montado el cargo primero sobre la base de yerros de facto cometidos por el sentenciador *ad quem* en la apreciación de la prueba testimonial, es pertinente ver lo que dicen los declarantes atinentes a la estructuración de la causal por posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial de Nelson Augusto Páez respecto de Melquisedec Forero Buitrago.

a) María Helena Vega Moreno refiere que desde pequeña conoce a Melquisedec y a Flor Marina y Nelson Augusto y en la casa del primero en Cucaita, donde vivían y con motivo de haber trabajado allí por ocho (8) años; que el trato que le daba Melquisedec a Nelson Augusto "era como de padre a hijo, vivía pendiente de él, don Melco (Melquisedec) todo lo que le pedía Nelson lo daba, por ejemplo el estudio, él le estaba dando la educación"; "le compraba la ropa para todo el año"; cuando comenzó sus estudios en la escuela "él le compraba los libros" y todo se lo daba; "vivía muy preocupado por él (por Nelson); que tanto se preocupaba Melquisedec por Nelson Augusto, que mandaba a otra empleada del servicio" a la escuela para que le llevara el paraguas, esto hace más o menos en el setenta y nueve"; que cuando Nelson terminó sus estudios de primaria en Cucaita, se fue a estudiar a Tunja en el Inem "y don Melco (Melquisedec) viajaba a esta ciudad los martes y viernes de cada semana y le dejaba plata y Nelson viajaba a Cucaita los fines de semana; que Nelson "dormía con don Melco, en la misma cama ... comía en la misma mesa con él, así estuvieran los hijos de don Melco"; que Nelson sacaba a don Melco a dar vuelta a las fincas, lo cual acontecía los sábados, y luego los dos viajaban a Samacá a consignar el cheque correspondiente al valor de la

leche de cada semana; que Nelson era el que le hacía en Tunja las consignaciones a don Melquisedec; que cuando éste se enfermó, "le dijo a Don Hernando Forero que le diera plata a Nelson para comprar los libros de ese año y la ropa, porque Nelson estaba haciendo sexto bachillerato"; que don Melquisedec "nunca le negaba nada a Nelson, todo lo que Nelson le pedía nunca se lo negaba. luego aquí en Tunja don Melco le pagó a una señora María Rodríguez Bernal para que le diera la alimentación a Nelson todos los días desde que él entró a estudiar"; que don Melquisedec "le decía a la señora María que le atendiera bien a Nelson"; que la declarante entró a trabajar donde don Melquisedec en el año 1978, en Cucaita, por un lapso de ocho (8) años continuos, que cuando Nelson "cumplía años don Melco se los celebraba, le compraba el ponqué y mandaba a llamar a la señora que lo atendía acá en Tunja, la señora María, ella siempre frecuentaba la casa"; que cuando Nelson "se venía para Tunja don Melco iba y lo sacaba a la carretera, al bus, y le daba la plata para las onces y para el transporte"; que lo anterior acontecía cada ocho (8) días; que le daba "por ahí mil pesos para la semana, lo despedía con beso y le decía juicioso mijito"; que todo el mundo afirmaba que Nelson era hijo de don Melquisedec y lo mismo cree la declarante porque se lo dijo la madre de Nelson y por "el trato que le daba don Melco a Nelson, era muy especial" y por el parecido con Hernando Forero; que personas como Ligia de Castellanos, María Jesús Castellanos y Mercedes Gil, que viven en Cucaita, manifiestan o consideran que Nelson Augusto es hijo de Melquisedec; que Nelson le decía a don Melquisedec don Melquito; que Flor Marina Páez "era la que nos mandaba en la casa y todo, a hacer los oficios, a que atendiéramos bien a don Melco"; que el trato que le daba Melquisedec a Nelson Augusto, a que se refiere la declarante, también le consta a Santiago Ramírez, César Borda y Pedro Largo;

b) María Refugio Bernal Parada, refiere que es natural y vecina de Tunja; que Melquisedec le compraba a Nelson la ropa "en los mejores almacenes y la mejor ropa, me consta porque yo le daba el almuerzo a Nelson, don Melco se iba con Nelson y le compraba en los mejores almacenes... ropa elegante así de paño de acuerdo a la moda, como dos veces al año" que la declarante le suministró la alimentación a Nelson por cuatro años y don Melquisedec le decía "que le diera buena alimentación, que atendiera bien al sardino, que por la plata no me preocupara, inclusive le daba todo en general"; que "en cuanto a la alimentación don Melco me decía que le diera buena alimentación, lo que a él le gustara, que por la plata no hay problema y él me pagaba mensualmente, inclusive de Cucaita don Melco me traía huevos, leche y por lo menos estuvimos como dos o tres veces en Paipa y él gastaba todo, los restaurantes donde Nelson quería entrar, la piscina y todo, pues cuando Nelson quería ir don Melco decía que tenía que sacar a Nelson"; que la declarante estuvo varias veces en Cucaita, en los cumpleaños de Nelson; que don Melquisedec complacía a Nelson, le compraba ciclas, le daba plata y todos los viernes venía a Tunja; que la declarante fue inquilina de Flor Marina; que don Melquisedec le recomendaba a Nelson; que ocho días don Melquisedec llevaba pollo para el almuerzo; que don Melquisedec le compró a Nelson los muebles para la pieza que éste ocupaba, para su biblioteca, "le compró su chifonier"; que sobre el trato que le daba Melquisedec a Nelson le consta a su esposo Bernardo Rodríguez y además los vecinos; que la declarante considera que Melquisedec es el papá de Nelson, "pues qué persona se responsabiliza de un hijo extraño, y los vecinos decían que él era el papá de Nelson, pues por qué le da gusto de todo y le compra de todo";

c) Alfredo Santiago Ramírez declara, al igual que los anteriores que no tiene parentesco con las partes; que conoce a Flor Marina Páez porque fue trabajadora de don Melquisedec hace aproximadamente veinte años; que conoce a Nelson Augusto, quien es hijo de Flor Marina Páez; que el declarante fue arrendatario de Melquisedec en el Municipio de Cucaita, por un lapso aproximado de ocho años; que Melquisedec trataba muy bien en la casa a Nelson y le consta que le daba plata cuando éste estaba en la escuela, pero no le consta si atendía otras necesidades; que los obreros decían que Nelson era hijo de Melquisedec; que a Flor Marina le tocaba hacerle el almuerzo a los obreros que tenía en la casa Melquisedec Forero; que Melquisedec le decía mijito a Nelson y no a otras personas; que cuando el declarante llegó a la finca de Melquisedec Forero allí ya estaba Nelson Augusto y tenía de cinco a seis años; que cuando iban a desayunar, Melquisedec llevada de la mano a Nelson, lo sacaba a pasear en un Toyota; que Melquisedec le daba a Nelson un trato diferente al de los hijos de otros empleados y vecinos;

d) María del Carmen Fonseca de Páez, cuñada de la madre de Nelson Augusto declara que iba cada quince días a la finca en Cucaita; que la invitaban a los cumpleaños de Nelson Augusto; que Melquisedec tenía a Nelson Augusto estudiando en Tunja; que Melquisedec le decía a Flor Marina que le trajera a Nelson Augusto, leche; que la declarante veía que del mercado que hacían para Cucaita aportaban el mercado para Tunja, para Nelson; que Melquisedec trataba a Nelson Augusto como un hijo, "pues se quedaba en la pieza de él, comía en el comedor de él, o sea de don Melquisedec"; que don Melquisedec invitaba a la declarante a los cumpleaños del niño (Nelson)..., le compraban el pastelito, champaña y el almuercito pues ahí los de la casa asistían la muchacha, la señora María y nosotros íbamos con ellos; que desconoce quién hacía esos gastos, porque cuando la declarante llegaba al sitio del cumpleaños los comestibles y la bebida ya estaban allí; que ignora quién costeaba un sábado que la declarante fue a Cucaita le "dijo que Nelson era hijo de él, salimos del comedor y el me dijo: 'yo le dije a Leonor que Nelson era hijo mío porque también tenía derecho' "; que la declarante, por el trato que le daba Melquisedec a Nelson, considera que éste es hijo de aquél, como quiera que "comía con él, dormía con él, le mandaba el mercadito":

e) Con la anterior prueba testimonial, más otra que obra en el proceso y que el sentenciador *ad quem* no mencionó como apoyo de la causal por posesión notoria, se ponen de presente los elementos estructurales de dicha causal, o sea el trato, la fama y el tiempo, sin que el dicho de otros declarantes, como Obdulio Niño, José Antonio Páez, Marco Fidel Acosta y Ernesto Vargas tengan el vigor y la fuerza de convicción suficientes para desquiciar lo afirmado por el grupo de testimonios precedentemente transcritos, pues la conclusión que sobre los mismos sacó el *ad quem*, al examinarlos de conjunto, es razonable y posible, lo cual se traduce que no se da el error de hecho, con las características de manifiesto o evidente, que se le achaca por la censura a la sentencia del Tribunal en el punto.

9. De suerte que si se mantiene en pie uno de los soportes de la sentencia impugnada, así le asistiese razón al recurrente en los otros reparos, el fallo no podría ser quebrado, porque seguiría apoyado en el pilar que ha resultado ileso de la acusación.

Lo dicho es suficiente para concluir que los cargos no prosperan.

SENTENCIA NUMERO 049

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - PROPOSICIÓN JURÍDICA COMPLETA

El censor no denuncia entre las disposiciones infringidas los artículos 33 de la Ley 57 de 1887 y 1° Decreto 2756 de 1976. El sentenciador basó su decisión fundamentalmente en lo dispuesto por el artículo 1° del Decreto 2756 de 1976 que reglamenta los artículos 1408, 1409, 1413 del C. de Co. Por consiguiente no obstante tratarse de una norma reglamentaria al censor le era forzoso para integrar la proposición jurídica completa atacar no solamente las normas reglamentadas sino también el precepto reglamentario.

CARTA DE CREDITO - CESIÓN

El beneficiario no es, frente al Banco emisor, el extremo de un contrato, si no el titular de un derecho de crédito. La cesión de su derecho. El banco deudor y su responsabilidad ante el beneficiario y/o cesionario. El principio de la autonomía.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Eduardo García Sarmiento.*

Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Decídese el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 10 de octubre de 1989, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario promovido por Camilo Londoño González frente a Banco del Comercio.

I. ANTECEDENTES

1. Por demanda repartida al Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de Bogotá, el citado actor solicita que se declare que el Banco del Comercio está obligado

contractualmente a pagar en su favor las cartas de crédito que se mencionan en los hechos de la demanda o, en subsidio, que está obligado extracontractualmente a pagarle el valor estipulado en esos documentos, en uno y otro caso con los intereses comerciales correspondientes, a partir de la fecha de vencimiento.

2. Las peticiones anteriores se apoyaron en los hechos que a continuación se sintetizan:

a) El Banco del Comercio, sucursal Buenaventura, expidió en favor de Flor Angela Rave Z., conforme a instrucciones recibidas de Gerardo Márquez M., las cartas de crédito descritas en el hecho primero de la demanda;

b) Esas cartas se crearon como transferibles, y por lo tanto el Banco del Comercio aceptó de antemano la posibilidad de su cesión, bastando la simple notificación de ésta para que aquél quedara obligado a pagarles a los cesionarios;

c) Flor Angela Rave Z. transfirió legalmente las cartas de crédito en mención a Camilo Londoño González, quien a las fechas de sus vencimientos las presentó al Banco para su pago, en la ciudad de Cali, en la forma como se indica en el hecho quinto de la demanda;

d) El Banco del Comercio se ha negado a cancelar el importe de estos documentos.

3. Descorriendo oportunamente el traslado de la demanda, el demandado se opuso a las pretensiones, manifestando que nunca expidió tales cartas de crédito. Propuso como excepciones de mérito, las que denominó: inexistencia de los negocios jurídicos invocados por el demandante, que hace descansar en el hecho de que no existe el contrato de crédito documentario; inexistencia de obligación en favor de Flor Angela Rave Z., o su supuesto cesionario Camilo Londoño G., que apoya en que el Banco no ha celebrado contrato de crédito documentario con ninguna de esas personas; nulidad por falta de causa de las obligaciones a cargo del Banco, en virtud de que jamás recibió orden alguna para expedir carta de crédito a que alude la pretensión, por ser contrarias a las disposiciones del Decreto 2756 de 1976; nulidad de las cartas de crédito "como consecuencia de un dolo perpetrado por persona que eventualmente haya logrado los comentados documentos y del cual pretende, al menos, aprovecharse el actor"; no estar el Banco obligado a pagar los referidos documentos, pues de haber sido expedidos ello ocurrió como resultado de un engaño; incumplimiento de Flor Angela Rave Z., y su cesionario de las condiciones previstas para la exigibilidad de las cartas de crédito; no haber incurrido el Banco del Comercio en mora de pagar las cartas de crédito; encontrarse extinguidas las obligaciones en ellas contenidas; no ser el Banco del Comercio responsable de los perjuicios causados al actor por empleados del Banco que han actuado por fuera de sus funciones, prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual pretendida por el actor; y carencia de acción del demandante por apoyarse en su propia culpa o dolo.

4. Una vez practicadas las pruebas, se corrió traslado para alegar y se citaron las partes para sentencia, el *a quo* dictó la correspondiente a la primera instancia el 13 de marzo de 1989, en la que declaró probada la excepción de inexistencia formal de la

obligación a cargo del demandado, negó consecuencialmente las pretensiones principales y subsidiarias y condenó en costas al demandante.

5. Inconforme con lo así resuelto, el demandante interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien lo desató por sentencia de 10 de octubre de 1989, confirmatoria de la del *a quo*.

II. Apoyos y Fundamentos de la Sentencia Impugnada

6. Una vez advierte que la existencia formal de las cartas de crédito no puede ponerse en duda, el Tribunal señala que lo que sí no está acreditado es la legitimación sustancial del demandante, vale decir, su condición de cesionario de los citados documentos, calidad que el actor invoca en la demanda; que las cartas tienen realmente la calidad de transferibles, pero que no siendo ellas títulos valores, su transferencia debe ceñirse a las exigencias de los artículos 1959, 1960 y 1961 del C. C., es decir, que debe tener lugar mediante la entrega del título con la anotación puesta en él, sobre la operación de traspaso, designación del cesionario y firma del cedente.

En este orden de ideas agrega luego el sentenciador, que en el caso de este proceso "brilla por su ausencia dicha nota de traspaso", pues aun cuando se adjuntaron a la demanda las comunicaciones dirigidas al demandado en las que se da cuenta del traspaso, esas comunicaciones no son la transferencia, 'ni cumplen "los requisitos exigidos para la notificación de cesiones, que requiere exhibición del título con la transferencia ya hecha". Al instaurarse la demanda, prosigue, el actor no era cesionario en debida forma porque tampoco hubo aceptación de parte del demandado de derecho alguno en favor del demandante, que supliera la notificación.

Indica por último el fallador que "la falta de legitimación anotada es suficiente para el fracaso de la demanda, tanto en sus pretensiones de orden contractual como extracontractual, sin que sea necesario entrar en consideraciones relativas a la existencia o inexistencia de la compraventa que dio origen a las cartas, o a la oponibilidad o inoponibilidad de esta situación al demandante, o a la conformidad o inconformidad de las facturas que debían ser entregadas para el pago... etc. En lo extracontractual resulta claro que el no pago de una deuda, a quien no es legítimo y actual acreedor, no comporta dolo ni culpa alguna, si es que unos mismos hechos pudieron dar lugar a uno y otro tipo de responsabilidad".

III. La Demanda de Casación

Tres cargos esgrime el recurrente contra la sentencia del Tribunal, todos por la causal primera de casación, los cuales se estudiarán conjuntamente.

Cargo primero

Mediante él se le achaca a la sentencia infracción directa de los artículos 1°, 2°, 3°, 11, 20-7, 22, 822, 826, 883, 884, 886, 871, 887, 888, 1408 a 1415 del C. de Co.; 3°, 5°, 8°, 12 de la Ley 153 de 1987 (sic); 5 de la Ley 57 de 1987 (sic); 1°, 9°, 666, 1495 y 1966 del C. C.

7. Lo explica el recurrente manifestando que la expedición de la carta de crédito es una operación mercantil (arts. 1°, 20, 7°, 22 del C. de Co.), y que por lo tanto en su traspaso se deben observar las normas de dicho ordenamiento, que no son otras que los artículos 887 y 888 del C. de Co.

Que el Tribunal no dio aplicación a esos preceptos ni tampoco a artículo 1966 del C. C., y por esa razón exigió que la transferencia de las cartas de crédito de que da cuenta este proceso "constará mediante anotación puesta en el cuerpo del título, como lo requiere el artículo 1966 del Código Civil..." en vez de haber hecho actuar el inciso primero del artículo 888 del C. de Co., que, en concordancia con el artículo 826 *ibidem*, sólo exige que la cesión se haga por escrito. Agrega que, en el caso presente, el escrito de aviso de la cesión "existe y lo conforman las notas de transferencia que se adjuntaron con cada carta de crédito y que obran en el expediente a folios 7°, 13, 17, 21, 27, 32, 37, 205 y 209 del cuaderno número uno". Que el desconocimiento de la naturaleza mercantil de la carta de crédito, como el de las operaciones que con ella se celebren, y la no aplicación de las disposiciones en antes referidas, condujeron al sentenciador al hacer actuar equivocadamente los artículos 1959, 1960 y 1961 del C. C., a concluir que el actor carece de legitimación en causa, al no ser legal cesionario de la beneficencia de las cartas de crédito.

Cargo segundo

Acúsase la sentencia de infringir indirectamente los artículos 1°, 9°, 66, 1494, 1495, 1959, 1960, 1961, 1962, 1966, del C. C.; 1°, 2°, 3°, 4°, 11, 20 num. 7°, 22, 822, 823, 824, 826, 864, 871, 883, 884, 886, 1408, 1409, 1410, 1411, 1413, 1414, 1415, del C. de Co.; 3°, 5°, 8°, 12 de la Ley 153 de 1987 (sic); 5° de la Ley 57 de 1987 (sic); 174, 175, 188, 251, 252, 253, 254, 262, 264 y 268 del C. de P. C., a consecuencia de error de hecho cometido por el Tribunal al apreciar las pruebas.

8. El recurrente hace consistir dicho yerro en que el Tribunal desestimó las notas de traspaso de las cartas de crédito que obran en el expediente, viéndolas como simples comunicaciones sin la categoría de nota de traspaso, como quiera que al tenor del artículo 1961 del C. C., ellas debían constar en el título mismo.

Deduce también yerro de este linaje al afirmar que el sentenciador pasó por alto las certificaciones notariales que obran en la actuación, según las cuales "las notas de traspaso se presentaron conjuntamente con sus respectivas cartas de crédito...", que por lo mismo entraron a formar parte del título que se cedió.

Argumenta luego el censor en punto atinente a la sustentación del cargo, que "existe una costumbre mercantil aplicada en los establecimientos de crédito en Colombia según la cual las cartas de crédito transferibles se negocian mediante una nota de transpaso (sic) adherida a las mismas en las que se menciona el nombre del establecimiento emisor de la carta de crédito, el número de la misma, el nombre del cedente y del cesionario y la indicación del traspaso bajo la firma del cedente". Anota a renglón seguido el recurrente, que si lo anterior fuere poco, es de ver que el artículo 826 del C. de Co., en concordancia con el 888 *ibidem*, establece que "'cuando la ley exija que un acto o contrato conste por escrito'", bastará el instrumento privado con las firmas autorizadas de los suscriptores.

Indica por último el censor que el fallador no dio por demostrado, estándolo, el traspaso de las cartas de crédito y la notificación de la cesión al Banco y, por ende, encontró una falta de legitimación sustancial del actor, que no existió.

Cargo tercero

Se combate en el la sentencia por quebrantar directamente, en la modalidad de aplicación indebida, los artículos 1°, 2°, 3°, 11, 20-7, 22, 822, 826, 871, 888, 1408 a 1415 del C. de Co.; 3°, 5°, 8°, 12 de la Ley 153 de 1987 (sic); 5° de la Ley 57 de 1987 (sic); 1°, 9°, 666, 1494, 1495 y 1966 del C. C.

9. Señala el impugnante al ocuparse de su desarrollo, que la aplicación indebida de esas normas se presentó porque se hicieron actuar en una "situación diferente a la prevista en la premisa mayor de las normas violadas", pues, agrega, el supuesto para tener en cuenta los artículos 1959, 1960 y 1961 del C. C. es que "la situación a la cual van a aplicarse sea de carácter civil". Que, en el caso presente, la negociación de las cartas de crédito es asunto mercantil, que se rige por los preceptos relativos de esta materia; que al aplicar de esta suerte el Tribunal a una cuestión comercial normas del derecho civil, "se produjo una violación directa de estas últimas", al proferir, en la forma como lo hizo, el fallo impugnado.

Asevera en otro aparte de su censura que, dando aplicación al artículo 1961 del C. C., el juzgador manifestó que la transferencia de una carta de crédito "requiere la entrega del título con la anotación puesta al mismo de la operación de traspaso, designación del cesionario y firma del cedente", no obstante que los artículos 888 y 826 del C. de Co., que gobiernan la transferencia de las cartas de crédito "no exigen que la anotación sobre la transferencia conste en el texto de la carta de crédito", sólo exige que conste por escrito. Por lo mismo, prosigue el casacionista, al dar aplicación el Tribunal al artículo 1961 del C. C., concluyó erróneamente que las comunicaciones de traspaso adjuntas no cumplen "los requisitos exigidos para la notificación de cesiones que requieren exhibición del título con la transferencia ya hecha"; y que al exigir que en el título cedido conste la nota de traspaso, "estima el fallador que no se produjo la notificación requerida por el artículo 1° del Decreto 2756 de 1976, aplicando así indebidamente el artículo 1961 del Código Civil".

Advierte a continuación el censor, que el artículo 1962 del C. C., que hizo actuar en el litigio el Tribunal, "no tiene ninguna aplicación en relación a las cartas de crédito, pues al ser éstas expedidas como transferibles, el establecimiento bancario acepta de antemano la cesión o transferencia del crédito que se incorpora, esto es lo que establece el artículo 1413 del Código de Comercio". Concluye de este modo el impugnante, que la aplicación indebida de los artículos 1961 y 1962 del C. C., condujo al juzgador a deducir equivocadamente una falta de legitimación sustancial en el actor, razón por la que pide a la Corte casar la sentencia impugnada para que, actuando en sede de instancia, revoque la del *a quo* e imponga a la demandada la condenas solicitadas en el libelo introductor.

SE CONSIDERA

10. Un defecto que es común a los tres cargos que aquí se acumulan se observa a la primera revisión que de ellos se hace para su despacho, como quiera que no

denuncian, ni en su formulación ni en su desarrollo, entre las disposiciones infringidas los artículos 33 de la Ley 57 de 1887 y 1° del Decreto 2756 de 1976, que son indudablemente otros de los preceptos que gobiernan la materia debatida. El sentenciador basó su decisión fundamentalmente en lo dispuesto por el artículo 1° del Decreto 2756 de 1976, que reglamenta los artículos 1408, 1409 y 1413 del Código de Comercio. Por consiguiente, no obstante tratarse de una norma reglamentaria, al censor le era forzoso para integrar la proposición jurídica completa atacar no solamente las normas reglamentadas sino también el precepto reglamentario. Al no hacerlo así en ninguno de los cargos, la demanda adolece de una falla técnica que por sí sola conduce al fracaso de la actuación.

Esta ha sido la doctrina de la Corte como puede observarse entre otros fallos, en el de 11 de agosto de 1981 en el cual se expresó: "... el sentenciador ineludiblemente prescindió de aplicar las normas sustanciales en comentario, las que la censura ha debido señalar como infringidas por falta de aplicación para conformar adecuada y completa la proposición jurídica que diera respaldo legal a la pretensión indemnizatoria que quiere derivar de una situación fáctica contemplada precisamente en tales artículos.

"Al no hacerlo así, el ataque esgrimido tórnase en vano e intrascendente, conforme y reiterada doctrina y conduce inexorablemente a la desestimación de los cargos en estudio". (Sentencia sin publicar).

11. Adicionalmente se dan otras razones, éstas de mérito, que impiden que dichos cargos sean resueltos en la forma como lo quiere el recurrente, a saber:

12. El beneficiario de una carta de crédito no es parte en el contrato de crédito documentado que suscriben el ordenador y el banco emisor, pues ella sólo "constituye la formalización del compromiso de pagar que el banco estime frente al beneficiario. La carta de crédito es un documento probatorio y de legitimación, expedido en ejecución del contrato de apertura de crédito documentado, y enviada por el Banco emisor al vendedor de la mercancía (beneficiario del crédito), en donde se avisa que ha abierto un crédito a su favor, por X cantidad de dinero, utilizable en cierto tiempo y contra entrega de los documentos requeridos" (Ramiro Rengifo, Crédito Documentado - Las Cartas de Crédito, Edt. Temis, 2ª ed., pág. 10). *De suerte que la apertura de crédito documentario es un acuerdo negocial entre el ordenante y el emisor respecto al cual el beneficiario de la carta de crédito podría calificarse como la persona en cuyo favor aquéllos estipulan, lo cual le da derecho a exigir al Banco el pago del crédito, pero sin que esté el Banco facultado para alegar en su defensa, frente a la pretensión del beneficiario, hechos o circunstancias que podrían discutir las partes del contrato de apertura del crédito documentado.*

En este orden de ideas, el beneficiario no es, frente al banco emisor, el extremo de un contrato, sino el titular de un derecho de crédito. Por el mismo motivo, cuando este último decida traspasar su derecho, lo que cede es un crédito contra el banco pero en manera alguna un contrato que nunca ha celebrado con el emisor. Algo más, si el beneficiario de la carta de crédito, no obstante la cesión que de ella hace, sigue obligado contractualmente con el comprador -ordenante, como en efecto sucede-, no es entonces un contrato el que él cede, sino un derecho de crédito personal, que sólo es reclamable

frente al banco emisor, quien adquiere una responsabilidad autónoma con la apertura de dicha carta (art. 1415 del C. de Co). Esto quiere decir "que el beneficiario no recibe el compromiso del banco como liberatorio de la obligación del comprador de pagar el precio, sino como un compromiso más que concurre con el original del comprador" (Ramiro Rengifo, ob. cit. pág. 53). El Banco deudor tiene entonces ante el beneficiario o, el cesionario si es el caso, una responsabilidad autónoma que no le otorga facultad para oponerle al beneficiario, o su cesionario, hechos que las partes del contrato podrían oponerse entre sí. Es, pues, en este entendimiento como asume el Banco una responsabilidad autónoma.

Esta viene siendo la doctrina interpretativa de la Corte.

"El principio de la autonomía de la Carta de crédito consagrado en el artículo 1514 (sic) del Código de Comercio '... dice más con la independencia entre el documento y su causa, con la de cada una de las relaciones que nacen en el proceso de creación y circulación de un título respecto de los demás. Aplicando este principio al caso de la carta de crédito podemos decir que es válido en cuanto, como ya lo afirmamos, las relaciones entre comprador y vendedor generan unas consecuencias que no son oponibles a las relaciones entre el banco pagador y el beneficiario. A su turno, las relaciones entre ordenante y banco emisor son independientes y éste último no podría relevarse de pagar frente al beneficiario por la presencia de hechos o circunstancias vinculadas con el contrato de compraventa celebrado entre ordenante y beneficiario. Podemos, pues, afirmar que cada relación entre las partes vincula en forma exclusiva y que los demás son terceros respecto a ella, de manera que no se afectan directamente por las resultas de la misma' (Contratos Bancarios, tercera edición, Sergio Rodríguez Azuero, pág. 423).

"Así las cosas, una vez cumplidas por el beneficiario las condiciones establecidas en el texto mismo de la carta (principio de literalidad), '... su posición frente al emisor será autónoma y en consecuencia no podrá el Banco, como ya lo anotamos, oponerle excepciones que se deriven de las relaciones entre las otras partes. La anterior afirmación obedece precisamente a que la autonomía es la que constituye la esencia y mayor seguridad de pago al beneficiario' (Circular DB-013 de 16 de febrero de 1982).

"3. No obstante las precedentes exigencias y precisiones legales, en el presente caso son los mismos demandantes quienes advierten que la expedición de las cartas de crédito cuyo pago reclaman por este proceso, no tienen como antecedente la apertura de un crédito documentario solicitado por el cliente al banco ordenado para pagarle a los demandantes (beneficiarios y cesionarios) las sumas de dinero en ellas consignadas ni los contratos de compraventa de mercancías que allí se describen, sino '... varios contratos de mutuo comercial con interés' 'que a sabiendas del banco no reflejaban el verdadero contrato celebrado, pues, el banco sabía y conocía la existencia y vigencia del Decreto 2756 de 1976, que dispone que esta clase de documentos sirve únicamente para reflejar un verdadero contrato de compraventa de mercancías, el cual nunca se realizó con las operaciones cumplidas de dar, por una parte, y de recibir, por otra, dineros a interés', planteamientos que determinaron que el ad quem se viese obligado a indagar por la existencia de dichos antecedentes contractuales...

"4. En tales circunstancias, aunque pudiese asistirle razón a la censura en los planteamientos jurídicos que desembocan en la autonomía e independencia de las cartas de crédito, en el sentido de que el banco ordenado no puede negarse a su pago, proponiendo excepciones que se deriven de las relaciones entre las otras partes, y, por ende, en la ausencia de necesidad de averiguar por los motivos negociales que antecedieron la expedición de tales cartas, lo cierto es que los demandantes recurrentes subestiman los fundamentos fácticos de la demanda, en los cuales se dijo que las aludidas cartas de crédito se habían originado en varios contratos de mutuo celebrados con el banco demandado, argumento que de atenderlo ahora conllevaría alteración o modificación sustancial de los planteamientos iniciales de la controversia y sobre los cuales el banco demandado levantó su gestión defensiva por los demandantes no giraba en torno a la expedición de las cartas de crédito, sino en rededor de la demostración de los presupuestos negociales que habían determinado su expedición, y por los cuales se exigía su pago, variación que como es bien sabido no es de recibo en este medio extraordinario de impugnación" (Sentencia de 22 de marzo de 1991, sin publicar).

Viene así de lo dicho, que los cargos no prosperan.

DECISIÓN

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de 10 de octubre de 1989, proferida en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

Costas del recurso extraordinario a cargo del demandante-recurrente. Liquídense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase oportunamente.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 057

LEY - Derogación / CERTIFICADO DE CAMBIO - Caducidad

Expresa, tácita, orgánica. Requisitos para que esta última tenga lugar. La derogación en tratándose de leyes que regulan materias especiales. Derecho administrativo de la Economía: Son manifestaciones de él, el Decreto 444 de 1967 y las disposiciones que del mismo son parte integrante. El evento contemplado en el inciso final del artículo 23 del Decreto 444, corresponde a un supuesto típico de extinción de derechos por caducidad, no a una hipótesis de prescripción liberatoria como la que consagra el artículo 789 del C. de Co. El derecho instrumentado en un certificado de cambio nace con la vida limitada y se extingue cuando haya transcurrido el plazo de dos años, contados a partir de la expedición del título.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Costas / INEXEQUIBILIDAD - Sentencia - Efectos

La condena en costas no prosperando ninguno de los cargos de ilegalidad sobre cuestiones de fondo, no da base a la casación por la naturaleza accesoria que corresponda a la condena, subordinada a la apreciación propia del fondo del derecho discutido por acción o por excepción. Inexequibilidad: equivale a declarar radicalmente inaplicable el precepto de jerarquía legal hallado contrario al ordenamiento constitucional. La inexequibilidad en el ámbito del pasado.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ref.: Expediente número 3227.

Decide la Corte sobre el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 22 de junio de 1990, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario seguido por Delfín Cano Grillo contra el Banco de la República y la Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

I. El Litigio

1. En demanda que por reparto efectuado el 15 de noviembre de 1985 le correspondió al Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá, solicitó el demandante Delfín Cano Grillo, mayor de edad y domiciliado en la ciudad de Pereira, que con citación y audiencia de las mencionadas entidades públicas se declare que el Banco de la República y la Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público, son solidariamente responsables y por ende se les condene a pagar al demandante, en su calidad de tenedor legítimo de los certificados de cambio números 1190783 y 1196409, las siguientes sumas de dinero en ellos representadas: US$ 15.000 y US$ 16.200 o su equivalente en moneda legal colombiana, junto con sus correspondientes intereses a la tasa máxima de mora permitida por la ley a partir del 16 de octubre de 1985 y hasta cuando el pago se realice, o, en subsidio, desde la fecha de notificación de esta demanda.

Las anteriores pretensiones se fundamentaron en varios hechos que cabe resumir de la siguiente manera: a) El Banco de la República, habiendo recibido US$ 15.000 y US$ 16.200, expidió los certificados de cambio correspondientes los días 30 y 16 de julio de 1982 bajo los números 1196409 y 1190783 ambos a orden del Banco del Comercio, entidad que procedió a negociarlos endosándolos al señor Silvio Serna quien, a su vez y por haber recibido en moneda colombiana suma equivalente, los endosó el 29 de diciembre de 1982 a Delfín Cano Grillo; b) En razón a problemas de salud del demandante, originados en su avanzada edad, tan sólo presentó para el pago los referidos documentos en agosto de 1985 ante la sucursal de Pereira del Banco de la República donde le manifestaron que, por estar vencida la fecha de caducidad, nada podían hacer y por tanto le recomendaron dirigirse a Bogotá. Así lo hizo el 16 de octubre de 1985 mediante solicitud que aún no ha sido respondida por la entidad que emitió y creó los títulos impagados. Finalmente, se añade en el libelo que la obligación a cargo de los demandados, representada en los "títulos valores" referidos, no se han extinguido por ninguno de los medios autorizados por la ley.

2. Enterados los demandados del contenido de la demanda contra ellos dirigida, respondieron en sendos escritos presentados el 12 de febrero y el 6 de marzo de 1986 pero en este último el representante judicial de la Nación -Ministerio de Hacienda se limitó a coadyuvar el primero por medio del cual el Banco de la República se opuso a las pretensiones de la demanda, señaló que los recursos correspondientes a los certificados de cambio caducados no entran al patrimonio de esta última institución sino que constituyen un ingreso de la cuenta especial de cambios por manejo de reservas internacionales de la cual el Banco de la República es únicamente administrador. Así mismo, propuso en escrito separado las excepciones de "caducidad de los certificados de cambio" y "prescripción de la acción de enriquecimiento sin causa".

3. Planteada la controversia dentro de los extremos que se dejan reseñados y adelantado el proceso de acuerdo con la ley, la primera instancia culminó con sentencia de fecha 18 de marzo de 1989 mediante la cual el juzgado de conocimiento, decidiendo sobre el fondo del litigio, accedió a las pretensiones del demandante y por lo tanto declaró que el Banco de la República y la Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público (cuenta especial de cambios) son solidariamente responsables de pagar al señor Delfín Cano Grillo la suma de US$ 31.200, cantidad ésta referida en los certificados de cambio que obran en el proceso; consecuencialmente, impuso a las entidades demandadas la obligación de pagar en moneda colombiana el equivalente a la suma antedicha a la tasa de cambio vigente cuando se realice el pago; y en fin, teniendo en cuenta que la Nación es litisconsorte del Banco de la República, determinó no imponer condena en costas.

Inconformes con la anterior decisión, los demandados apelaron y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá le puso fin al segundo grado por sentencia del 22 de junio de 1990, providencia que revocó la sentencia del *a quo*, desestimó las pretensiones contenidas en la demanda, condenó en costas de ambas instancias al demandante y declaró no haber lugar a costas en el recurso.

II. La Sentencia Impugnada y sus Fundamentos

Luego de hacer un breve recuento de los antecedentes procesales, el Tribunal inicia sus consideraciones precisando que, por pertenecer la cuenta especial de cambios a la Nación, el Banco de la República, por no ser más que un administrador de la misma, es "extraño a la relación fundamental que dio origen a los certificados de cambio" y, por lo tanto, no está obligado a responder por el pago de los mismos.

Y sobre esta base, a continuación la sentencia hace un detenido recuento sobre el tratamiento que se les da a los certificados de cambio en el Decreto 444 de 1967 para concluir que el asunto sometido a su consideración debe resolverse teniendo en cuenta que para dichos documentos, por ser títulos representativos de monedas extranjeras de naturaleza *sui generis*, debe acudirse preferentemente a las normas que los regulan que son "disposiciones de orden público económico, y por ende, de obligatorio cumplimiento, puesto que en ellas está previsto lo atinente a los derechos, condiciones, plazos, forma de circulación"; por lo tanto, para el caso estudiado, aplicó el artículo 23 del referido decreto que prevé que "los certificados de cambio caducarán dos años después de su expedición" y determinó que como el tenedor de los títulos a los que se refiere el proceso "no hizo utilización de los mismos por cuanto no los presentó oportunamente al Banco de la República para canjearlos por giros al exterior, ni para exigir su conversión en moneda colombiana a la tasa de cambio de acuerdo con la fecha en que pidiera su conversión, sino que dejó transcurrir más de dos (2) años contados desde la expedición de los mismos, se operó la caducidad de los certificados de cambio" señalando, además, que al caducar la obligación originaria contenida en tales títulos, necesariamente se extingue y, por consiguiente, no hay lugar a revivir, mediante la acción instaurada, los aludidos títulos.

Para rematar, junto con lo anterior consideró el Tribunal que aquel punto primordial de los hechos de la demanda, o sea el problema de salud del demandante originado

en su avanzada edad, en cuanto fue ésta la razón que le impidió cobrar los certificados, la verdad es que tal circunstancia quedó probatoriamente desatendida en el proceso, omisión que explica el *ad quem* aludiendo a que la caducidad es "un fenómeno de condiciones que conduce a un impedimento para adquirirlo, no admite interrupciones".

III. La Impugnación y Consideraciones de la Corte

Tres cargos formula el recurrente contra la sentencia, los dos primeros dentro del ámbito de la causal primera y el último por la vía de la causal tercera, cargos que procede la Corte a estudiar de acuerdo con el orden lógico que corresponde según el contenido y alcance de cada uno.

Cargo primero

Mediante este cargo se acusa la sentencia de ser directamente violatoria, por falta de aplicación, de los artículos 822, 789 y 2033 del Código de Comercio, 1625 del Código Civil, 2° de la Ley 153 de 1887 así como también, por aplicación indebida, de la parte final del artículo 23 del Decreto 444 de 1967 y falta de aplicación de los artículos 18 y 23, parte inicial, del mismo estatuto.

Desarrolla el cargo el recurrente sosteniendo de entrada que los principios que gobiernan los actos, contratos y obligaciones del derecho civil son aplicables a los negocios mercantiles, salvo que la ley disponga lo contrario. En desarrollo de tal precepto, como primera medida afirma que, siendo los certificados de cambio títulos valores, a ellos se aplica el Código de Comercio, el cual en el artículo 789 expresamente señala que la prescripción de las acciones derivadas de tales instrumentos es de tres años a partir del vencimiento de la obligación, norma que, además de ser posterior a la aplicada por el Tribunal (art. 23 del Decreto 444 de 1967), forma parte de un Código que, por disposición expresa, regula íntegramente las materias contempladas en él y deroga todas las normas anteriores que versen sobre las mismas. En segundo lugar, el recurrente sostiene que si el Tribunal hubiera tenido en cuenta lo anterior, habría determinado que en el presente caso no ha operado la prescripción y que, por lo tanto, de aplicar los artículos 1494 y 1625 del Código Civil relativos a la creación y extinción de obligaciones, habría encontrado que la obligación de la parte demandada conservaba vigencia, pues ninguno de los medios extintivos previstos en tales disposiciones tuvo ocurrencia.

Y para terminar, invocando en su favor los criterios sobre el particular expuestos en la sentencia de primera instancia, expresa la censura que aun cuando se llegare a concluir que el inciso final del artículo 23 del Decreto 444 de 1967 no fue derogado por la codificación mercantil de 1971, lo cierto es que al aplicarlo para reconocerle efectos a la caducidad alegada en el proceso, el Tribunal incurrió en yerro hermenéutico manifiesto, pues entendió que una "caducidad de privilegios", que es lo que al decir del recurrente contempla aquella norma, equivale al fenómeno de extinción del crédito en los certificados incorporado, asimilación que es equivocada toda vez que las consecuencias extintivas que son inherentes a esa caducidad, no inciden sobre la obligación a cargo del Estado, sino que afectan al título "... como instrumento establecido para volver a sacar los dólares del país...".

SE CONSIDERA

1. Dejando de lado la defectuosa configuración lógica de la que sin duda adolece el cargo si se le mira en su integridad, deficiencia puesta de manifiesto al afirmarse de modo dubitativo que el inciso final del artículo 23 del Decreto-ley 444 de 1967 se encontraba derogado al tiempo de proferirse el fallo impugnado y señalar a la vez que el mismo precepto pudo resultar quebrantado por errónea interpretación, encuentra la Corte bases suficientemente claras en la demanda de casación para entender que el fundamento cardinal de la tesis aquí examinada consiste en sostener que la sentencia en cuestión aplicó esa norma, en cuanto es ella la que consagra la caducidad de los certificados de cambio pasados dos años después de su expedición, y dejó de aplicar, no obstante que correspondía hacerlos actúa en función decisoria por mandato de los artículos 2ª de la Ley 153 de 1887 y 2033 del Código de Comercio, los textos legales que en la legislación general derogatoria quedaron regulando la extinción por el transcurso del tiempo de derechos de cobro emergentes de los títulos valores, en concreto los artículos 1494 y 1625 del Código Civil en concordancia con los artículos 822 y 789 del Código de Comercio. luego siendo así las cosas, para despachar el cargo forzoso es principiar por determinar si el mencionado inciso del artículo 23 del Decreto 444 de 1967 -estatuto éste hoy en proceso de paulatina derogación de conformidad con el artículo 35 de la Ley 9ª de 1991- estaba o no vigente cuando la providencia recurrida se produjo.

2. Con apoyo en los artículos 71 y 72 del Código Civil leídos en armonía con el artículo 3º de la Ley 153 de 1887 bien puede decirse que en el sistema jurídico imperante en el país acerca de la cesación definitiva de los efectos de la ley por virtud de la vigencia de otra dotada del rango necesario, esa cesación puede ser expresa o directa y tácita o indirecta, siendo posible que a su vez esta segunda modalidad revista el carácter de derogación tácita en sentido estricto o tenga expresión en la llamada "derogación orgánica" que, como tuvo ocasión de volverlo a puntualizar no hace muchos años la doctrina jurisprudencial (G. J., T. CLXXVI, pág. 116), *sucede "... cuando una ley nueva regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería ...", se funda en que "... si el legislador ha disciplinado toda la materia regulada por una norma precedente, forzoso es suponer que ha partido de otros principios directrices ..." y por consiguiente no resulta tarea sencilla establecerla con la indispensable exactitud, habida cuenta que "... el determinar si una materia está o no enteramente regulada por la ley posterior, depende, no tanto del mayor o menor número de disposiciones que contenga en relación con la antigua, sino de la intención revelada por el legislador de abarcar con la nueva disposición o disposiciones toda una materia, aunque en realidad no haya específica incompatibilidad entre éstas y las de la ley anterior... ". Dicho en otras palabras, la derogación orgánica deriva de una incompatibilidad sistemática para cuya verificación, en cada caso particular, lo cierto es que no bastan prosaicas declaraciones del estilo de la que en su encabezamiento contiene el artículo 2033 del Código de Comercio y que en la especie* sub lite *ha traído a cuento el censor en beneficio de su tesis. Necesario es que en verdad de la ley posterior pueda predicarse que disciplina la materia entera que la ley precedente regulaba y, por obvia consecuencia, que pueda presumirse así mismo, en tanto exista y sea evidentísima esa identidad de materia, que el legislador pretendió liquidar el pasado, estableciendo en lo que al punto concierne, un sistema nuevo y autónomo de principios directivos que no tolera*

desviaciones o inferencias de preceptos anteriores, toda vez que no concurrir este exigente requisito, si no queda caracterizada en forma rotunda la discordancia resultante del sistema entre las dos leyes, lo acertado no es figurarse una voluntas abrogandi *de suyo inexistente, sino tenerlas a ambas como subsistentes, desde luego cada una en el ámbito que le es propio, con razón se ha señalado, pues, que el postulado universal de la prevalencia de la ley posterior, consagrado entre nosotros por el artículo 2° de la Ley 153 de 1887, no tiene valor absoluto ni siquiera tratándose de estatutos expedidos con sentido de integralidad normativa, porque si las materias reguladas son diferentes y si ese nuevo estatuto no reglamenta, de manera específica, los puntos concretos de que se ocupan las anteriores disposiciones, subsisten estas últimas, conclusión lógica que en buena medida tiene profundas raíces en antiguas reglas de interpretación jurídica, particularmente en aquella que los comentaristas y anotadores del pasado siglo acostumbraban a formular utilizando el aforismo* legi speciali per generalem non derogatur *o sea que, en cuanto a las leyes que reglan materias especiales, la derogación tácita no puede deducirse como axioma de la promulgación de una ley general posterior, a menos que la intención contraria del legislador se deduzca inequívocamente del objeto o del espíritu de esa nueva ley, esto por cuanto de ordinario "... no hay oposición entre normas anteriores que se expiden en consideración a las modalidades singulares de una materia específica, y las que se dicten posteriormente en razón de condiciones generales que no corresponden a las características peculiares y requerimiento del asunto regulado en aquéllas..." (Consejo de Estado, Anales, Tomo LXXIV, pág. 91).*

Puestas así las cosas y en punto de responder al interrogante planteado al comenzar estas consideraciones, si algo no puede pasarse por alto ante el criterio expuesto por el casacionista acerca de la derogación indirecta de la que dice fue objeto el inciso final del artículo 23 del Decreto 444 de 1967 como efecto de la promulgación del Código de Comercio, es precisamente la naturaleza singular de aquel estatuto y de las disposiciones que del mismo son parte integrante, todas ellas a no dudarlo manifestaciones elocuentes del que hoy en día se llama Derecho Administrativo de la Economía, uno de cuyos capítulos otrora de mayor trascendencia lo constituyó el régimen de Control de Cambios que en su fisonomía general, cual lo indicó recientemente la Corte acudiendo al concepto de renombrados especialistas (Casación Civil, Sentencia número 337 de 17 de octubre de 1989 no publicada), no es cosa distinto a "...un conjunto de reglas de Derecho Público que tiende a someter al control de las autoridades administrativas todos los movimientos -cualquiera que sea su origen- de bienes o valores, sea cual fuere su naturaleza, (...) susceptibles de afectar los recursos del Estado en medios de pago internacionales, de tal suerte que corresponde atribuirle a dichas reglas el sentido estricto que su propia naturaleza impone, que en sus rasgos fundamentales (...) viene dada por la circunstancias de que son normas que restringen la libertad de acción de los individuos en el ámbito del movimiento de los medios de pago (...), someten al control de órganos instituidos por el Estado tanto el movimiento internacional de los pagos como las transacciones en medios de pago extranjeros en el mercado nacional, ello además de permitirle al Estado -agrega la providencia en cita- administrar según un plan el Fondo de divisas de la economía nacional, lo cual consiste básicamente en la creación de un centro de disposición de esos fondos y en la

aprobación tan sólo de los pagos internacionales considerados útiles desde el punto de vista de los intereses generales de la comunidad, así como también en la satisfacción por vía de concesión de divisas, únicamente de aquellas necesidades que se consideren urgentes o indispensables...". Entendido, entonces, que si por virtud del régimen de control aludido, cada acto que pueda entrañar un pago al exterior o un cambio de moneda nacional por moneda extranjera ha de ser ejecutado según normas jurídicas de estricto carácter público y normalmente con la intervención de un organismo estatal, al rompe se advierte que la implantación de un régimen restrictivo de tal estirpe tiene serias repercusiones en el terreno del Derecho Privado, repercusiones que desde un punto de vista teórico se suelen distinguir diciendo que en tanto se trata de normas de economía dirigida, por entera llamadas a influir en las posiciones jurídico-privadas de los particulares, se traducen por lo común en medidas de dirección que pueden producir consecuencias indirectas -v. gr. la nulidad radical por ilicitud de operaciones realizadas en abierta contravención o en fraude del estatuto- o bien directas como ocurre con un buen número de imperativos de conducta en él previstos, siempre desde luego en aras de lograr el curso ordenado de la economía en este del racional y equilibrado aprovechamiento de divisas que es uno de sus más importantes renglones.

En apretada síntesis, es el que queda descrito en sus lineamientos básicos, vale decir el conjunto de reglas excepcionales de Derecho Público sobre negociación y posesión de divisas consignadas en el Capítulo II del Decreto 444 de 1967, el contexto dentro del cual estuvo inmerso el instituto de la caducidad de los certificados de cambio al menos hasta la expedición y promulgación de la Ley 9ª de 1991, luego es ese contexto y no el que pudieran configurar las normas mercantiles que gobiernan los títulos valores, el único marco de referencia aceptable para dar con el genuino significado del inciso final del artículo 23 del Decreto-ley recién aludido. Y es éste precisamente el hito que despeja el camino por el que, sin necesidad de acudir a elaboradas especulaciones, se arriba a firmes conclusiones que obligan a descartar la teoría de la derogación aquí sugerida y, por consiguiente, a entender, con el Tribunal sentenciador, que al momento de proferirse el fallo impugnado era subsistente y se encontraba en plena vigencia, por no haberlo abolido tácitamente ni el artículo 789 del Código de Comercio ni todo este cuerpo legal considerado en su conjunto, el inciso tantas veces mencionado.

En efecto, si se atiende al espíritu que informa el Decreto 444 de 1967 y no se pierden de vista los objetivos económicos que un estatuto de tal índole se propuso alcanzar, es razonable pensar que el evento contemplado por su artículo 23 en el inciso final corresponde a un supuesto típico de extinción de derechos por caducidad, no así a una hipótesis de prescripción liberatoria como la que consagra el artículo 789 del Código de Comercio para la acción cambiaria directa emergente de los títulos valores, ni menos aún al caso de un término preclusivo para el cumplimiento de ciertas obligaciones o cargas, caso este último que a diferencia de aquél, lo que comporta es la no consolidación de un derecho por falta de algún requisito que se estima esencial y para cuya identificación en el campo de la cobranza regresiva de los títulos valores, por sabido se tiene, la legislación comercial (arts. 781 y 787) también usa la palabra "caducidad". La realidad es que al tenor del precepto de marras, paradigma por cierto de esas medidas de coerción pública instituidas para que aquellos propósitos de

ordenación económica puedan obtenerse, nada cabe concluir distinto a que el derecho, instrumentado en un certificado de cambio e independientemente del contenido que pueda revestir la prestación a cargo del Banco de la República en que ese derecho se materializa, por motivos de conveniencia general nace con la vida limitada y fatalmente se extinguirá cuando haya transcurrido el plazo de dos años contados a partir de la expedición del título, plazo que ha sido fijado de antemano y de manera taxativa por la ley; es, pues, la del tenedor de un documento de esta clase una situación de potestad temporalmente delimitada por normas de estricta aplicación, respecto de ella el tiempo fija el principio y el fin del respectivo derecho -tanto tiempo, tanto derecho- que puede quedar extinguido entonces por el solo hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del tiempo prefijado por la ley, circunstancia que por lo demás debe ser tomada en cuenta por los juzgadores inclusive de oficio y prescindiendo de los motivos subjetivos que puedan incurrir, negligencia del titular o aun la mera imposibilidad de obrar.

En consecuencia, si nada concluyente hay en la codificación mercantil promulgada en 1971 que permita asignarle a ella el extraño propósito de inmiscuirse en reguluciones de Derecho Público sobre el mercado de divisas y los instrumentos para su control por parte del Estado; y si es dentro de este molde característico del Derecho Administrativo de la Economía donde ha de operar el instituto de la caducidad de los certificados de cambio cuyo objeto, según queda visto, es preestablecer, atendiendo a consideraciones de interés público y no a una supuesta presunción de abandono o cosa parecida, el lapso en que un derecho puede ejercitarse útilmente, salta a la vista entonces que ni en relación con el ordenamiento general de los títulos valores que el Código de Comercio consagra, ni en concreto frente a su artículo 789, existe la identidad de materias que presupone el artículo 3° de la Ley 153 de 1887 para que tenga lugar la insubsistencia de normas anteriores por derogación orgánica, ello debido a que por su propia naturaleza no son preceptos de los que pueda aseverarse responden a requerimientos similares a aquellos que justifican una restricción como la contenida en el inciso final del artículo 23 del Decreto 444 de 1967.

No hubo, pues, aplicación de una norma legal insubsistente, así como tampoco se la hizo actuar por el Tribunal dándole una inteligencia equivocada, luego el cargo resulta infundado.

Cargo tercero

Invocando la causal tercera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, acusa la sentencia por contener resoluciones contradictorias en materia de costas pues, ciertamente, "... se lee en la parte resolutiva (...) decisión tercera, que se condena a la parte demandante al pago de las costas de las dos instancias, para a continuación, en el aparte cuarto, disponer que sin costas el recurso...".

Cargo segundo

Atinente así mismo a la condena en costas impuesta en la sentencia a cargo de la parte actora, se le hace consistir en el quebranto directo, por falta de aplicación, del inciso segundo del numeral 1° del artículo 393 del Código de Procedimiento Civil, norma que

al decir del recurrente es de derecho sustancial "... puesto que consagra el derecho de quienes litigan contra la Nación de no poder ser condenados al pago de las costas" y sin embargo, incurriendo en "grave error" el Tribunal la ignoró.

SE CONSIDERA

1. Como es bien sabido, por espacio de muchos años, y "... en nutrida serie de decisiones..." la Corte ha sostenido que los pronunciamientos de costas a cargo de los litigantes que contenga la sentencia de instancia impugnada, por sí solos no son susceptibles de ser atacados en casación, habida cuenta del carácter subordinado y dependiente del sentido general, motivación y alcances del fallo que tales pronunciamientos tienen, carácter éste que es por cierto el que lleva a concluir que las aludidas costas y las condenas en que se expresan "... no constituyen en sí un derecho de la parte el obtener crédito por ellas o exonerarse de la correlativa obligación, con independencia del resultado del juicio y de su intervención dentro de él..." (cfr., G. J., T., CXIX, pág. 314. En efecto "... la condenación en costas -ha subrayado de modo reiterado la doctrina jurisprudencial- no prosperando ninguno de los cargos de ilegalidad sobre cuestiones de fondo, no da base a la casación por la naturaleza accesoria que corresponde a la condena, subordinada a la apreciación propia del fondo del derecho discutido por acción o excepción..." [G. J., Ts. LIX, pág. 672, LX, pág. 477, LXI, pág. 107, LXXIV, pág. 48, LXXVI, pág. 414, LXXXVIII, pág. 525, y CXLII, pág. 145, entre muchas otras), *argumento de suyo suficiente para desestimar los dos cargos en estudio.*

Sin embargo, con el exclusivo propósito de abundar en motivos y sobre la hipótesis de que la consideración precedente pudiera hacerse de lado, acerca de dichos cargos, en su orden, es pertinente señalar:

a) En primer lugar, que hay contradicción en las decisiones contenidas en un fallo definitivo y, consiguientemente, contra él procederá el recurso de casación fundado en el numeral 3° del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, cuando tales ordenamientos dispositivos, todos o apenas algunos son de suyo incompatibles entre sí, es decir cuando lo que uno afirma es negado por otro y, a consecuencia de semejante antagonismo, se hace imposible la ejecución simultánea de ellos (cfr., G. J., T. LXII, pág. 476). Pues bien, entendidas así las cosas y por lo que a la condena de pago de costas causadas en segunda instancia concierne, basta una somera lectura de la providencia aquí censurada para concluir que, en cuanto a la descripción objetiva del defecto, le asiste toda la razón al recurrente; si no había lugar a costas "... en el recurso", sin caer en manifiesta contradicción no era posible imponerlo a uno de los litigantes, como en el *sub lite* lo hizo el Tribunal sentenciador, la obligación de pagar las costas de ambas instancias, luego sin más el ataque podría tener alguna consistencia de no ser por el principio que prohíbe reformar en perjuicio del impugnante, principio que dentro de las directrices de carácter general trazadas por el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, es atendible también y debe hacerse efectivo en sede de casación. En efecto, para enmendar la deficiencia constatada y eliminar la notoria contradicción existente, forzoso sería para la Corte, obrando como juzgador de instancia, tener en cuenta el numeral 4° del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil y mantener en lo dispositivo de la

sentencia, únicamente, la condena a cargo de la parte vencida de pagar las costas en las dos instancias, cosa que a todas luces no es lo que persigue el casacionista;

b) Y de otra parte, el cargo segundo señala como quebrantada por falta de aplicación, la impondrsele al actor condena en costas, una disposición de rango legal declarada inexequible con posterioridad a la presentación de la demanda sustentatoria del recurso de casación, situación de interés inocultable que no debe pasar desapercibido sin algunas observaciones.

Aun cuando se trata de un tema completo en grado sumo y acerca del cual la controversia muy lejos está de desaparecer, se ha dicho, en orden a definir los efectos que se le atribuyen a una sentencia de inexequibilidad que en último análisis equivalen a declarar radicalmente inaplicable el precepto de jerarquía legal hallado contrario al ordenamiento constitucional, lo que significa su extinción, la cesación de la fuerza general obligatoria que a dicho precepto le era consustancial, con incidencia inmediata sobre el presente, pues bien sabido se tiene que cuando un fallo de tal naturaleza se profiere por el órgano jurisdiccional competente, lo que era ejecutable hasta entonces no podrá seguirse ejecutando en razón de haberse comprobado esa contradicción con la Carta Política y también con proyección obvia hacia el futuro; en el ámbito del pasado campea por el contrario el dogma de la no retroactividad, es decir, que todas las situaciones jurídicas constituidas, perfeccionadas o consolidadas bajo el imperio de la normatividad declarada inexequible, y de ellas son caracterizada expresión los fallos judiciales pasados en autoridad de cosa juzgada, permanecen incólumes y conservan su validez no obstante la inexequibilidad de la ley que les sirvió de fundamento. De aquí entonces que no sea posible en forma alguna, al amparo de una disposición legal declarada inaplicable y por lo tanto retirada del ordenamiento positivo, llegar a la casación de una providencia judicial común impugnada precisamente por haber dejado de aplicar aquella disposición legal cuando ella todavía gozaba de la presunción de consonancia con la Constitución que la sentencia de inexequibilidad sobreviniente desvirtuó, esto por la sencilla consideración de que, en tales circunstancias, la infirmación por ilegalidad del proveimiento recurrido implicaría reconocerles plena fuerza y tener por subsistentes normas que, en virtud de la declaración de inexequibilidad y para lo sucesivo después de proferida ésta, ha de reputarse que jamás existieron.

Siendo así las cosas y por cuanto la Corte en sentencia de su Sala Plena de fecha 25 de abril de 1991 (Expediente 2235) declaró inexequible el precepto del Código de Procedimiento Civil que la censura señala como infringido por falta de aplicación, el cargo segundo, desde este punto de vista, también perdió entidad.

Por lo dicho, se rechazan entonces los cargos segundo y tercero.

Decisión

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia

y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de fecha veintidós (22) de junio de 1990, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para ponerle fin al proceso ordinario de la referencia.

Las costas en casación son de cargo de la parte recurrente. Tásense en su oportunidad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 068

SUCESION - Transmisión / SUCESION - Representación

Es una forma de suceder, en cuya virtud el heredero de quien fallece sin haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha deferido, acepta tal asignación, lo que sólo acontece en la medida en que acepte la herencia de su propio causante. Requisitos para suceder por transmisión. Representación: noción. Condiciones de esta representación.

PETICION DE HERENCIA

La transmisión hereditaria sirve para fundar esta acción. Acciones que tiene el heredero frente a quienes ocupan la herencia.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de Derecho

Cuando incurre en esta clase de yerro el sentenciador.

DOCUMENTOS - Copias

Requisitos que deben cumplir las copias, para que adquieran la fuerza probatoria del documento primigenio.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Rafael Romero Sierra*

Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Decídese el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 20 de febrero de 1990, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en este proceso ordinario de Manuel Enrique y Elsa Patricia Hernández Solano, representados por María Elsa Solano de Hernández, contra Edgardo Enrique Hernández Niño, como sucesor de Ana Niño de Hernández.

I. Antecedentes

1. Mediante libelo que, por repartimiento correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué, los precitados actores convocaron a proceso ordinario de mayor cuantía a "... Edgardo Enrique Hernández Niño..., a la sucesión de Ana Niño de Hernández, representada por éste como heredero..." para que con su citación y audiencia se hiciesen las siguientes o similares declaraciones:

1a. Que tienen derecho a recoger la herencia que pueda corresponderles en la sucesión de su abuela Ana Niño de Hernández, hasta concurrencia de lo que les cupiere en tal herencia, según las reglas de la sucesión intestada, "por vocación hereditaria que tienen en ella por derecho de representación de su padre legítimo Manuel Vicente Hernández, quien a la vez heredaba a aquélla por derecho personal en su calidad de hijo legítimo";

2a. Que el trabajo de partición y adjudicación realizado en la sucesión de Ana Niño de Hernández les es "... totalmente inoponible ...", y por tanto no produce efecto alguno, "... por haber sido realizado sin su intervención y con detrimento de sus derechos hereditarios";

3a. Que, como consecuencia de lo anterior, se ordene rehacer el aludido trabajo partitivo y de adjudicación "... adjudicándoles lo que en derecho corresponda ... según la vocación hereditaria reclamada en petición anterior, de conformidad con las reglas de la sucesión intestada";

4a. Que se declaren sin valor ni efecto los registros efectuados con apoyo en la partición que se declara inoponible, y que se ordene la cancelación de los mismos, para lo cual se librarán los oficios respectivos a los correspondientes Notario y Registrador de Instrumentos Públicos;

5a. Que el demandado Edgardo Enrique Hernández Niño está obligado a entregarles las "... cosas hereditarias que al tiempo de la muerte pertenecían a la causante Ana Niño de Hernández y también los aumentos que posteriormente haya tenido la herencia, hasta concurrencia de lo que legalmente les corresponda";

6a. Que el precitado demandado también está obligado a pagarles "... el valor de los frutos naturales y civiles de los bienes y aumentos de la herencia, y no sólo los percibidos, sino también los que hubieran podido percibirse con mediana inteligencia y cuidado desde el día del fallecimiento de la causante, dada la temeridad y mala fe en detentar como propios bienes ajenos, hasta el día en que efectivamente se les entregue la parte de bienes que les corresponda...";

7a. Que dicho demandado debe entregarles las cosas cuya restitución se pide "...debidamente purificadas y libres de todo gravamen,...";

8a. En caso de incumplimiento de la predicha obligación, o antes de procederse a la partición "... el partidor que se designe tomará en cuenta el valor de los gravámenes o cargas sobre los bienes a restituirse, para configurar un pasivo a cargo del heredero y radicarlo en cabeza de quien corresponda para atender a dicho pago...; en subsidio, que se le condene a pagar perjuicios según lo que se demuestre en el proceso...".

2. Los hechos constitutivos de la *causa petendi* los relataron los demandantes de la siguiente manera:

a) El matrimonio de Rafael José Hernández Peñuela y Ana o Anita Cardozo o Niño Cardozo procreó a Edgardo Enrique y Manuel Vicente Hernández, nacidos el 20 de septiembre de 1945 y el 5 de abril de 1947, respectivamente;

b) Ana Niño de Hernández falleció el 23 de julio de 1968 y su hijo Manuel Vicente Hernández el 22 de octubre de 1978;

c) Manuel Vicente Hernández había contraído matrimonio con María Elsa Solano de Hernández, el 5 de septiembre de 1971, y de esa unión nacieron los demandantes Manuel Enrique y Elsa Patricia Hernández Solano, el 5 de septiembre de 1972 y el 19 de enero de 1975, respectivamente; "... de conformidad a la demostración que se hace mediante la aportación de los respectivos certificados";

d) El proceso de sucesión de Ana Niño de Hernández se inició en el Juzgado 1° Civil del Circuito de El Espinal por los años de 1979 o 1980 y en él solamente fueron reconocidos como interesados el cónyuge supérstite (por medio de cesionaria a quien había vendido sus gananciales) y Edgardo Enrique Hernández, en calidad de hijo legítimo;

e) El aludido proceso sucesorio culminó y se encuentra judicialmente con partición y sentencia aprobatoria de la misma, de 10 de mayo de 1981, la que fue debidamente registrada "... actos en los cuales aparece que se adjudicó a Edgardo Enrique Hernández Niño, como único heredero e hijo legítimo, la totalidad de la herencia, y al cónyuge sobreviviente por medio de su cesionaria, la cuota de gananciales que le correspondía";

f) Al fallecimiento de Ana Niño de Hernández, y según los grados de parentesco demostrados, deberían haber concurrido a su sucesión el cónyuge o su cesionario, a quien se le debía haber adjudicado el 50% de los bienes sociales, y los hijos legítimos Edgardo Enrique y Manuel Vicente Hernández, a quienes se les debía haber adjudicado el 50% de los bienes sociales, por partes iguales entre ellos, y la totalidad de los bienes propios del causante, también por partes iguales entre ellos; y, como la tramitación del proceso sucesorio de Ana Niño de Hernández se inició con posterioridad al fallecimiento del heredero legítimo Manuel Vicente Hernández, por disposición legal son llamados a sucederlo sus hijos legítimos Manuel Enrique y Elsa Patricia Hernández, los cuales a su vez heredan a Ana Niño de Hernández "... por derecho de representación de su padre, quien a la vez heredaba por derecho personal";

g) El heredero demandado "... ocultó, rechazó e impidió a los descendientes del coheredero Manuel Vicente Hernández el conocimiento y acceso a la tramitación procesal del sucesorio de Ana Niño de Hernández, y mediante su conducta logró que ellos no hubieran podido reclamar sus derechos en el sucesorio, configurándose mala fe de índole civil en su proceder y efectos...";

h) El demandado está en posesión de los bienes de la herencia, con desconocimiento del derecho que le asiste a los demandantes como sucesores a título universal, con derecho real concurrente sobre cada una de las cosas que componen el acervo sucesoral, y por tanto estos últimos tienen acción para que se les adjudique la herencia y se les

restituyan las cosas hereditarias en la parte que les corresponda, y no sólo dichas cosas, sino todos los aumentos de la herencia.

3. En su oportuna respuesta la demanda, el demandado se opuso rotundamente al despacho favorable de las pretensiones deducidas por los actores en su libelo; y respecto de los hechos dijo ser cierto algunos, no constarle otros, y no ser cierto los restantes, sobre los cuales exigió la correspondiente demostración.

4. Agotado el rito del proceso ordinario de mayor cuantía, la primera instancia concluyó con sentencia de 24 de julio de 1989 por medio de la cual el Juzgado de la causa despachó favorablemente las pretensiones de la demanda; y la segunda, se clausuró con sentencia de 20 de febrero de 1990, confirmatoria de aquélla.

5. Contra esta última determinación se interpuso recurso de casación, impugnación que por encontrarse debidamente tramitada pasa a definirse.

II. La Sentencia del Tribunal y sus fundamentos

Tras el recuento de los antecedentes del pleito y de la actuación surtida en la primera instancia, el sentenciador de segundo grado aborda el tema de la controversia, observando que entre las peticiones de la demanda incoatoria del proceso vale la pena destacar aquélla en virtud de la cual los demandantes solicitan la declaración de la vocación hereditaria que les asiste para intervenir "... en el proceso de sucesión de su abuela paterna Ana Niño de Hernández, por derecho de representación de su fallecido padre Manuel Vicente Hernández Niño".

A renglón seguido el *ad quem* advierte que la formulación de dicha petición obedece a que "... en la sucesión de la abuela de los actores, Ana Niño de Hernández, solamente fueron reconocidos como interesados el cónyuge sobreviviente y el hijo legítimo Edgardo Enrique Hernández Niño, sin que acudiera a dicho proceso de liquidación sucesoral el padre legítimo de los demandantes, puesto que como es obvio, éstos representan a su padre Manuel Vicente Hernández Niño hermano de Edgardo Enrique, sucesorio en el que se efectuó la distribución de los bienes allí relacionados o inventariados únicamente entre las dos personas naturales reconocidas procesalmente como interesados o herederos. Es por ello, por lo que se solicita primeramente en la demanda el decreto de reconocimiento de la vocación hereditaria en los demandantes, sustentáculo de la petición de herencia y luego la restitución de los bienes que les puedan corresponder al rehacer la partición y que el heredero demandado detenta en la actualidad.

De ahí que, siguiendo esta secuencia de que primero es la petición de herencia a la que le sigue la acción reivindicatoria, la doctrina es unánime al advertir que aquélla, es decir la petición de herencia, tiene su génesis en el derecho real de herencia y la acción reivindicatoria en el derecho real de dominio; la primera tiene como objeto una universalidad de bienes o cosa singular y la segunda, una cosa singular, particular y determinada. La de petición de herencia, es acción que corresponde incoar al legítimo heredero contra "... el que ocupa indebidamente una herencia diciéndose heredero", mientras que la reivindicatoria corresponde al verdadero dueño contra el poseedor no propietario; y por último, al accionante en la de petición de herencia le compete probar

su calidad de heredero, cuestión fundamental, al paso que al demandante en reivindicación le asiste la obligación de probar el derecho de dominio o propiedad que invoca"; por tanto, continúa el *ad quem* "... de acuerdo con el enunciado del mismo artículo 1321 del Código Civil que la acción allí consagrada sólo se puede ejercitar -sujeto pasivo- con la persona que se encuentre ocupando la herencia en 'calidad de heredero' y no contra la persona que se encuentre en situación diferente o distinta, como por ejemplo, ser poseedor o propietario por causa de un contrato. De donde se sigue que por activa quien está legitimado en la petición de herencia es el accionista (sic) que posee la vocación herencial que es lo que le da prioridad respecto del demandado".

Y de frente al elenco probatorio obrante en el proceso, el Tribunal sentó las siguientes reflexiones:

a) "Al tenor de lo que anuncian y comprueban los documentos con la demanda en todo aquello referente a las partidas de origen civil pertenecientes a los integrantes de la parte actora, por medio de tales documentos se acredita indeficientemente que los menores demandantes representados por su madre María Elsa Solano, se presentan al proceso en calidad de tales por Ministerio de la vocación hereditaria que les otorga el derecho de representación de su premuerto padre Manuel Vicente Hernández Niño, y merced a que éste era hijo legítimo de Ana Niño de Hernández y en el respectivo sucesorio de esta causante no fue incluido Manuel Vicente ni su descendencia legítima. En esto consiste pues el derecho que tienen para pedir los sujetos activos en la acción de petición de herencia puesto que, como se dijo enantes, consecuencialmente también invocan la acción reivindicatoria frente a un demandado común en ambas acciones quien es Edgardo Enrique Hernández Niño";

b) "El folio 13 y siguientes del cuaderno No. (sic) se encuentra la escritura número 1086 de 28 de diciembre de 1982 de la Notaría Unica del Espinal por la que se protocoliza el proceso sucesorio de la causante Ana Niño de Hernández, documento público que da noticia cierta de los bienes repartidos y de la forma y términos en que la partición se ejecutó, bienes que fueron repartidos solamente entre dos consignatarios, el cónyuge sobreviviente que vendió sus derechos a María Faid Huertas de Hernández y el hijo legítimo Edgardo Enrique Hernández Niño, a su turno hermano legítimo del padre de los demandantes y quien fue preterido y olvidado en aquel sucesorio.

"Del análisis que se hace de la mencionada escritura de protocolización del sucesorio de Ana Hernández, se advierte nitidamente que el demandado -tío de los menores actores- ocupa la herencia de éstos y los bienes que la conforman que pertenecían al padre de los demandantes quienes actúan aquí en este proceso motivados por el derecho de representación legal sucesoral de su padre premuerto Manuel Vicente Hernández Niño. Esto hace exitosa la acción de petición de herencia y por lo mismo, se debe ordenar rehacer la partición del multicitado sucesorio de doña Ana Hernández en la forma que se indica en la parte motiva de la sentencia apelada y que el Tribunal prohija y aprueba en todo aquello que fue estimado y resuelto por el fallador de instancia y que tiene que ver directamente con las peticiones consecuenciales esgrimidas en libelo demandador una vez lograda la prosperidad de la acción principal de petición de herencia, y así mismo teniendo de presente y tomando muy en cuenta que la porción de la herencia afectada es aquella que le correspondió al demandado Enrique Hernández

y no la otra que se le adjudicó al cónyuge *superstite* José Rafael Hernández Peñuela y quien cediera sus derechos a la persona citada al proceso en sus postrimerías, señora María Faid Huertas de Hernández. Por esta especial circunstancia el demandado Edgardo Enrique Hernández es la persona a quien se condena para que efectúe las restituciones decretadas y pedidas en la demanda y que ahora integran los numerales correspondientes y pertinentes de la parte resolutiva del fallo que se confirma y habida consideración de que respecto de las súplicas demandatorias que denegó el Juzgado de primer grado, dicha negativa se ajusta a la realidad procesal, como quiera que en lo atinente con los frutos civiles y las expensas o mejoras correspondientes al demandado, su tasación deberá hacerse conforme lo dicta el artículo 308 del C. de P. Civil, según y conforme su reconocimiento consignado en los ordinales tercero y cuarto de la resolución del fallo que el Tribunal cohonesta y mantiene".

III. La Demanda de Casación

Con fundamento en la causal primera de casación que consagra el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, dos cargos formula la parte demandada recurrente contra la sentencia precedentemente resumida, que la Corte despachará en orden inverso al propuesto, por cuanto el último pretende su aniquilamiento global.

Cargo segundo

Acúsase la sentencia de infringir, directamente, el artículo 1014 del Código Civil, por falta de aplicación y, los artículos 1041, 1042, 1043, 1045, 1239, 1240, 1241, 1242, 1253, 1321, 1322, 1323 y 1325 *ibidem*, por aplicación indebida.

Tras puntualizar que el error denunciado "... emana de una desacertada diagnosis del fenómeno jurídico y por consiguiente de la aplicación inadecuada de normas de derecho sustancial en las que no está subsumido el derecho probado y, de contragolpe, por la falta de aplicación de los cánones que contemplan el verdadero derecho invocado..." y, que, el recurrente "... no desconoce el derecho de los demandantes a recoger la herencia de su abuela en la cuota correspondiente a su padre ..." la censura simplemente alega que "el derecho de *representación* sucesoria invocado no existe, pues el derecho es el de *transmisión* hereditaria".

De consiguiente, el recurrente afirma que el Tribunal erró "... al encasillar en la correspondiente norma legal el fenómeno fáctico bien apreciado, pues a pesar de que entendió cabalmente que el padre de los menores demandantes murió varios años después de su madre, sin aceptar o repudiar la herencia que, por disposición de los artículos 1012 y 1013 del C. Civil, se le había deferido desde la fecha de la muerte de su madre, calificó como *derecho de representación* sucesoria (art. 1041 del C. Civil) lo que es un típico derecho de transmisión hereditaria (art. 1014 ibidem), figura jurídica ésta que por tener sus propios contornos o perfiles, no puede ser confundida con aquélla".

Y con reproducción total del contenido del artículo 1014 del Código Civil el impugnante afirma que "... en la especie de esta litis se acreditó y así lo admitió el Tribunal *ad quem*, que Manuel Vicente Hernández Niño, heredero de Ana Niño de Hernández en su calidad de hijo legítimo suyo, falleció años después que aquélla sin

haber aceptado o repudiado la herencia materna que se había deferido al morir su progenitora. Y como también se acreditó que los dos menores demandantes son, a su vez, herederos de Manuel Vicente, síguese que ellos, por derecho de *transmisión*, tienen derecho para aceptar la herencia de su abuela en su calidad de herederos de Manuel Vicente. El derecho que los asiste es, pues, el de *transmisión* hereditaria, consagrado por el artículo 1014 citado, y *no el de representación*, al que se refieren los artículos 1041 a 1045 del mismo Código, pues este derecho, en la hipótesis aquí controvertida, sólo podría haberse presentado si Manuel Vicente Hernández, padre de los menores demandantes e hijo de la causante Ana Niño de Hernández, hubiera muerto *antes* que ésta y no varios años *después* como realmente se comprobó".

Agrega la censura que "... la representación sucesoria, como lo expresa Carrizosa Pardo, es un estatuto legal por medio del cual se permite a un pariente de grado más alejado, que recoja la parte que su padre o su madre habrían recogido si hubiesen querido o podido suceder. Y entre los eventos de representación en Colombia, el representar a una persona premuerta es el caso típico de representación.

Seguidamente el impugnante afirma que "... como en este litigio los menores Hernández Solano reclaman la herencia de su abuela en virtud de que su padre, a pesar de haber muerto varios años después de ella, aún no había aceptado la herencia materna ya deferida según el artículo 1013 del Código Civil, el derecho que los asiste es el de *transmisión hereditaria* y no el de *representación sucesoria* que fue el invocado en la demanda y el reconocido por los falladores de instancia"; reiterando que "... no se trata aquí de representación, sino de transmisión, ..., pues Manuel Vicente Hernández no dejó de existir *antes* que su madre Ana Niño de Hernández, sino *varios años después*, cuando ya se le había deferido la herencia materna, respecto de la cual Manuel Vicente no manifestó, antes de morir, si la aceptaba o repudiaba. Situación ésta que otorga a sus hijos Manuel Enrique y Elsa Patricia, por *derecho de transmisión*, la facultad de aceptar la herencia dejada por la abuela paterna". Por tanto, remata la censura, "... al no haberse demostrado el derecho de representación invocado en la demanda introductoria del proceso, sino otro, el Tribunal quebrantó, por aplicación indebida, los artículos 1041, 1042 y 1043 del C. Civil y por falta de aplicación el 1014 ibídem, consecuencialmente, al conceder la acción de petición de herencia con apoyo en el derecho de representación, infringió, por el concepto de aplicación indebida, los textos legales que facultan al heredero concurrente para que quien posee la herencia a título de heredero y de modo exclusivo, le restituya su cuota hereditaria con los respectivos frutos, textos legales que encierran los artículos 1045, 1239, 1240, 1241, 1242, 1253, 1321, 1322 y 1323 del C. Civil y además los artículos 946, 947, 949, 950, 952 y 1325 de la misma obra, pues en algún pasaje dice el Tribunal que también se invocó la acción reivindicatoria contra el demandado".

Consideraciones

1. Es indiscutible que el trazado fáctico del proceso, correctamente apreciado por el Tribunal *ad quem* y expresamente compartido por la censura al elegir la vía directa para la impugnación de la sentencia recurrida, diseña indudablemente la figura jurídica de la transmisión hereditaria y no de la representación sucesoral, como equivocadamente se le calificó en el caso *sub lite*.

En el caso de este pleito el Tribunal tuvo por establecido que Ana Niño de Hernández, madre de Edgardo Enrique y Manuel Vicente Hernández Niño, falleció el 23 de julio de 1968, y uno de sus precitados hijos, Manuel Vicente Hernández Niño, murió algunos años después, concretamente, el 22 de octubre de 1987, quien había contraído nupcias con Elsa María Solano, de cuya unión nacieron los ahora demandantes Manuel Enrique y Elsa Patricia Hernández Solano; también advirtió que la liquidación de la sucesión de Ana Niño de Hernández se inició después de la muerte de Manuel Vicente Hernández Niño, a cuya actuación judicial no concurrió, desde luego, éste ni su premencionada descendencia legítima.

Es evidente, entonces, que fue a Manuel Vicente Hernández Niño, y no a los hijos de éste, a quien se le defirió la respectiva cuota de la herencia de Ana Niño de Hernández; pero como Manuel Vicente Hernández Niño falleció sin haber aceptado o repudiado esa cuota hereditaria, quiere decir que trasmitió a sus hijos el derecho de optar entre esos dos extremos, opción que, en el evento de aceptación, se traduciría necesariamente en el derecho de recibir la cuota de Manuel Vicente Hernández Niño en la herencia de Ana Niño de Hernández, que fue lo que Manuel Enrique y Elsa Patricia Hernández Solano reclamaron en la demanda, como nietos de la causante Ana Niño de Hernández.

La equivocada calificación que éstos le dieron al conflicto, cuando en la demanda, luego de manifestar que son hijos legítimos de Manuel Vicente Hernández Niño, a su vez hijo legítimo de la *de cujus* Ana Niño de Hernández, y por consiguiente, nietos legítimos de ésta, expresaron que la heredaban "... por derecho de representación de su padre legítimo Manuel Vicente Hernández, quien a su vez heredaba a aquélla por derecho personal en su calidad de hijo legítimo...", no tiene por qué repercutir en el tratamiento jurídico de la controversia, pues que corresponde al juzgador, y no a los litigantes, definir el derecho que se discute: *iura novit curia*.

De consiguiente, erró el Tribunal en el punto de doctrina, cuando, dado el orden cronológico, que tuvo por establecido, de las defunciones de Ana Hernández de Niño y Manuel Vicente Hernández Niño, estructuró su razonamiento en el fenómeno de la sucesión por representación, confundiéndolo con el de la transmisión, razón por la cual procede la rectificación correspondiente.

2. *La transmisión de la herencia constituye la transmisión del derecho de delación* ius delationis *que adquiere todo heredero o legatario en el momento de la muerte del causante, y en virtud de ese derecho el heredero o legatario tiene la facultad de aceptar o repudiar; desde luego que, cuando media la aceptación, tal derecho se convierte en definitivo, pero la ley protege ese derecho antes de su aceptación: en efecto, si deferida la herencia o legado al heredero o legatario, éstos mueren antes de ejercer la facultad de aceptar o repudiar, transmiten de plano a sus respectivos herederos tal facultad.*

Así ha explicado, por tanto, la doctrina de la Corte el fenómeno de la transmisión sucesoral:

"La sucesión por transmisión es una forma de suceder, en cuya virtud el heredero de quien fallece sin haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha deferido, acepta tal asignación, lo que sólo puede hacer en cuanto acepte la herencia de su propio causante. Este concepto que predica el artículo 1014 del Código Civil,

indica que para suceder por transmisión se requiere que el causante en cuya sucesión se origina la asignación haya finado antes que su asignatario y que éste fallezca luego, sin haber ejercitado respecto de la misma su derecho de opción, el cual, encontrándose intacto, se transmite así a su propio heredero.

"Y aunque el fenómeno se descompone en dos sucesiones distintas: la del de cujus *o primer causante por su asignatario directo, y la de éste por su inmediato heredero, cada una con su contenido propio, ello no obsta para que, al ejercitar el actual heredero el derecho de opción en el sentido de aceptar la herencia deferida a su inmediato causante, quede colocado respecto de ella en la misma posición que tendría su autor si fuese éste el ejercitante de ese derecho"* (Cas. Civ. de 9 de agosto de 1965; G. J. T. CXIII, pág. 142). *En cambio, ha dicho la misma Corte "la representación sucesoria es un modo de heredar, en cuya virtud el descendiente legítimo de un hijo legítimo o natural del causante, o de un hermano legítimo o natural de éste, sube a ocupar el lugar hereditario del dicho hijo o hermano, que no pudo o no quiso suceder (arts. 1041, 1043 y 1044 C.C.). Son condiciones de esta representación: a) que el lugar del representado esté vacante, lo que puede producirse por su muerte anterior a la del* de cujus, *por su indignidad para sucederle, su desheredación o por haber repudiado la herencia; b) que, si el representante no es inmediato descendiente del representado, los grados intermedios de parentesco estén igualmente vacantes; y c) que el representante tenga en relación con el* de cujus *las condiciones personales de capacidad y de dignidad indispensables para heredarlo. Todo esto, porque, en el ámbito del fenómeno de que se trata, el representante no es sucesor del representado, sino tan sólo del causante, desde luego que han padecido eclipse todos los grados que se interponían entre ese y quien le sucede por representación, el cual se constituye entonces en su causahabiente inmediato. La representación es así un derecho propio del representante, que lo legitima para ocupar el puesto que ha dejado vacío el representado en la sucesión del difunto. De aquí que se puede representar, no sólo al premuerto, sino al indigno, al desheredado y al que repudió la herencia del difunto. Y aún más: que se pueda representar al ascendiente cuya herencia se ha repudiado (1044)"* (Cas. Civ. 17 de julio de 1961, G. J. T. XCVI, 160, 161; 9 de agosto de 1965, G. J. T. CXIII, 142).

3. Sin embargo de la equivocada calificación jurídica que el sentenciador de instancia le dio a los supuestos fácticos del proceso, siguiendo en ello el desacertado criterio del *a quo*, la sentencia impugnada debe mantenerse en pie, por cuanto el error cometido en el punto anotado es intrascendente, como quiera que a pesar de su errada motivación la parte resolutiva se ajusta a derecho, dado que *la transmisión hereditaria también sirva para fundar en ella la petición de herencia, máxime si se tiene en cuenta que el aspecto relativo a la aceptación o repudiación de la herencia de Manuel Vicente Hernández Niño por parte de los actores constituyó punto pacífico dentro del litigio, pues, de conformidad con el artículo 1321 del Código Civil el que probare su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero..."* tiene acción para que *"... se le adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales; y aun aquéllas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, prendario, arrendatario, etc., y que no hubieren vuelto legítimamente a sus dueños"*, acción real y universal, cuyo sujeto activo ha de ser el legítimo heredero y cuyo sujeto pasivo necesario es el ocupante de la herencia con

pretensiones de heredero, por modo que el centro de gravedad de esta acción finca en la discusión de esa calidad, y que es procedente no sólo en relación con la totalidad de la herencia, cuando su ocupante no tiene derecho alguno sobre ella, sino también respecto de una cuota de la universalidad, cuando su poseedor, que también es heredero, excediéndose en su derecho, ha entrado a tomar para sí, a tal título, aquella cuota que no le corresponde.

En el punto, ha dicho, en efecto, la Corte:

"Por transmisión sucesoral, o sea por la vocación hereditaria, el heredero se encuentra desde la apertura de la causa mortuoria en sustitución del difunto. Adquiere el heredero todos sus derechos de administración y goce, el ejercicio de todas las acciones transmisibles que pertenecían al difunto, reales o personales, posesorias o petitorias.

"En presencia de un contradictor calificado o pretendido heredero, el heredero verdadero debe dar la prueba de su título. Para establecer una calidad que le es personal, las acciones del difunto no le serán de utilidad; es necesario una acción especial, nacida de su persona y que sea la consecuencia de su vocación hereditaria. Esta acción es la petición de herencia.

"Se podría definir ésta como la acción real dada al heredero contra aquellos que, pretendiendo tener derecho en la sucesión, la retienen en el hecho, en su totalidad, o en una parte. Se funda, pues, en el derecho que tenga el demandante a la herencia ocupada por otro en calidad de heredero, derecho que dimana del carácter de tal que compruebe como prevaleciente sobre la misma calidad que pretende tener el ocupante de los bienes hereditarios. Se discute, pues, la determinación de tal carácter.

"Es acción real porque nace del derecho real de herencia (art. 665 C.C.). En un amplio significado el heredero es propietario de la sucesión y poseedor legal de ella, desde el momento de la vocación hereditaria, o sea, desde el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata.

"El heredero triunfante en petición de herencia obtiene la adjudicación de ésta, y la restitución consiguiente de los bienes relictos, aun de los que el difunto tenía a título precario, de los aumentos y frutos; es decir, de la cosa demandada y sus accesorios (art. 1321 C.C.).

"Al decidirse la acción de petición de herencia a favor del actor, ha dicho la Corte, no es indispensable que la sentencia declare que se le adjudica la herencia al demandante, porque la adjudicación queda hecha al declarar que el demandante es heredero de mejor derecho que el que la ocupa en calidad de tal y ordenar se entreguen los bienes al primero. El derecho a la herencia no se reconoce diciendo precisamente el sentenciador que la adjudica al demandante, sino declarándolo heredero con exclusión del demandado y disponiendo que éste restituya los bienes *(J. de la C.S.J. Tomo I, No. 2981) (negrillas de la Sala).*

"Al fallecer una persona, su heredero puede encontrarse con respecto a la universalidad herencial o a determinados bienes de ésta, en cualquiera de los casos siguientes:

a) En presencia de terceros que posean bienes singulares de la mortuoria a título de dueños;

b) Ante terceros que ocupan la herencia a título de herederos;

c) Ante terceros que están en posesión de determinados bienes herenciales por haberlos adquirido de manos de herederos putativos.

"En tal evento el heredero puede ejercitar las acciones que le competen así:

"Por medio de acciones petitorias o posesorias, reales o personales, que corresponderían al causante, si él estuviere vivo. Obra como representante jurídico del difunto y no habiéndose liquidado la herencia debe demandar para ésta, para la universalidad herencial.

"En el segundo caso le corresponde entablar contra el heredero putativo contra quien ocupa la herencia como tal la acción de petición de herencia, la cual tiene como objeto la adjudicación de los bienes a favor del actor y la restitución de los mismos. El demandante debe demostrar su condición de heredero de mejor derecho. Este es el título de su acción. Se discute ante todo la calidad de heredero.

"Y por último, cuando los bienes están en poder de un tercero que los adquirió del heredero putativo, de quien pretendiéndose heredero liquidó a su favor la causa mortuoria y se constituyó en titular de los bienes herenciales por cancelación del registro hecha en cabeza del causante; entonces el heredero verdadero, el legítimo titular de la herencia debe, por una parte, discutir con el putativo el título de tal, demandar de éste la entrega de la herencia y dirigir a su vez la acción de reivindicación, aún dentro del mismo juicio, contra el poseedor de bienes determinado de la mortuoria, para que éste sea condenado a restituirlos.

"En este último caso cabe, a su vez, una distinción: si el heredero verdadero es único y el putativo liquidó la herencia mediante los trámites correspondientes, hasta el registro de la partición y sentencia aprobatoria, entonces bastaría entablar la acción de petición de herencia y reivindicar para sí, de manos del tercero, los bienes poseídos por éste" (Cas. Civ. de 27 de febrero de 1946, G. J. LX, 49 y 50).

4. Por la misma razón, dada la intangible situación fáctica, resulta intrascendente la censura consignada en el cargo consistente en que, además, el Tribunal afirmó que los demandantes "... consecuencialmente también invocan la acción reivindicatoria frente a un demandado común en ambas acciones quien es Edgardo Enrique Hernández Niño, pues la restitución de los bienes herenciales, así como su adjudicación, queda ordenada cuando se declara que el demandante es heredero de mejor derecho del que ocupa la herencia en calidad de tal, como quiera que dicha adjudicación y restitución es la consecuencia de probar el derecho a una herencia ocupada por otra persona en calidad de heredero (art. 1321 C.C.).

De consiguiente, el cargo no prospera.

Cargo primero

Denúnciase la sentencia de quebrantar los artículos 1041, 1042, 1043, 1045, 1321, 1322 y 1323 del Código Civil, por aplicación indebida, con violación medio del inciso

primero del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, a causa del error de derecho cometido en la valoración del registro civil de nacimiento de la menor Elsa Patricia Hernández Solano, obrante a folio 12 del cuaderno No. 1, falencia probatoria que se desenvuelve en los siguientes términos:

"El folio 12 del cuaderno No. 1 es una fotocopia del registro civil de nacimiento de la demandante Elsa Patricia Hernández Solano inscrito en la Notaría Quinta de Bogotá. Cometiendo error de derecho, el Tribunal de Ibagué le concedió pleno valor probatorio, a pesar de que dicha fotocopia aparece autorizada no por el Notario Quinto en cuya oficina se encuentra el original, sino por el Notario Veintisiete de Bogotá. Con menosprecio del artículo 254 del C. de P. Civil, el fallador de segundo grado, no obstante que dicha fotocopia no fue autorizada por el Notario Quinto sino por el Veintisiete, le dio pleno valor probatorio, con lo que cayó en yerro *de iure* al concederle a ese documento un valor probatorio de que carece, pues es bien claro el texto legal cuando fija que las copias tendrán el mismo valor probatorio del original sólo en los casos contemplados en los puntos 1 y 2 del citado artículo 254.

"Este error llevó al Tribunal a dar por demostrado, sin estarlo, el nacimiento de la menor demandante Elsa Patricia, a dar por acreditado ese hecho con un documento que carece de ese poder demostrativo. Yerro que condujo al Tribunal a violar, por aplicación indebida, los textos del Código Civil indicados al inicio del cargo, que dan derecho al nieto para recoger, en la sucesión de la abuela, la cuota hereditaria que correspondería a su padre que éste transmitió por haber muerto sin haberla aceptado, y que le dan derecho para pedir su herencia de quien está poseyendo la cosa hereditaria a título de heredero".

Agrega que, igualmente se violaron "... por el mismo concepto, los artículos 946, 947, 949, 950, 952 y 1325 del C. Civil, ya que en un pasaje de la sentencia se dice que también se ejerció la acción reivindicatoria frente a un demandado común".

CONSIDERACIONES

1. *Ha sido doctrina constante y uniforme de la Corte que "... cuando el sentenciador, en la tarea ponderativa de los medios de convicción, subestima las normas que regulan la producción o ritualidad, conducencia o eficacia de las pruebas, incurre en yerro de derecho", pues este linaje de error, según la doctrina de la Corporación, se ofrece "...cuando 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 avalúa por estimar erradamente que fueron ilegalmente rituadas; o cuando le da valor persuasivo a un medio que la ley expresamente prohibe 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" (Cas. Civ. de 25 de septiembre de 1973, CXLVII, 65, 18 de enero de 1982).*

2. Respecto de la prueba documental, cuya aducción al proceso puede hacerse en original o en copia, la Corte dijo acerca del valor probatorio de estas últimas y desde

luego con respaldo en la preceptiva del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, vigente para la época de la tramitación del asunto, lo siguiente:

"Característica de los documentos como medios de prueba, que los hace singulares en frente de los restantes, es la posibilidad de llevarlos al proceso originales o en copias; copias que, según lo determina el artículo 253 del Código de Procedimiento Civil pueden consistir en transcripción o en reproducción mecánica del documento...".

"Siendo legalmente factible la réplica de los documentos, lógico resulta que el propio ordenamiento también reglamente el mérito probatorio de las copias, así como las condiciones en las que deben producirse, cuestiones a las que atiende el artículo 254 ibídem al señalar que las copias tendrán el mismo valor probatorio del original en los siguientes supuestos:

"1. Cuando hayan sido autorizadas por un notario u otro funcionario público en cuya oficina se encuentre el original o copia auténtica, y cuando se trate de reproducción que cumpla el requisito exigido en el artículo precedente.

"2. Cuando sean compulsadas del original o de copia auténtica en el curso de inspección judicial salvo que la ley disponga otra cosa".

Concretando el análisis al ordinal 1°, se observa que él incluye dos casos en los que las copias adquieren la fuerza probatoria del documento primigenio: uno, cuando hayan sido autorizadas por un notario u otro funcionario público, en cuya oficina repose el original o copia auténtica del mismo, y otro, cuando por tratarse de una reproducción mecánica, ésta, dice la norma, "cumpla con el requisito exigido en el artículo precedente".

El sentido del primero de esos dos supuestos es claro: bajo la condición de que en sus oficinas se hallen, bien sea el original del documento, bien una copia auténtica del mismo, el notario, o el funcionario público, en general, están investidos de la facultad de expedir copias con idéntico valor probatorio al de aquél.

En lo que atañe al segundo, es oportuno hacer algunas acotaciones tendientes, precisamente, a justificar su separación de la primera parte del ordinal y, por ende, a fijar su alcance real, máxime cuando lo allí previsto es de gran importancia para el despacho del cargo.

Que la segunda parte del ordinal 1° del artículo 254 contiene una previsión normativa diferente a la que atrás se ha destacado, es algo que se desprende de lo siguiente: dice esa segunda parte del ordinal 1°: "... Y cuando se trate de reproducción que cumpla el requisito exigido en el artículo precedente" (se dest.). A términos del artículo 253, este requisito reside en que "la reproducción deberá ser autenticada por un Notario o Juez, previo el respectivo cotejo" (se dest.). Si este aparte del ordinal se tuviera como un complemento de lo determinado al comienzo, complemento destinado a erigir la satisfacción de una cierta exigencia adicional cuando la copia sea una reproducción mecánica, se estaría, con ello, queriendo decir, que cuando la copia consista en una transcripción, basta con la autorización del Notario o del funcionario en cuya oficina esté el original o una copia auténtica del documento transcrito para que aquélla asuma la misma eficacia probatoria que merezca el primer ejemplar; pero que

cuando esa copia esté constituida por una reproducción mecánica la autorización dejaría de ser suficiente porque, a más de ella también se necesitaría de la autenticación del Juez o del Notario, estampada con fundamento en el cotejo que lleve a cabo entre la réplica y el original o la copia auténtica del documento. Como este entendimiento de la regla legal es manifiestamente confuso, lo más atinado reside en admitir que, conforme se anticipó, el ordinal 1° del artículo 254 engloba dos hipótesis sin ninguna conexión entre ellas, más destinadas ambas al establecimiento de la equivalencia demostrativa entre el original del documento y su copia.

"Sentado lo anterior, ha de agregarse que el cotejo del que se habla en el artículo 253 y al que remite la segunda parte del inciso 1° del artículo 254, si bien tiene que ser verificado sobre el original, también puede serlo con base en una copia auténtica, por no darse razón atendible para que mientras que al propio Notario, o, en términos generales, al funcionario público, se les tiene como facultados para autorizar una transcripción elaborada a partir de una copia auténtica, se concluyera en cambio que la misma ley no les permite, ni al inicialmente nombrado, ni al Juez, el cotejar y el autorizar una reproducción mecánica extraída de una copia auténtica del documento.

"Por último, corolario obligado de que el ordinal 1° contemple dos formas distintas de emitir copias de un documento, es el que cuando se esté enfrente de una fotocopia autenticada por un Notario o Juez no corresponde pedir que en el respectivo despacho exista el original o copia auténtica del documento, desde luego que semejante condición viene referida es a lo que el aludido precepto estatuye en su primera parte" (G. J. CLXXXIV, 179 y 180).

3. De manera que, aunque los precitados artículos (253 y 254 del C. de P.C.) no son suficientemente explícitos en cuanto al valor demostrativo de las fotocopias autenticadas por Juez o Notario con base en la presentación de copias auténticas, en cuyos archivos no reposen los respectivos documentos originales, la doctrina de la Corte concluyó que el cotejo que tiene lugar en la autenticación de fotocopias, puede hacerse no sólo con respecto a los documentos originales, sino también con relación a las copias auténticas de ellos; además, que tampoco es indispensable que dichos originales o sus copias auténticas reposen en las oficinas del Juez o Notario encargado del cotejo, requisito requerido únicamente para las transcripciones, puesto que para su legal procedencia basta simplemente que hayan sido puestos en presencia de cualquiera de estos dos funcionarios a la par que los ejemplares reproducidos, y que en la diligencia de autenticación se deje testimonio de la ocurrencia de una de esas dos alternativas, es decir, si la cotejación se hizo con el original o con copia auténtica de él.

4. Sin embargo, el Decreto 2282 de 1989 reformatorio del Código de Procedimiento Civil recogió como canon legal lo que antes de su vigencia (1° de junio de 1990) era doctrina de la Corte en el punto comentado, por cuanto en la nueva redacción del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil se determinó expresamente que las copias tienen el mismo valor probatorio del original, entre otros casos, "... cuando sean autenticadas por Notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente".

5. Así las cosas, en el presente caso, bien sea al amparo de la jurisprudencia de la Corte o de la nueva legislación probatoria introducida por la vigencia del Decreto 2282

de 1989, el Tribunal no cometió el error de derecho que le atribuye la censura, al otorgarle mérito probatorio a la fotocopia del registro civil de nacimiento de la menor Elsa Patricia Hernández Solano, pues si bien dicha fotocopia fue autenticada por Notario en cuya oficina no reposaba el registro (Notaría 27), tal autenticación se llevó a cabo mediante cotejo con la exhibición de la copia expedida por el Notario en cuyo despacho reposaba el aludido registro (Notaría 5ª), de todo lo cual se dejó la constancia respectiva como se establece del cuerpo de dicho documento.

Por tanto, este cargo tampoco prospera.

6. Sin embargo, de la improsperidad de los cargos, la parte recurrente no será condenada al pago de las costas causadas en la tramitación del recurso extraordinario, de conformidad con los dos últimos incisos del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil.

IV. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia de 20 de febrero de 1990, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en este proceso ordinario promovido por María Elsa Solano de Hernández en representación de Manuel Enrique y Elsa Patricia Hernández Solano contra Edgardo Enrique Hernández Niño y la sucesión de Ana Niño Hernández.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 085

SIMULACION - Relativa / SIMULACION - Por interpuesta Persona

Definición. Los terceros frente al negocio jurídico simulado. La simulación por interpuesta persona requiere de un acuerdo simulatorio, el cual tiene que comprender también al testaferro. Papel y responsabilidad de este último.

SIMULACION - Indicios / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de Hecho - Indicios

Deben ser apreciados en conjunto armonizando o entretejiendo unos con otros. Hipótesis en que tiene lugar el error de hecho en la apreciación de los indicios.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Héctor Marín Naranjo*

Santafé de Bogotá, D.C., doce (12) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Decide la Corte el recurso de casación que la parte actora interpuso en oportunidad contra la sentencia de segunda instancia, de fecha cuatro (4) de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario de Luz Elena Vélez Correa en frente de Gloria Mercedes Alvarez Corral, Matilde Inés Builes Gómez y Olivia Elena Torres Builes.

Antecedentes

1. Mediante demanda introductoria que en el correspondiente reparto fue asignada al Juzgado Primero Civil del Circuito de Bello (Ant.), Luz Elena Vélez Correa, mayor

de edad y vecina de Medellín, como "heredera universal de José Pablo Hernando Vélez Escobar y para la sucesión", demandó a Gloria Mercedes Alvarez Corral, Matilde Inés Builes Gómez y Olivia Elena Torres Builes, según las siguientes peticiones:

"Se declare simulado por interposición de persona el contrato de compraventa contenido en la escritura 203 de 10 de febrero de 1977 de la Notaría Unica de Bello (Ant.) y el contrato de compraventa contenido en la escritura 3375 de 20 de diciembre de 1979 de la Notaría Segunda de Medellín, siendo la interpuesta persona o testaferro la señora Gloria Mercedes Alvarez Corral como aparente compradora y el comprador real el señor José Pablo Hernando Vélez Escobar.

"Que en consecuencia se ordene la cancelación de la inscripción que se hizo en los folios de matrícula 001-225072 y 001-231781 de las compraventas referidas a favor de Gloria Mercedes Alvarez Corral y se ordene la inscripción de dichas compraventas a favor del señor José Pablo Hernando Vélez Escobar.

"Que se ordene la cancelación del folio de matrícula 001-311089 abierto con base en la escritura de englobamiento y declaración de construcción 649 de 23 de mayo de 1983 y también la cancelación de esta última escritura.

"Que igualmente a consecuencia de la declaración inicial se ordene a la señora Gloria Mercedes Alvarez Corral la restitución de los inmuebles a que se refieren dichos contratos.

"Se condene en costas a la parte vencida".

ii. Compendiados, los hechos en que la actora apoyó sus pretensiones son éstos:

Que José Pablo Hernando Vélez Escobar (quien falleció en Bello, Ant., el 31 de octubre de 1982), "tuvo matrimonio con Luz Elena Correa Hernández, habiendo nacido de dicha unión Luz Elena Vélez Correa".

Que el mismo Vélez Escobar "hizo vida común con la señora Gloria Mercedes Alvarez Corral durante varios años y hasta el momento de la muerte".

Que el proceso sucesorio de Vélez Escobar fue abierto ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bello (Ant.) y que allí se reconoció a Luz Elena Vélez Correa como heredera universal de aquél, dada su calidad de hija legítima única del matrimonio Vélez Escobar-Correa Hernández.

Que, en el momento de su muerte, el causante estaba separado de bienes de su cónyuge Luz Elena Correa Hernández.

Que, con motivo del proceso de separación de bienes "y de otro de alimentos" que la cónyuge Correa Hernández había promovido años atrás frente al señor Vélez Escobar, éste había optado por colocar sus bienes a nombre de terceros.

Que "el 1° de febrero de 1977 el señor José Pablo Hernando Vélez Escobar compró a Matilde Inés Builes Gómez y Olivia Elena Torres Builes un inmueble (que a continuación fue identificado) por medio de la escritura 203 de la Notaría de Bello", cuyo precio "fue pagado con dinero del señor José Pablo Hernando Vélez Escobar", a pesar de lo cual se hizo figurar como compradora a Gloria Mercedes Alvarez Corral.

Que el 20 de diciembre de 1979, según la escritura 3375 de esa misma fecha, otorgada ante la Notaría Segunda de Medellín, Matilde Inés Builes Gómez y Olivia Elena Torres Builes "vendieron otro lote de terreno al señor José Pablo Hernando Vélez Escobar, habiendo figurado simuladamente la señora Gloria Mercedes Alvarez Corral".

Que, con posterioridad a la muerte de Vélez Escobar, la señora Gloria Mercedes Alvarez Corral, según escritura 649, del 23 de mayo de 1983, Notaría Primera de Medellín, englobó en uno solo los dos inmuebles citados, y que, en la citada escritura, la misma otorgante hizo una declaración de construcción sobre el lote englobado, según la cláusula cuarta, que se transcribe.

Que "dicha cláusula contiene una declaración de parte que no corresponde a la verdad, pues dichas construcciones fueron realizadas a expensas del señor José Pablo Hernando Vélez Escobar, con dinero de su propiedad, girados de la cuenta bancaria que aparecía a nombre de Gloria Mercedes Alvarez Corral pero que realmente era del señor José Pablo Hernando Vélez Escobar...".

Las demandadas fueron notificadas en debida forma del auto admisorio de la demanda, pero sólo compareció Gloria Mercedes Alvarez Corral para aceptar unos hechos de la demanda, negar otros y oponerse a las pretensiones de la demandante con fundamento en dos excepciones de mérito que denominó "inexistencia del hecho esencial alegado" y "prescripción adquisitiva ordinaria".

iii. Cumplidas las ritualidades propias de este tipo de procesos el *a quo*, en sentencia del dos (2) de febrero de mil novecientos ochenta y nueve (1989), accedió a la súplica central de la demanda, ordenó la cancelación del registro de los actos que declaró simulados y dispuso la respectiva restitución a la sucesión del señor José Pablo Hernando Vélez Escobar, con costas a cargo de la demandada en un 80%.

iv. Apeló la parte vencida en primera instancia, y el Tribunal *ad quem*, mediante la providencia que hoy es impugnada en casación decidió revocar la sentencia apelada y, en su lugar, desestimar la pretensión de simulación.

La sentencia del Tribunal

i. Empieza el fallador de segunda instancia por señalar la sentencia de primer grado, las partes, la naturaleza de litigio y los hechos que la actora adujo en sustento de sus pretensiones, y reseña luego "la resistencia" de la codemandada Alvarez Corral, las motivaciones en que el *a quo* apoyó su decisión, así como los argumentos que la impugnante adujo para insistir en la revocatoria de la sentencia apelada.

ii. Luego, en el aparte dedicado a "la hipótesis fáctica demostrada", el fallador resume los hechos fundamentales que encuentra demostrados y, a continuación, repasa las declaraciones de Lía María Vélez Escobar, Bernardo Echeverri y Matilde Inés Builes Gómez. También comenta el interrogatorio absuelto por Gloria Mercedes Alvarez Corral, y concluye:

"Es un hecho cierto que Pablo Vélez negoció con Matilde Builes y le dijo que otorgara la escritura a nombre de Gloria Alvarez. Pero ese hecho no es indicio

inequívoco de simulación por interpuesta persona: Pablo hacía vida marital con Gloria y bien pudo comprar para ella sin que su propósito hubiera sido el de que le sirviera de mero testaferro... de hecho es el hombre quien habitualmente gestiona cualquier negocio de esta naturaleza, aun cuando en realidad el capital definitivo corresponde a su compañera.

"Es otro hecho demostrado -continúa- el de que el dinero de Pablo Vélez se manejaba en las cuentas corrientes de Gloria... sin embargo, en tales cuentas también fluía dinero que Gloria recibía de su hermano y el que hubiera correspondido a un pequeñísimo capital por ella logrado con anterioridad a su convivencia con Pablo, sumado al que evidentemente se le entregara o se le confiara o se le autorizara como el que se entrega o regala a alguien que comparte una vida de afecto...".

iii. Así, pues, y por último, sobre la base de que "no existe prueba de que Gloria Alvarez sea un contratante fingido y que el contratante real hubiera sido Pablo Vélez...", y en torno a la consideración de que "no hay pues un uso posterior exclusivo de Pablo que ponga en evidencia una fingida figuración de Gloria en el contrato", deduce aquí el fallador que "no hay pues acuerdo simulatorio demostrado", para desembocar en la revocación del fallo apelado, tal como ya se indicó.

LA DEMANDA EN CASACIÓN

Un cargo único dirige la censura contra la sentencia del Tribunal, en los siguientes términos:

"Apuntalado en la causal primera de casación (ser la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial), consagrada en el artículo 368-1 del C. de P. Civil, acuso el fallo de segunda instancia, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, porque a consecuencia de error evidente de hecho en la apreciación de las precisas pruebas que más adelante señalaré, quebrantó, por falta de aplicación y de modo indirecto, los artículos 1766 del C. Civil y 267 del de procedimiento que, al decir de la propia Corte, son las normas que sustentan el fenómeno jurídico de la simulación (G.J. T. CLXXXIV, 2423, pág. 46)".

En desarrollo del cargo, discurre así el casacionista:

i. Primeramente, insiste en la importancia del principio de estimación probatoria que consagra el artículo 187 del C. de P.C., de acuerdo con el cual el fallador está obligado a apreciar el haz probatorio "como un todo compuesto por unidades conexas dirigidas a lograr el convencimiento del fallador a través de la demostración de los hechos fundamentales de las pretensiones". En respaldo de esta primera consideración, el censor trae a colación apartes jurisprudenciales que explican el contenido del mencionado artículo 187, y los armoniza con el 250, *ibidem*, regulador de la prueba indiciaria.

ii. A continuación sostiene que el Tribunal admitió como cierto el hecho de que José Pablo Vélez "negoció con Matilde Builes" los inmuebles en litigio y que le dijo a ésta "que otorgara la escritura a nombre de Gloria Mercedes Alvarez", pero que, por no haber analizado "otros indicios y otras pruebas en conjunto, como está dispuesto por los

artículos 187 y 250 del C. de P. Civil, concluyó sin más, tajantemente, que 'ese hecho no es un indicio inequívoco de simulación por interpuesta persona' ".

iii. Y asevera que "muy distinta hubiera sido la conclusión del fallador *ad quem* si hubiera analizado ese episodio en conjunto con otras pruebas preteridas por él y con otros indicios pasados por alto", tales como la conducta procesal de Gloria Mercedes Alvarez Corral "por no comparecer oportunamente a notificarse del auto admisorio de la demanda"; su "conducta reprochable que surge del escrito de respuesta (fls. 70 y 71 cdno. 1)" cuando negó hechos "que tenían que constarle... por ser ella protagonista de los mismos"; su actitud de no pronunciarse expresamente "sobre si se admitían o se negaban los hechos 21, 22, 23, 24, 25, 26 y 27 de los que Gloria Mercedes tenía conocimiento"; o, en fin, sus "graves, maliciosas e intencionales contradicciones" cuando absolvió los dos interrogatorios de parte que obran en el proceso, de todo lo cual deduce el atacante que el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho.

iv. Que, "del mismo modo", cometiendo error de hecho, el Tribunal pasó por alto contradicciones importantes entre lo afirmado por la demandada al absolver interrogatorio de parte y otros medios probatorios que plenamente acreditan lo contrario. Tales las inconsistencias en cuanto a la fecha en que la demandada abrió su cuenta corriente bancaria del Banco Comercial Antioqueño -Sucursal Exito- de Medellín; al título a que recibía dineros de su hermano; y el hecho de que la demandada "nunca se declaró propietaria de los inmuebles litigados antes de morir José Pablo Vélez, pues entonces reconocía el dominio de éste sobre ellos...", como lo demuestra "la fotocopia de la solicitud de apertura de esa cuenta corriente en el Banco de Bogotá, visible a folios 463, en que el espacio para relacionar 'bienes raíces', así como el de las escrituras de adquisición, aparecen totalmente en blanco, lo que sumado a todo lo expuesto es, en verdad, un grave indicio de que la demandada a la sazón reconocía que no era dueña de los dos lotes de terreno de Guasimalito...".

v. De las declaraciones rendidas por Alberto de Jesús Aguirre, Rodrigo Antonio Zapata, Armando Orrego, Miguel Angel Quinceno, José Arturo Arango Montoya, Oscar de Jesús Sierra, Julio Aníbal Gómez, Mario González Montoya y Bernardo Echeverri dice la censura que "no sólo permiten deducir que fue José Pablo Vélez quien, con recursos propios, levantó las edificaciones de la finca Guasimalito, sino que, en conjunto y unidos a los indicios ya señalados, lo que pasó por alto el Tribunal, fácilmente permiten deducir además, otro indicio, pues el comportamiento de José Pablo Vélez, que, sin permiso de nadie, ordenó, dirigió y realizó las aludidas construcciones, es otro indicio de que él, en verdad, era el propietario de la tierra que compró a Matilde Inés Builes y Olivia Elena Torres Builes, terrenos que éstas, por acuerdo con José Pablo, escrituraron a la demandada Gloria Mercedes Alvarez Corral".

Agrega que el sentenciador "dejó de ver el indicio consistente en que Vélez Escobar, y con relación a los bienes *situados en Colombia*, los hacía aparecer en cabeza de terceros por el recelo que aún tenía de que su legítima mujer pudiera promoverle cualquier juicio sobre ellos".

Remata con la afirmación de que "si el honorable Tribunal hubiera apreciado los indicios y pruebas que pasó por alto, y que antes reseñé, hubiera concluido, como lo hizo

el *a quo*, que la demandada Gloria Mercedes Alvarez Corral fue simplemente un sujeto interpósito en los contratos aquí enjuiciados por simulación, que escondía al verdadero comprador, que fue José Pablo Vélez Escobar. En tales circunstancias hubiera confirmado el fallo de primer grado. Al no proceder así, al encontrar que no había prueba del negocio simulado, quebrantó por inaplicación los artículos 1766 del C. Civil y 267 de procedimiento civil, que son la base de la figura de la simulación...".

SE CONSIDERA:

i) *La simulación, bien se sabe, puede ser absoluta o relativa. En términos generales, la segunda, a diferencia de la simulación absoluta, se caracteriza porque las partes realmente le dan vida a un negocio jurídico. Sin embargo, en frente de los terceros dicho negocio se presenta bajo una apariencia fingida, la cual puede afectar, ya a la naturaleza del negocio, ya a su contenido, u ora a las personas que en él intervienen, siendo posible, desde luego, que estas tres formas, o dos de ellas, se den de manera concurrente en un caso dado.*

Cuando es el elemento subjetivo del negocio el que resulta alterado por la simulación, dícese que el mecanismo por medio del cual se produce la variación es el de la interposición de persona. Las partes pueden acordar que el acto exteriorice como uno de sus sujetos a quien no lo es de manera cierta. Este sujeto ficticio se conoce con el nombre de testaferro u hombre de paja.

Como en todos los tipos de simulación, en la por interpuesta o interpósita persona que se requiere de un acuerdo simulatorio. Sólo que en ésta, el acuerdo tiene, así mismo, que comprender al testaferro, pues justamente la cuestión reside en definir la función que a este le compete desempeñar dentro de ese concierto.

En el anterior orden de ideas, el papel del testaferro en el ámbito propio del negocio no puede ir más allá de encubrir u ocultar al sujeto que, con la otra parte, ha ajustado el negocio, y respecto del cual los efectos del mismo están verdaderamente llamados a producirse. Por lo mismo, en frente de esa otra parte el testaferro no contrae ninguna obligación, ni adquiere ningún derecho, desde luego, en la medida en que se deje al margen el problema de los terceros de buena fe que pueden ver en él al verdadero titular de un poder jurídico. Además, la aludida apreciación no excluye que con la parte a la que sirve de pantalla quede obligado a restituir el derecho en el momento en que se lo exija, si es que el desarrollo del acto simulado ha quedado detenido en el testaferro.

La simulación por interpuesta persona, al igual que cualquiera de los otros tipos de simulación, debe ser la expresión de una determinada causa simulandi, *entendiendo por tal el motivo, el propósito, la finalidad de las partes para encubrir o disimular el acto realmente querido.*

Aun cuando de modo general se juzga que la prueba de la causa simulandi *no constituye un requisito* sine qua non *para dar por establecida la simulación, se dice también, con toda lógica, que la misma sí es un valioso instrumento para arrojar luz sobre lo que de manera cierta hubieran acordado las partes.*

ii. En el presente caso, como se sabe, la demanda introductoria del proceso hállase orientada a que, por interposición de persona, se declaren simulados los contratos de

compraventa contenidos en las escrituras públicas números 203 del 10 de febrero de 1977 de la Notaría de Bello, y 3.375 del 20 de diciembre de 1979 de la Notaría 2ª de Medellín, siendo el testaferro la señora Gloria Mercedes Alvarez Corral, y el comprador real el señor José Pablo Hernando Vélez Escobar.

ii. a) A juicio del Tribunal, el acuerdo simulatorio no alcanzó a demostrarse porque: 1. Lo testimoniado por Matilde Inés Builes en el sentido de que Pablo Vélez le dijo que otorgara la escritura a nombre de Gloria Alvarez, no es indicio inequívoco de simulación. 2. Si bien el dinero de Pablo Vélez era manejado en las cuentas corrientes de Gloria Alvarez, allí también fluía el que ésta recibía de su hermano, así como el que le correspondía por un pequeñísimo capital, lo mismo que el que se le entregara o confiara o autorizara "como el que se entrega o regala a alguien que comparte una vida de afecto". 3. La construcción levantada quizás escapaba a la posibilidad económica de Gloria, pero se trata de hecho que "apenas implicaría una posible acreencia del dueño de la masa herencial con respecto al dueño del terreno por el valor de la edificación". 4. No existe un posterior uso exclusivo de Pablo que ponga en evidencia una fingida figuración de Gloria en el contrato. 5. Tampoco existe el temor a la cónyuge que la parte demandante pregonara como móvil de la simulación.

ii, b) Sobre la base de que lo manifestado por Matilde Inés Builes en el sentido de que ella negoció fue con José Pablo Vélez quien, además, le dijo que la escritura debía otorgarse en favor de Gloria Mercedes Alvarez, se ha debido analizar con otros indicios y pruebas en conjunto, el recurrente le enrostra al Tribunal los errores de hecho que así se compendian:

1. No haber visto el indicio proveniente de la conducta procesal asumida por la demandada. 2. No haber visto las graves contradicciones en las que incurrió la demandada en los dos interrogatorios que absolvió, relacionados con el manejo de dinero de Pablo en sus cuentas corrientes, pues mientras que en el de 1982 negó ese manejo, en el de 1988 lo admitió. 3. No haber visto las contradicciones entre lo afirmado por la demandada al absolver el interrogatorio y otras pruebas del proceso. En efecto, aquélla pretende hacer creer que su cuenta corriente en el Banco Comercial Antioqueño desde antes de hacer vida marital con Pablo, o sea, desde 1970 o 1971, cuando consta que se abrió el 15 de septiembre de 1975, cuando hacía ya tres años que convivían. 4. Haber aceptado que Gloria recibía de su hermano dineros para sí, los que consignaba en sus cuentas corrientes, cuando ella misma explica que el dinero que le enviaban sus hermanos era para que lo invirtiera en lo que ella quisiera. 5. Ignorar la falta de capacidad económica de la demandada para la compra de los lotes y para levantar en ellos las construcciones, según lo que se desprende del propio interrogatorio por ella absuelto. 6. Pasar por alto que, según los testimonios que relaciona y los documentos que cita, unidos a los indicios ya señalados, fue José Pablo Vélez, quien con recursos propios, sin permiso de nadie, ordenó, dirigió y realizó las edificaciones de la finca. 7. No ver el indicio consistente en que Vélez Escobar, con relación a los bienes situados en Colombia, "los hacía aparecer en cabeza de terceros por el recelo que aún tenía de que su legítima mujer pudiera promoverle cualquier juicio sobre ellos", indicio éste que se infiere del hecho de no haber tenido José Pablo Vélez, industrial de tantas campanillas, cuenta bancaria, así como de que adquiriera bienes en Colombia a través de testaferros

como brota de lo atestiguado por Lía María Vélez, Bernardo Echeverri, Matilde Inés Builes y aun por la propia demandada.

iii. *Para abordar con método el complejo problema que de tal manera se le plantea a la Sala, y sobre la base de reiterar que la prueba más socorrida para demostrar la simulación es la de indicios, conviene recordar que, evidentemente, las pruebas en general, y los indicios en particular, deben ser apreciados en conjunto, armonizando o entretejiendo unos con otros. Más, en lo que a los indicios concierne, para que esta tarea pueda ser cumplida de manera correcta, la existencia del hecho indiciario no le debe ofrecer ningún género de dudas al fallador, condición que, exigida en el artículo 248 del C. de P. C., tiene una obvia razón de ser: La indiciaria es la prueba indirecta por excelencia, como que a partir de algo conocido y por virtud de una operación apoyada en las reglas de la lógica y en las máximas de la experiencia, se establece la existencia de una cosa desconocida.*

Por eso, si del hecho indiciario no se tiene un convencimiento pleno, la deducción viene a ser contraevidente.

Pero la eficacia probatoria del indicio también depende de la intensidad o del vigor con que se manifieste el enlace entre el factum probandum *y el* factum probans. *Entre más ceñida a la lógica y a las máximas de la experiencia se vea la inferencia, mayor será la significación probatoria del indicio.*

En la casación el error de hecho por la no apreciación de los indicios se puede presentar porque el sentenciador ignore la presencia del hecho indiciario, siempre y cuando, claro está, la existencia de éste se halle satisfactoriamente fijada o, al contrario, porque sin estarlo, lo suponga. O porque viéndolo, se abstenga de extraer de él la inferencia que lógicamente corresponde, o extraiga una que sea contraevidente. O, en fin, porque, no obstante ver los distintos indicios, cuando son contingentes, no los relacione o cercatone a fin de apreciarlos en conjunto.

iv. De los distintos *yerros de facto* que el recurrente le endilga a la sentencia, relacionados en el apartado ii. b), la Sala abordará, en primer lugar, el citado bajo el numeral 7.

El yerro de apreciación probatoria que allí se le adjudica al Tribunal tiene que ver con la *causa simulandi* del negocio.

iv. a) Desde la propia demanda incoativa del proceso dijose que el motivo para que José Pablo Hernando Vélez Escobar acudiese a la simulación cuando pactó los contratos que ahora son objeto del debate, fue el temor o la desconfianza a aparecer con bienes en cabeza suya, puesto que su esposa podría entablarle algún proceso sobre ellos;

iv. b) Pretende el recurrente en casación que la presencia de ese recelo o sospecha se identifique en los hechos consistentes en que Vélez Escobar no tenía cuentas corrientes bancarias a su nombre, y en que, con referencia a sus bienes situados en Colombia, los adquiría a través de testaferros.

En cuanto a lo primero, aunque se diera por cierto, no por ello habría lugar a colegir, de una manera convincente, que a tal proceder lo impelía el temor a una acción judicial

de su esposa; aparte de lo que luego se anotará, bien pudieron ser otros los motivos que José Pablo Hernando tuviera para actuar así. Incluso, cabe agregar que, acorde con lo testificado por Bernardo Echeverri, aquél nunca tuvo cuenta corriente, ni antes ni después de la separación de su esposa.

Y en lo que tiene que ver con lo segundo, es patente como de las distintas personas a las que el recurrente se refiere, ni la señora Lya Vélez Escobar, ni el señor Bernardo Echeverri, ni la demandada, hablan de que José Pablo Vélez, después de la separación de bienes con su esposa, hubiera seguido adquiriendo bienes en Colombia a nombre de terceras personas por temor a que aquélla lo persiguiera judicialmente. La única que alude a la desconfianza de José Pablo a una eventual acción judicial de aquélla como causa para que la venta se hiciera a nombre de Gloria Mercedes Alvarez, es la vendedora Matilde Inés Builes, mas lo hace en términos tan generales y vagos que le restan toda credibilidad. En cuanto a la señora Lya Vélez, se limita a manifestar que José Pablo le contó que los lotes objeto de los contratos cuestionados, los había comprado él, lo cual no demuestra el alegado comportamiento de aquél, porque justamente se trata de saber cómo actuó en casos distintos al que es materia del debate.

Pero, de otro lado, pretende el impugnante que el antecedente se dé por demostrado con el consecuente. Si por temor a las acciones judiciales de su esposa, Vélez Escobar no abría cuentas a su nombre y se valía de testaferros para adquirir bienes, estos hechos, en caso de haberse establecido, no demuestran el alegado recelo. Otras pudieron ser las causas que lo condujeran a comportarse de ese modo. La preocupación por una eventual persecución judicial de su cónyuge tenía, pues, que encontrarse establecida de otra manera para, entonces, abrirle el paso a la inferencia caracterizadora del móvil de la simulación.

En consecuencia, no incurrió el Tribunal en el yerro de apreciación probatoria que, en torno a la *causa simulandi*, le achaca la impugnación. Antes bien, lo que continúa incólume es el contraindicio hallado por el sentenciador sobre que no existe el pregonado recelo o temor a la persecución de la esposa.

v. Por lo que atañe al indicio de la falta de capacidad económica de la demandada para adquirir los lotes y para construir en ellos, la Sala estima que se debe distinguir entre los dos aspectos, toda vez que el segundo, o sea el de la construcción, fue examinado por el *ad quem* en los términos que adelante se indicarán.

En cuanto a la adquisición de los lotes, se observa lo siguiente respecto de las pruebas de las que la falta de la capacidad económica de la demandada se pretende inferir:

1. Que la cuenta corriente en el Banco Comercial Antioqueño únicamente viniera a ser abierta el 15 de septiembre de 1975 con la suma de $10.000.oo no comporta, de una manera atendible, que para las épocas en que se otorgaron las escrituras públicas de compraventa (1977 y 1979), la demandada careciera de los medios económicos suficientes para pagar el precio, pues también es lógico suponer que más adelante los pudo adquirir, máxime cuando la distancia en el tiempo no deja de ser considerable.

2. Que la cuenta corriente de la demandada hubiera quedado reducida a su mínima expresión luego de la muerte de José Pablo y que ella admitiera que después de este hecho

no tuviera dinero, es cuestión que, por contraerse a circunstancias muy posteriores a los sucesos por los que se averigua, le resta toda posible incidencia en ellos.

3. Que en la solicitud de apertura de cuenta corriente con el Banco de Bogotá, la demandada no hubiera relacionado bienes raíces, es omisión que tampoco posee la gravedad que el recurrente le pretende atribuir, pues es arbitrario suponer que su silencio en esa oportunidad equivale a un reconocimiento de dominio ajeno sobre los inmuebles, sobre todo si tal información no venía a ser indispensable para que la cuenta le fuera autorizada. Al menos, no está demostrado que, en frente del Banco, ese dato hubiera sido necesario.

Por lo tanto, el Tribunal no cometió el yerro que, bajo el aspecto anterior, se le adjudica.

En lo referente a las construcciones levantadas en los predios, a cuyo respecto el censor quiere hacer extensible la falta de apreciación del indicio proveniente de la falta de capacidad económica de la demandada, es de ver cómo el Tribunal, después de anotar que ese hecho quizá hubiera escapado a la posibilidad económica de Gloria, expresó que "... apenas implicaría una posible acreencia de la masa herencial con respecto al dueño del terreno por el valor de la edificación". Esto, pues, da a comprender que el sentenciador sí observó que la demandada podía carecer de medios para erigir la edificación, por lo que en este sentido no le cabe el reproche de ignorar el indicio sobredicho. En tal virtud, diverso ha debido ser el enfoque que al ataque se le tenía que dar con relación a este paso de la sentencia.

vi. Acerca de que la demandada admitió que los dineros a ella girados por sus hermanos lo fueron a título precario, es hecho que, sin embargo, de no ser apreciado por el Tribunal, su omisión es intrascendente toda vez que, como el propio recurrente lo destaca, en la correspondiente respuesta la absolvente puntualiza que los podía invertir en lo que quisiera.

vii. En cuanto al indicio dimanante de la conducta procesal de la demandada, debe ser ubicado en el marco factual que realmente le corresponde:

1. Es cierto que la demandada se comportó con cierta displicencia para recibir la notificación personal del auto admisorio de la demanda, pues desatendió dos citaciones y sólo se presentó al Juzgado luego de ordenarse su emplazamiento por ocultación. Cuál sea la trascendencia de este indicio es cuestión que se verá luego.

2. La negativa que, contenida en el escrito de respuesta a la demanda, el recurrente le enrostra a Gloria Mercedes Alvarez sobre que José Pablo Vélez movía sus cuantiosos ingresos a través de las cuentas corrientes por ella abiertas, no tiene, en verdad, este sentido. Ciertamente, en el hecho 6. a) de la demanda se afirma que las cuentas bancarias de José Pablo Hernando Vélez figuraban a nombre de su compañera permanente Gloria Mercedes Alvarez C., hecho que fue respondido diciendo que las cuentas eran propias de ésta. En el hecho 6. b) se reitera que las cuentas eran de Vélez y que figuraban a nombre de Gloria Mercedes, y que allí él consignaba los dineros que recibía del Ecuador, hecho del que dijo la demandada que no era cierto, y agregó que Vélez le contribuía con sumas periódicas "como es usual entre personas que comparten lecho, mesa y vivienda, para atender a las necesidades así habidas comunes".

Acorde con lo anterior, lo que se ve claro es que la negativa de la señora Alvarez Corral se refiere es a que la titularidad de la cuenta corriente hubiera estado, efectivamente, en cabeza de Vélez y no de ella, planteamiento que no es un despropósito, sobre todo si se repara en que, a pesar de haber afirmado que en esos contratos la demandada también actuó como testaferro de su amante, la demandante no demostró semejante afirmación. Por otro lado, aquélla está diciendo que en esas cuentas su concubinario le depositaba dinero para las necesidades comunes, lo que tampoco merece ser calificado como un ardid si se toma nota de que, en realidad, Vélez y la demandada hacían vida marital, como lo apunta la propia demandante.

Por consiguiente, no encuentra aquí la Sala el indicio relativo a la conducta procesal cuya falta de apreciación denuncia el censor.

3. Respecto de la respuesta brindada a los hechos 21 a 27 de la demanda, que lo fue en el sentido de manifestar que se atenía a lo que resultara probado en el proceso, si bien es algo apto para poner de presente una respuesta evasiva, no se ha de preterir que la propia Gloria Mercedes, en el interrogatorio que absolvió dentro de este proceso, admitió sin ambages que Vélez consignaba en sus cuentas los dineros que a él le eran remesados.

Acorde con lo anterior, el indicio, en este punto, queda neutralizado, de donde se sigue que el Tribunal no incurrió en contraevidencia cuando dejó de apreciarlo.

viii. Las contradicciones en que incurrió la demandada cuando absolvió los interrogatorios de 1983 y de 1988, que el recurrente califica como "graves, maliciosas e intencionales", atañen a lo siguiente: En el interrogatorio de 1983, practicado con ocasión de un incidente de desembargo promovido por Gloria Alvarez dentro del proceso de sucesión de José Pablo Hernando Vélez, aquélla negó que en sus cuentas corrientes hubiesen sido consignados dineros pertenecientes a éste; mientras que en el de 1988, diligenciado dentro de este proceso, aceptó que esas consignaciones fueron hechas, incluso por ella misma.

En sentir de la Sala no existe allí un verdadero indicio porque en el campo de la lógica el indicio se presentaría si se hubiera dado la situación contraria, o sea, si hubiera admitido la consignación en el primer proceso y en cambio, las hubiera negado en el segundo.

El Tribunal, en consecuencia, no tenía por qué ver una contradicción constitutiva de indicio en las referidas intervenciones de la señora Alvarez Corral.

ix. Como se ha expresado, el recurrente también le atribuye error fáctico al Tribunal por no haber visto que el conjunto de testimonios y de documentos que relaciona, atañederos a que fue José Pablo quien con sus propios recursos y sin sujeción a nadie construyó en los lotes las casas de habitación, "unidos a los indicios ya señalados", "permiten deducir... otro indicio" de que Vélez era el propietario de las tierras compradas a Matilde Inés Builes y Olivia Elena Torres Builes.

Entiende la Sala que aquí, el error, residiría en la falta de apreciación en conjunto con los otros indicios y pruebas, puntualización que se hace en razón de que, por un lado, el recurrente no es lo suficientemente explícito en este paso del cargo, y por el otro, el

ad quem, al referirse a la construcción, afirmó que ese hecho "apenas implicaría una posible acreencia de la masa herencial con respecto al dueño del terreno por el valor de la edificación". Por ende, esta apreciación quiere significar que el juzgador sí vio que las construcciones se levantaron a expensas de Vélez Escobar; y, en lo que al cargo se refiere, el impugnante, consciente de lo observado por el Tribunal, lo critica, sin embargo, por haberse abstenido de conectar ese hecho con otros indicios y pruebas porque, confrontado en esa perspectiva, adquiriría una dimensión diferente.

Concretado en los términos precedentes este aspecto del cargo, precisa, por otra parte, agregar que la correlación sobre cuya ausencia se monta la imputación del yerro, únicamente podría ser establecida con el indicio proveniente de la conducta procesal de la demandada, circunscrito a lo atrás puntualizado, con lo manifestado por Matilde Inés Builes, así como con lo atestiguado por Lía Vélez Escobar y por Bernardo Echeverri.

Puestas de tal manera las cosas, no habiendo llevado a cabo el Tribunal la apreciación de conjunto que se echa de menos, se debe, de todos modos, determinar si esa omisión es, en realidad, contraevidente.

Para esclarecer el asunto anterior viene al caso recordar que el Tribunal percibió que Matilde Inés Builes habla de que negoció con Pablo Vélez, quien le dijo que otorgara la escritura a nombre de Gloria Alvarez. Pero añadió que este hecho no constituía un indicio inequívoco de simulación por interpuesta persona puesto que aquél hacía vida marital con ésta, y que "bien pudo comprar para ella sin que su propósito hubiera sido el de que le sirviera de mero testaferro". Más adelante el Tribunal anotó que no había "un uso posterior exclusivo de Pablo que ponga en evidencia una fingida figuración de Gloria en el contrato". Y, como atrás se destacó, igualmente argumentó que no existía el temor a la cónyuge pregonado como móvil de la simulación, agregando que formalizada la separación de bienes por los cónyuges, las acciones de las fábricas del Ecuador volvieron a cabeza de Pablo y así permanecieron hasta su deceso, hecho éste que indica más bien en contra que en favor de la simulación.

El sentenciador, por fuera de otras reflexiones que también formuló sobre la cuestión fáctica, halló entonces tres contraindicios de la simulación, dos de los cuales -el primero y el segundo-, no le merecieron ninguna glosa al recurrente. Pero lo que a estas alturas interesa destacar es que, no obstante que el Tribunal se hubiera abstenido de consignarlo de modo expreso, en frente de esos contraindicios viene a ser racionalmente atendible que no mirara en conjunto el indicio y las pruebas atrás reseñadas. De hecho, esas apreciaciones no van en contravía ni de la lógica ni del común acaecer de las cosas. Por el contrario, encuentran un firme anclaje en la realidad y, por supuesto, en los elementos de juicio incorporados al proceso. De ahí que la Sala concluya que el juzgador de segunda instancia no merece reproche por no haber mirado el indicio proveniente de la construcción de las casas de habitación, en conjunto con los restantes indicios y pruebas del proceso.

Por lo demás, no es imposible que si se ensaya ese análisis de conjunto se pueda arribar a otro entendimiento de los hechos. Más, situadas las cosas en este lugar, a la Sala no le es dable menos de recordar que, tal como lo ha señalado en innúmeras oportunidades, "si en el proceso mental realizado por el juzgador, éste no resulta convicto de contraevidencia, ni en la contemplación de los hechos constitutivos de los indicios, ni

en la tarea dialéctica de discriminar, sopesar y relacionar éstos, en razón de lo cual llegó a las conclusiones de hecho en que cristaliza la prueba. Entonces, aunque sobre el elenco indiciario se pueda ensayar por el crítico interesado un análisis diverso al verificado por el sentenciador, para sacar consecuencias contrarias a las obtenidas por éste, tiénese que en esa contraposición de razonamientos forzosamente ha de prevalecer el del Tribunal, cuyas decisiones, como emanadas de quien es el agente de la justicia, revestidas están de la presunción de acierto' " (por todas, Cas. Civ. 20 de noviembre de 1989, sin publ.).

El cargo, en consecuencia, no prospera.

DECISIÓN:

Por lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el cuatro (4) de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), en este proceso ordinario seguido por Luz Elena Vélez Correa en frente de Gloria Mercedes Alvarez Corral, Matilde Inés Builes Gómez y Olivia Elena Torres Builes.

Costas en el recurso de casación a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 095

EXEQUATUR

Procede si se acredita la existencia de reciprocidad legislativa o diplomática en relación con las sentencias y otras providencias que revistan tal carácter por parte del Estado extranjero.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Pedro Lafont Pianetta*

Santafé de Bogotá, D.C., marzo diecinueve (19) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Se decide por la Corte en relación con la demanda presentada por Alonso Zapata Ramírez, para que se conceda el exequátur a la sentencia No. 229, proferida el 30 de enero de 1989 por el Tribunal Municipal Popular de la Plaza de la Revolución de la Habana, República de Cuba, en el proceso de divorcio iniciado por el demandante contra Emma Aramita Medina Díaz.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante demanda que obra a folios 4 a 6 de este cuaderno, el señor Alonso Zapata Ramírez, por conducto de apoderado solicitó a esta Corporación se conceda el *exequatur* a la sentencia No. 229, proferida el 30 de enero de 1989 por el Tribunal Municipal Popular de la Plaza de la Revolución de la Habana, República de Cuba, en el proceso de divorcio por él iniciado contra Emma Aramita Medina Díaz.

2. Admitida que fue la demanda, esta Corporación solicitó que, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores y mediante carta rogatoria se obtuviera el auxilio de la autoridad judicial competente en la República de Cuba, para notificar a la señora Emma Aramita Medina Díaz, lo cual se llevó a efecto, a través de la embajada de Suiza en Cuba, según aparece a folios 10, 13 y siguiente, de la actuación.

3. Decretadas las pruebas que fueron solicitadas, el Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante oficio No. 26003 de 18 de octubre de 1991 (fl. 22), informó a la Corte Suprema de Justicia que "entre Colombia y Cuba no se han suscrito convenios internacionales sobre reconocimiento de sentencias judiciales".

4. La Corte, mediante auto de 18 de noviembre de 1991 (fl. 24), de oficio solicitó al demandante allegar copia auténtica de la legislación de la República de Cuba en materia de divorcio y eficacia de sentencias proferidas en país extranjero, con el propósito de establecer si en esta materia existe o no reciprocidad legislativa con el Estado cubano, prueba que transcurrido el término señalado para ello, no se trajo al proceso.

5. Corrido el traslado para alegar y agotado como se encuentra el trámite procesal respectivo, decide ahora la Corte en relación con la demanda aludida.

II. Consideraciones:

1. *El Estado, en virtud de su soberanía, de la misma manera que ejerce en su territorio de manera exclusiva la potestad de legislar, reclama para sí, el principio de la territorialidad de la jurisdicción, conforme al cual la potestad de administrar justicia no la comparte con ningún otro Estado.*

2. *Con todo, tal principio no es absoluto, por cuanto la necesidad de la cooperación jurídica entre los diversos Estados, hizo que se ideuran medios para el efecto cuales fueron el de dar eficacia en el territorio de un Estado a una sentencia extranjera, en virtud de tratados internacionales o bilaterales que así lo autorizaren, o cuando las legislaciones de los Estados interesados así lo consagraren, sistemas conocidos como "reciprocidad diplomática" y "reciprocidad legislativa", respectivamente*

3. *El código de procedimiento civil, en el artículo 693, expresamente dispuso que en Colombia, las sentencias y otras providencias que tengan el carácter de tales, dictadas por autoridad extranjera en procesos contenciosos o de jurisdicción voluntaria: "tendrán en Colombia la fuerza que les concedan los tratados existentes con ese país, y en su defecto la que allí se reconozca a las proferidas en Colombia", lo que significa que en esta materia es procedente el* exequatur; *si se acredita la existencia de reciprocidad legislativa o diplomática en relación con las sentencias y otras providencias "que revistan tal carácter", por parte del Estado extranjero, criterio éste que ha sido acogido por la jurisprudencia de esta Corporación, en forma reiterada, como aparece entre otras en sentencia de 26 de noviembre de 1984, en la cual se expresó: "Según los alcances del artículo 693 antes transcrito, se tiene que en Colombia en materia de exequátur se acogió el sistema combinado de reciprocidad diplomática con la legislativa, lo cual se traduce en que prioritariamente debe atenderse a las estipulaciones de los tratados que haya celebrado Colombia con el Estado de cuyos jueces provenga la sentencia que se pretenda ejecutar en nuestro territorio nacional; a falta de derecho convencional se impone, entonces, acoger las normas de la respectiva ley extranjera para darle al fallo la misma fuerza concebida por esa ley a las sentencias proferidas en Colombia por sus jueces"* (G.J. T. CLXXVI, No. 2415, 1984, pág. 309).

4. *Adicionalmente, el artículo 694 del C. de P. C. fija los requisitos necesarios para que la sentencia o laudo extranjero surta efectos en Colombia, entre los cuales exige "que el asunto sobre el cual recae, no sea de competencia exclusiva de los jueces colombianos" (numeral 4°), norma ésta que ha sido entendida por esta Corporación en el sentido de que "con ello se está inequívocamente indicando que si el conocimiento*

del litigio corresponde a los jueces patrios y, a pesar de ello, ha sido decidido por un juez extranjero, en tal evento no procede el exequatur" (G.J. T. CXCII, num. 2431, 1988, pág. 52).

5. En el caso de autos, conforme aparece en la sentencia respecto de la cual se solicita conceder el *exequatur*, la cónyuge demandada Emma Aramita Medina Díaz, tiene su domicilio en Santa Bárbara, Santiago de Cuba, y el actor lo tiene en Santafé de Bogotá, es decir, que no existía domicilio conyugal común, razón por la cual ha de tenerse entonces para efectos de divorcio como domicilio "el del cónyuge demandado", de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 163 del Código Civil y 13 de la Ley 1ª de 1976. Es decir, que en ese proceso de divorcio tenía la competencia para su conocimiento la autoridad judicial cubana.

6. Conforme a esto, si el solicitante pretende que la sentencia proferida en Cuba a que se ha hecho mención surta efectos en Colombia, tenía sobre sí la carga procesal de demostrar la existencia de reciprocidad diplomática o legislativa en esta materia con la República de Cuba, ninguna de las cuales se acreditó en el expediente, como quiera que respecto de la primera, el Ministerio de Relaciones Exteriores manifestó que no existen entre Colombia y Cuba "convenios internacionales sobre reconocimiento de sentencias judiciales" (f. 22, expediente) y, respecto de la segunda no se aportó por el interesado la prueba respectiva, no obstante haber sido decretada de oficio, razones por las cuales el *exequatur* solicitado no puede concederse.

III. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Denegar la solicitud formulada por Alonso Zapata Ramírez para que se conceda el *exequatur* a la sentencia No. 229, proferida el 30 de enero de 1989 por el Tribunal Municipal Popular de la Plaza de la Revolución de la Habana, República de Cuba, en el proceso de divorcio por él iniciado contra Emma Aramita Medina Díaz.

Cópiese y notifíquese.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 096

SUCESION / SUCESION - HEREDERO - PRUEBA / SUCESION - HERENCIA - ACEPTACIÓN

La delación de la herencia y su aceptación. Conductas que representan aceptación expresa o tácita de la herencia. Formas de demostrar la calidad de heredero. Medios probatorios para establecer la aceptación de una asignación testamentaria o abintestato.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Héctor Marín Naranjo*

Santafé de Bogotá. D.C., diecinueve (19) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de veintisiete (27) de febrero de mil novecientos noventa (1990), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, en este proceso ordinario promovido por Luis Gonzalo Orozco en frente de Griseldina Reyes de Betancourt y Artulfo Roda Ospina.

ANTECEDENTES

1 Presentadas en un solo escrito, debidamente integradas, la demanda y su correspondiente adición (fls. 53 a 64 cdno. 1), el actor solicitó al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Armenia, a quien correspondió por reparto, que con citación y audiencia de los demandados se hagan las siguientes declaratorias y condenas:

"1. Luis Gonzalo Orozco, nacido el 11 de marzo de 1946, hijo de Elvia Orozco, no es hijo del marido de ésta, señor Artulfo Roda Ospina.

"2. Luis Gonzalo Orozco es hijo extramatrimonial de Elvia Orozco y Ernesto Antonio Betancourt.

"3. Luis Gonzalo Orozco, en su condición de hijo extramatrimonial del señor Ernesto Antonio Betancourt, tiene derechos herenciales como legitimario del *de cujus*, por concepto de legítima rigurosa, equivalente a la mitad de los bienes herenciales. (De

la mitad legitimaria no corresponde ninguna parte a la cónyuge, ni siquiera a título de porción conyugal, toda vez que por testamento del causante correspondió a la señora Griseldina Reyes, la cuarta de libre disposición, dándose cumplimiento a lo preceptuado por el inciso 2º del artículo 1234 del C. C. En estas condiciones, al recibir la cuarta de libre disposición, el cónyuge sobreviviente deja de tener la característica de 'pobre', la cual es indispensable para tener derecho a reclamar dicha porción conyugal) Tiene derecho además mi poderdante, a la cuarta de mejoras, significando lo anterior que a Luis Gonzalo Orozco corresponden tres cuartas partes de la herencia, y a la señora Griseldina Reyes de Betancourt, en su calidad de cónyuge supérstite corresponde la otra cuarta parte de los bienes. En los términos anteriores queda reformado el testamento otorgado por el causante Ernesto Antonio Betancourt Arias, contenido en la escritura pública No. 321 del 22 de octubre de 1981, corrida en la Notaría Unica del Círculo de Montenegro, pues este testamento sólo puede tener efectos para la cuarta de libre disposición. (El bien inmueble que conforma el patrimonio herencial no está sujeto a gananciales toda vez que fue adquirido por el causante mucho antes de contraer matrimonio con la señora Reyes). Así las cosas, las tres cuartas partes de dicha herencia corresponden a Luis Gonzalo Orozco, por el concepto ya expresado.

"4. Griseldina Reyes de Betancourt, como heredera universal del causante Ernesto Antonio Betancourt, restituirá a mi mandante Luis Gonzalo Orozco, las tres cuartas partes, proindiviso y a prorrata de los bienes pertenecientes a la sucesión, por concepto de su legítima rigorosa y de la cuarta de mejoras, bienes relacionados y especificados en la diligencia de inventarios y avalúos de fecha 18 de marzo de 1986.

"5. Ejecutoriada la sentencia, la demandada pagará al demandante los frutos naturales y civiles que los bienes objeto de la acción de petición de herencia hubieren podido producir estando éstos en su poder, y las costas y expensas que ocasione este proceso.

"6. Usted dispondrá que al margen del registro civil de nacimiento de Luis Gonzalo Orozco, se tome nota de su estado civil de hijo extramatrimonial del señor Ernesto Antonio Betancourt, en la forma como se determina en el Decreto 1260 de 1970, una vez que la sentencia quede ejecutoriada".

2. Las pretensiones anteriores se apoyan en los hechos que a continuación se sintetizan:

a) Elvia Orozco contrajo matrimonio católico con Artulfo Roda Ospina el 2 de septiembre de 1939, pero cinco meses más tarde éste abandonó definitivamente el hogar;

b) Elvia conoció a Ernesto Antonio y con él inició vida en común en la finca El Edén, vereda La Ceiba, donde procrearon su primer hijo, al que llamaron Ernesto, quien falleció a los 40 días de nacido. Posteriormente tuvieron una niña, quien corrió la misma suerte y finalmente, en 1946, vieron nacer a Luis Gonzalo, último hijo de la pareja Betancourt Orozco;

c) Aproximadamente desde 1943 y hasta mucho tiempo después de nacer Luis Gonzalo, Elvia y Ernesto Antonio convivieron en la finca El Edén de manera pública y notoria, "trabajando juntos y compartiendo el mismo techo, mesa y lecho", y como la

mujer se alejó del lugar dejando a Luis Gonzalo en poder de aquél, éste continuó conviviendo con su hijo en la misma finca hasta cuando él alcanzó los 18 años;

d) Ernesto Antonio presentó a Luis Gonzalo como su hijo a parientes y amigos, proveyó a su crianza y educación en la escuela veredal, y fue Joaquín Betancourt, hermano del padre natural, el padrino de bautismo del menor. La posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial se prolongó para Luis Gonzalo hasta cuando éste cumplió los 18 años, "época para la cual su madre Elvia Orozco ya había fallecido (1955) y... Ernesto Antonio había contraído matrimonio católico con... Griseldina Reyes...";

e) El citado padre extramatrimonial otorgó testamento por escritura pública No. 321 de 22 de octubre de 1981, asignándole sus bienes a su cónyuge, "a quien instituyó como heredera universal", y falleció el 11 de enero de 1986, sin dejar descendientes legítimos, pero sobreviviéndole su esposa;

f) El Juzgado Promiscuo Municipal de Montenegro aprobó, en providencia de 12 de junio de 1986, el trabajo de partición y adjudicación de los bienes herenciales de Ernesto Antonio, siendo la cónyuge supérstite la única beneficiada con esa decisión.

3. La demandada Griseldina Reyes de Betancourt dio respuesta oportuna al libelo (fls. 74 a 76 cd. 1), oponiéndose a las pretensiones del actor, y manifestando en esencia respecto a los hechos: que Luis Gonzalo no es hijo de Ernesto Antonio Betancourt; que no es verdad que este último hubiera compartido lecho, mesa y techo con Elvia Orozco; y que tampoco es cierto que Luis Gonzalo hubiera vivido al lado de su presunto padre natural en la finca El Edén. Propuso las excepciones de mérito que denominó "violación del artículo 2º del Decreto 398 de 20 de marzo de 1968, reglamentario de la Ley 75", "el caso contemplado en el artículo 397 del C. C. y por tanto la falta de los presupuestos allí indicados" no ser aplicable en este caso el artículo 399 de la misma obra (se refiere al Código Civil, se agrega).

Artulfo Roda Ospina, previamente emplazado, contestó la demanda por conducto de curador *ad litem*, (fl. 80 cd. 1) manifestando estarse a lo que resultare probado en el proceso, pero destacando cómo en la cláusula sexta de la escritura contentiva del testamento el causante Ernesto Antonio Betancourt declaró:

"No tengo ni he tenido hijo natural en mujer alguna. Quien invocando ese título intente reclamación alguna dentro del proceso sucesorio de mis bienes está cometiendo acto ilícito que debe ser investigado".

4. El *a quo* le puso término a la primera instancia mediante sentencia de 1º de agosto de 1989 (fls. 123 y ss. cdno. 1), en la cual profirió las siguientes decisiones:

"1. **Niéganse las pretensiones de la demanda ordinaria**, radicada al No. 7045, instaurada por don Luis Gonzalo Orozco en contra de la señora Griseldina Reyes de Betancourt, heredera de don Ernesto Antonio Betancourt Arias y del señor Artulfo Roda Ospina.

"En consecuencia, absuélvase a la parte demandada de todos los cargos en su contra formulados.

"2. **Ordénase** la cancelación de la inscripción de la demanda. Líbrese el oficio respectivo.

"3. **Condénase** al señor Luis Gonzalo Orozco a pagar las costas causadas a favor de los demandados. **Liquídense**".

5. Inconforme con lo así resuelto, el demandante recurrió en apelación, recurso que desató el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia por sentencia de 27 de febrero de 1990, en la que hizo los siguientes proveimientos:

"1. **Revócase** el numeral 1° de la sentencia de primera instancia de fecha primero de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, dictada por el Juzgado Tercero Civil de este Circuito, dentro de este proceso... y en su lugar,

RESUELVE:

"a) Declárase que Luis Gonzalo Orozco no tiene por padre al señor Artulfo Roda Ospina, cónyuge de la señora Elvia Orozco Laverde,

"b) Por falta del presupuesto procesal de capacidad para ser parte en la demandada Griseldina Reyes de Betancourt, inhibirse para decidir sobre las pretensiones de filiación extramatrimonial, y sus consecuenciales de petición de herencia y reforma del testamento.

"2. Confírmanse los numerales '2°' y '3°' de la resolutiva (sic) de la sentencia revisada.

"3. Condénase en costas al señor Luis Gonzalo Orozco en favor de la demandada Griseldina Reyes de Betancourt".

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL.

Después de analizar la prueba que obra en autos, el sentenciador señala que, teniendo en cuenta la época en que Artulfo Roda Ospina abandonó el hogar conyugal que formó con Elvia Orozco y la fecha de nacimiento del actor, éste no pudo tener por padre a aquél, por lo que es próspera la pretensión de impugnación de la paternidad legítima deducida en la demanda.

Indica más adelante el Tribunal que, frente a la pretensión de filiación natural como de petición de herencia, el demandante estaba llamado a acreditar la calidad de heredera que con respecto a Ernesto Antonio Betancourt tiene la demandada Griseldina Reyes Betancourt, máxime cuando en ella concurren las calidades de cónyuge sobreviviente y heredera testamentaria del *de cujus*. A este respecto agrega, que "quizá con el propósito de cumplir la exigencia dicha, el actor adujo copia del testamento otorgado por Ernesto Antonio Betancourt Arias el 22 de octubre de 1981, ante el Notario Único del Circuito de Montenegro, por escritura pública No. 321, en el cual instituyó como heredera única universal en todos sus bienes a su esposa Griseldina Reyes; el registro civil de matrimonio del testador con Griseldina Reyes Cañón; de defunción del mismo testador, como también copia del trabajo de liquidación y adjudicación de la herencia a Griseldina

Reyes de Betancourt, aprobado por sentencia de 12 de junio de 1986, proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Montenegro".

Y continúa expresando que "tiene sentado la jurisprudencia de la Corte que son cosas distintas el estado civil y la calidad de heredero, por lo cual no pueden confundirse uno y otra y que los nexos de parentesco que unen a una determinada persona con el causante determinan su vocación hereditaria, mas tal circunstancia por sí sola no le confiere el título de heredero, por no depender de la vocación sucesoral sino de la aceptación de la herencia referida, pues quien no la acepta renuncia a obtener el título, sin perjuicio de su estado civil... por consiguiente, el carácter de heredero *ab intestato* o testamentario se adquiere con la vocación sucesoria con el causante fundada en los nexos de parentesco, o el llamamiento en el testamento, y la aceptación de tal vocación, que se recogen en el auto de declaratoria de heredero proferido en el respectivo proceso sucesorio, siendo por consiguiente la copia suya la prueba por excelencia de la calidad de heredero de quien ha sido llamado a suceder al causante".

Una vez transcribe lo pertinente de jurisprudencias de la Corte de 23 de septiembre de 1973 y 22 de marzo de 1979, el Tribunal asevera que la prueba documental traída al proceso no satisface la calidad de heredera de la demandada Griseldina Reyes de Betancourt, respecto del causante Ernesto Antonio Betancourt, "pues el testamento apenas dice su vocación sucesoral al momento del fallecimiento del testador, y el trabajo de adjudicación el haberle sido adjudicados a la citada Reyes de Betancourt los bienes sucesorales, mas no así su carácter de heredera testamentaria del causante, por ser la prueba idónea a tal fin la copia del auto de declaratoria de heredero proferido en el respectivo proceso sucesorio por haberse acreditado la vocación sucesoral y la aceptación de la herencia, que es, como antes se anotó, la que hace irrevocable el título de heredero. No son pues, de recibo los documentos anotados como prueba del carácter de heredera de Griseldina Reyes de Betancourt, respecto del causante Ernesto Antonio Betancourt".

Anota por último el fallador, que la prueba de la calidad de heredero echada de menos determina la ausencia del presupuesto procesal capacidad para ser parte, lo que impide el estudio y decisión de mérito de la pretensión de filiación natural, lo mismo que de los consecuenciales de petición de herencia y reforma del testamento.

La demanda de casación

Al amparo de la causal primera de casación contemplada por el artículo 368 del C. de P.C., dos cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, de los cuales sólo se estudiará el primero por ser el llamado a prosperar.

Cargo primero

En él se acusa la sentencia de infringir indirectamente los artículos 66, 397, 399, 401, 402, 403, 404, 665, 948, 1008, 1013, 1037, 1155, 1226, 1240, 1249, 1274, 1275, 1277, 1321, 1322, 1323, 1239 del C. C., 3° numeral 3°, 6° numeral 6°, 9° de la Ley 75 de 1968, 1°, 2°, 4° de la Ley 29 de 1982, 1°, 2°, 3°, 5° del Decreto 1260 de 1970, 1°, 6°, 12, 23, de la Ley 45 de 1936, por falta de aplicación; 187, 250, 252, 253, 254, 258 y 264

del C. de P. C., a consecuencia de error de derecho cometido por el Tribunal al estimar las pruebas.

Lo fundamenta el recurrente diciendo que con los documentos públicos aportados en copia auténtica al proceso, a saber: "Testamento, registros civiles de defunción del causante y de matrimonio de la demandada con aquél, del trabajo de adjudicación de los bienes herenciales, debidamente aprobado por sentencia proferida por juez competente", quedó debidamente acreditado el presupuesto procesal capacidad para ser parte respecto a la demandada Griseldina Reyes de Betancourt, y que no obstante que ésta no propuso tacha de falsedad en relación con esos documentos, el Tribunal les desconoció el valor probatorio que la ley les asigna; que, como la calidad de heredero se configura cuando a la vocación hereditaria se suma la aceptación de la herencia, era necesario analizar en conjunto esos documentos para llegar a la realidad que ellos demuestran, "no sólo el testamento y el trabajo de adjudicación realizado dentro de la sucesión del causante Betancourt, sino también los registros civiles de matrimonio y defunción, y lo más importante, la sentencia con que culminó el proceso de sucesión, aprobando el trabajo de adjudicación, que envuelve o recoge todo lo anterior, incluyendo que con su presencia en el proceso debe presumirse que con anterioridad debieron acreditarse la vocación hereditaria y la aceptación, e inclusive, esa sentencia es base para predicar que en ese proceso... previamente se dictó el auto de reconocimiento de heredero echado de menos por el fallador".

Continúa manifestando el impugnante que el Tribunal apreció materialmente los documentos, pero que sin embargo, al valorarlos, infringió las normas que regulan la eficacia probatoria de los mismos, negándoles el poder de persuasión que la ley les asigna, lo que, dice, se hace aún más evidente cuando el sentenciador anota que "para la sala de decisión, la prueba documental aportada por el actor no satisface... la calidad de heredera de la demandada, porque en su sentir, el testamento apenas dice de su vocación hereditaria, y el trabajo de adjudicación sólo demuestra que los bienes sucesorales se adjudicaron a Griseldina Reyes. Aquí, prosigue el censor, en el momento de asignar valor a las pruebas, ya no mencionó los registros civiles de matrimonio y defunción, ni se refirió a la sentencia con que culminó el trabajo de adjudicación de los bienes de la herencia del causante Betancourt, incurriendo en inmenso vicio de valoración probatoria, consistente en... negar el mérito demostrativo que a los documentos públicos... asignan las normas probatorias, y además, prosigue, exigió o se inventó, una prueba, o mejor, hace una exigencia probatoria que la ley no consagra, cuando concluyó que no hay otra manera de probar la calidad de heredero de una persona, sino únicamente aportando copia del auto de reconocimiento de heredero, proferido en el proceso sucesorio".

Señala en otro aparte de su censura que el yerro comentado fue la determinante del fallo inhibitorio dictado por el Tribunal y de la violación indirecta de las normas sustanciales ya indicadas en el inicio del cargo, pues en caso contrario "se habría hecho obligatoria la declaración de filiación natural reclamada, lo mismo que la estimación de las pretensiones de petición de herencia y reforma de testamento, porque la *posesión notoria* que se le alegó como causal para declarar la filiación natural de Luis Gonzalo Orozco, respecto del causante Ernesto Antonio Betancourt, está establecida por el conjunto de testimonios que la establecen sin permitir ninguna duda...".

SE CONSIDERA:

i. *La delación de una herencia es, conforme lo indica el artículo 1013 del C. C., "el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla", lo cual ocurre desde cuando aquélla se defiere, esto es, a partir del momento de fallecimiento del causante si la asignación es pura y simple, o desde el cumplimiento de la condición suspensiva, si a la misma queda sometida.*

Como lo ha dicho repetidamente la doctrina de la Corte, la calidad de heredero requiere entonces de la concurrencia de dos situaciones diversas: La vocación hereditaria y que la persona llamada a recoger la herencia no la repudie (arts. 783 y 1298).

Dispone el artículo 1298 del C. C. que "la aceptación de una herencia puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se toma el título de heredero; y es tácita cuando el heredero ejecuta un acto que supone necesariamente su intención de aceptar, y que no hubiere tenido derecho a ejecutar sino en su calidad de heredero". Y el artículo 1299 ibidem, que "se entiende que alguien toma el título de heredero, cuando lo hace en escritura pública o privada, obligándose como tal heredero, o en un acto de tramitación judicial".

ii. Con arreglo a los anteriores preceptos, representan aceptación expresa o tácita de la herencia, conductas tales como la de disponer o enajenar bienes hereditarios, pues supone necesariamente la intención de aceptarla, y, respecto de las actuaciones judiciales, demandar ante el juez: "La práctica de los correspondientes inventarios judiciales o extrajudiciales; confiriendo poder a alguien, ante el juez de la causa, para intervenir en el juicio de sucesión, para pedir la herencia, para pedir la partición de los bienes hereditarios, para reivindicarlos o para pedir la anulación o la reforma del testamento, etc., o demandando personalmente y a título de heredero del difunto cualquiera de esos casos. ." (Cas. Civ. 11 de octubre de 1910, G.J. XIX, pág. 122). *También se da aceptación de la herencia, cuando al responder la demanda que se le promueve judicialmente, el demandado no repudia la herencia, tal como lo determina actualmente el artículo 81, inc. 2°, del C. de P.C. Y a quien invoca el título de heredero le basta, por tanto, aportar copia del testamento o de las actas del estado civil que demuestran su parentesco con el* de cujus, *pues la aceptación de la herencia se exterioriza en este caso por la actitud de quien esa conducta asume.*

Con todo, las anteriores no son las únicas formas de demostrar la calidad de heredero de una persona con relación a un causante determinado, ya que también es válida para esos efectos la copia del auto de reconocimiento de heredero dictado por el juez que conoce de la mortuoria, pues como lo ha manifestado la Corte desde 1928, es apenas obvio que "la copia del auto por medio del cual el juez que conoce del proceso sucesorio, reconoce como heredero a cierta persona, sirve de prueba en otro proceso de la dicha calidad de heredero mientras no se demuestre lo contrario en la forma prevenida por la ley, por la potísima razón de que para que el juez hiciera ese pronunciamiento, previamente debía obrar en autos la copia del testamento o de las actas del estado civil respectivas y aparecer que el asignatario ha aceptado..." (G.J., T. XXXIII, pág. 207).

iii. Es de ver además, que referente a la aceptación de la herencia mediante el ejercicio de un acto de trámite judicial, como lo autoriza el artículo 1299 del C. C., si bien sólo son relevantes aquellas conductas que por su naturaleza denotan "ciertamente la intención o la voluntad de aceptar la herencia" (G.J., T. XC, pág. 309). *la ley no ha hecho un catálogo taxativo de las mismas y, por lo consiguiente, su apreciación queda al recto criterio del juzgador.*

iv. Fluye de lo anterior, que para la demostración de la aceptación de una asignación testamentaria o ab intestato, *el derecho positivo no exige una prueba en particular o única, y que si bien es verdad que la jurisprudencia de esta Corporación ha expuesto en forma reiterada que esa aceptación se evidencia con la copia del auto que, en la mortuoria, reconoce herederos, y que ésta es su prueba por excelencia, jamás ha predicado que ese sea el único medio para demostrar la aceptación de la que se habla. Desde luego, se reitera, existen otros medios probatorios para establecer tal figura, como puede acaecer cuando el interesado en vez de aportar la copia de dicho auto, acompaña, con el mismo propósito, copia de la sentencia aprobatoria de la partición o de la liquidación y adjudicación, en su caso, pues la misma inferencia lógica que cabría hacer con relación a aquel documento, sería válida y predicable igualmente respecto a esta última, como quiera que de la misma es obvio suponer, como en el caso anterior, el cumplimiento previo de los requisitos judiciales antecesores de ese acto.*

v. Dentro de la anterior línea de análisis, para demostrar, en el caso presente, la calidad de heredera en que se citó a la demandada Griseldina Reyes de Betancourt con relación al causante Ernesto Antonio Betancourt Arias, la parte actora acompañó al proceso, entre otras pruebas, copia auténtica de los siguientes documentos: a) Del trabajo de liquidación, en el que le corresponde a Griseldina Reyes de Betancourt, cónyuge sobreviviente del finado Betancourt Arias, la herencia dejada por éste (fls. 5 a 9 cdno. 1); b) De la sentencia aprobatoria del anterior trabajo (fl. 11 cdno. 1); c) Del testamento otorgado por el causante (fl. 12 cdno. 1); d) Del registro civil de defunción de éste (fl. 25 cdno. 1); y e) Del registro civil del matrimonio que celebraron Ernesto Antonio y Griseldina (fl. 26 cdno. 1). Estas pruebas, entonces, demuestran plenamente no sólo la vocación hereditaria de Griseldina Reyes de Betancourt respecto del finado Betancourt Arias, sino la aceptación de esa asignación testamentaria, pues de otra forma no se explica cómo hubiera podido reclamar ella su asignación en el proceso sucesorio, que justamente culminó con la adjudicación que se le hizo de los bienes del finado.

Algo más: al contestar el hecho 7° de la demanda inicialmente introducida por el actor, en el que éste afirma que el causante Ernesto Antonio Betancourt Arias instituyó a su cónyuge sobreviviente "como su heredera universal" (fl. 19 cdno. 1), la demandada Griseldina Reyes de Betancourt admitió como cierta esa afirmación (fl. 37 cdno. 1), que ratificó luego al contestar la demanda integrada, presentada posteriormente por el demandante (fl. 75 cdno. 1). Este comportamiento de la parte citada es, en defecto de la prueba anterior, así mismo demostrativo de su decisión de aceptar la herencia que le dejó el causante Betancourt Arias.

Sin embargo, como al decidir en la forma en que lo hizo y, por ende, al valorar dichas pruebas, el sentenciador manifestó que "el carácter de heredero *ab intestato* o testamentario se adquiere con la vocación sucesoria con el causante fundada en los nexos de

parentesco, o el llamamiento en el testamento, y la aceptacion de tal vocación, que se recogen en el auto de declaratoria de heredero proferido en el respectivo proceso sucesorio, siendo por consiguiente la copia suya la prueba por excelencia de la calidad de heredero de quien ha sido llamado a suceder al causante", a lo cual agrega que como esa prueba no se adujo por el actor, está ausente el presupuesto procesal capacidad para ser parte en relación con la demandada Griseldina Reyes de Betancourt, el Tribunal cometió el yerro de valoración que se le endilga, como quiera que al atribuir únicamente a dicha prueba el poder de demostrar la calidad de heredero que se tiene frente a un causante, negó el valor legal de que gozan los medios aportados por el actor y con los cuales éste obtuvo el mismo resultado, lo que de contera lo llevó a violar las normas indicadas por la censura. Por lo demás, era ciudible deber del Tribunal que si para proferir decisión de mérito, juzgaba como necesaria la presencia del auto de declaratoria de heredero, ha debido decretarlo como prueba de oficio, en uso de las atribuciones que la ley le confiere al fallado. Esa prueba, desde luego, no la requería para proveer acerca de la filiación extramatrimonial, porque ésta puede instaurarse en frente del cónyuge supérstite (art. 10, L. 75 de 1968). Se le llama, entonces, la atención al Tribunal para que no se repita su indolente proceder.

El cargo, por lo dicho, esta llamado a prosperar.

vi. Con todo, antes de dictar el fallo de reemplazo que corresponde, estima la Sala, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 375 del C. de P.C., que es el caso de ordenar se practique dictamen pericial a efecto de establecer el valor de los frutos civiles producidos o que hubiere podido producir la porción "objeto de la acción de petición de herencia..." si estuviera en las manos del actor, esto es, las tres cuartas partes de la herencia que éste reclama, a partir del 6 de septiembre de 1987, fecha de notificación del auto admisorio de la demanda (fl. 29 cdno. 1).

Con tal propósito se comisionará al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Armenia, despacho que decidió este proceso en primera instancia, para que actúe de conformidad con las facultades que se le señalarán en la parte resolutiva de esta sentencia.

Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **casa la sentencia de fecha veintisiete (27) de febrero de mil novecientos noventa (1990)** proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, en este proceso ordinario promovido por Luis Gonzalo Orozco contra Griseldina Reyes de Betancourt y Artulfo Roda Ospina.

Antes de pronunciar la sentencia sustitutiva correspondiente, a cargo de ambas partes por igual, **se ordena** la práctica de un dictamen pericial tendiente a establecer el valor de los frutos civiles producidos o que hubiere podido producir la porción "objeto de la acción de petición de herencia" si estuviere en las manos del actor, esto es, las tres cuartas partes de la herencia, que éste reclama, a partir del 6 de septiembre de 1987.

Para lo anterior, **se comisiona** al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Armenia, quien queda autorizado para designar los peritos, darles posesión, y removerlos si es del

caso, señalarles término para la rendición del dictamen y recibirles el mismo. Hecho esto, remitirá la actuación a la Corte. Se le conceden treinta (30) días de término para el cumplimiento de la comisión.

Líbrese el correspondiente despacho comisorio con inserción de esta sentencia y de las escrituras públicas Nos. 321 de 22 de octubre de 1981 y 1352 de 5 de noviembre de 1952, otorgada la primera en la Notaría del Círculo de Montenegro (Quindío), y la segunda en la Notaría Primera de Armenia (fls. 12 a 13 y 101 a 103, cdno. 1).

Sin costas en el recurso de casación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 098

PRESUPUESTOS PROCESALES - CAPACIDAD PARA SER PARTE / DEMANDA - HEREDERO / SENTENCIA INHIBITORIA - PRESUPUESTO PROCESAL - CAPACIDAD PARA SER PARTE

Se tiene por el solo hecho de tener capacidad jurídica y es un presupuesto procesal. Debe aparecer en todos los supuestos en que esté de por medio una relación jurídica. Cuando alguien demanda o es demandado con invocación de la adicional calidad de heredero, el presupuesto queda satisfecho con la prueba de la condición agregada. La ausencia de prueba de dicha calidad implica sentencia inhibitoria.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Héctor Marín Naranjo.*

Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Se decide el recurso de casación que los demandados Jaime Pareja González y Alicia Vélez de Pareja interpusieron contra la sentencia de segunda instancia, que data del veintidós (22) de febrero de mil novecientos noventa (1990), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario seguido por Rosa Stella Moncada Zapata, como representante de la menor Catalina Moncada, en frente de los citados recurrentes y de los herederos indeterminados de Gabriel Jaime Pareja Vélez.

ANTECEDENTES:

Según escrito introductorio que en el correspondiente reparto se le asignó al Juzgado Primero Civil del Circuito de Itagüí (Ant.), Rosa Stella Moncada Zapata, actuando en nombre de su hija Catalina Moncada, demandó a Jaime Pareja González y Alicia Vélez de Pareja (padres de Gabriel Jaime Pareja Vélez) y a los herederos indeterminados de este último, a fin de que, con citación y audiencia suyas, se hicieran las siguientes declaratorias:

"1. Que el señor Gabriel Jaime Pareja Vélez, es padre natural de la menor Catalina Moncada, nacida en la ciudad de Medellín, el día 24 de abril de 1985 de las relaciones habidas con la señora Rosa Stella Moncada Zapata.

"2. Que se ordene el registro de esta decisión, ante las autoridades respectivas".

Compendiados, los hechos en que apoyó las enunciadas pretensiones, son éstos:

Que Rosa Stella Moncada conoció a Pareja Vélez, en Itagüí, en el año 1978, y que, desde entonces, después de hacerla objeto de atenciones y de invitaciones varias, formalizaron relaciones, que luego se convirtieron en sexuales, continuas y estables desde el año 1980; que a raíz de las mismas "fue concebida y posteriormente nació nuestra hija común, Catalina Moncada...".

Que tales relaciones, el embarazo de la madre de la actora y el nacimiento de ésta fueron conocidos por el círculo de amigos de aquélla y de Gabriel Jaime; que éste admitió, delante de unos y otros, ser el padre de la criatura, y que le consiguió apartamento a la demandante, en la misma localidad de Itagüí, donde Rosa Stella fijó su residencia, que entonces fue frecuentada por Gabriel Jaime, "varias veces a la semana".

Que en la noche del parto el señor Pareja Vélez acompañó a la demandante hasta la Clínica Soma, en donde "manifestó que se haría cargo de los gastos de hospitalización y demás cuentas y efectivamente los canceló".

Que el mencionado Pareja Vélez falleció súbitamente en Itagüí, el 3 de junio de 1985, lo que "no le dio tiempo de hacer las diligencias pertinentes para el reconocimiento de la niña".

Los demandados Pareja y Vélez contestaron la demanda oportunamente para indicar que no les constaban los hechos aducidos por la actora y para oponerse a las pretensiones de ésta. En sentido similar se pronunció el curador *ad litem* de los herederos indeterminados de Gabriel Jaime Pareja; propuso además, la excepción de "falta de causa para demandar" y "la genérica".

Cumplidas las ritualidades propias del proceso el *a quo*, en sentencia del 27 de abril de 1987, acogió en su integridad las peticiones de la demandante. Aquélla fue apelada por los demandados Jaime Pareja y Alicia Vélez, y el Tribunal la confirmó sin variación alguna.

La sentencia del Tribunal

Tras de reseñar en forma concisa la *causa petendi* y los momentos procesales más sobresalientes, ya en el capítulo de las consideraciones sienta el Tribunal la apreciación sobre que la paternidad natural o extramatrimonial se presume y hay lugar a declararla judicialmente cuando entre la madre y el presunto padre hubieran existido relaciones sexuales por la época en que, de acuerdo con el artículo 92 del Código Civil, pudo tener lugar la concepción del pretendido hijo, y que, según el artículo 6°, inciso 2° del numeral 4°, de la Ley 75 de 1968, las relaciones de tal linaje "pueden inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, teniendo en cuenta los parámetros que la misma norma establece".

Pasa entonces a manifestar que el trato amoroso-sexual entre Gabriel Jaime Pareja y Rosa Stella Moncada aparece comprobado con las declaraciones de Betty Rosa Valencia, Luz Marina Uribe, Amparo Gil Salgado, Lilián Gutiérrez, Gloria Osorio Sánchez, Luis Fernando González y Gilberto Hurtado Toro, declarantes todos que, "en forma por demás armónica y expresando la razón de su dicho, presentan dichas relaciones, hasta la muerte del señor Gabriel Jaime Pareja, lo cual implica que la concepción de la menor se dio dentro del marco temporal de ellas".

Observa, por último, el sentenciador que otros testimonios (los de Guillermo de J. Espinosa, Beatriz Elena Gómez y Jesús María Fernández) no restan ninguna fuerza probatoria a los anteriormente comentados, toda vez que, "sin desconocer la amistad (de Pareja Vélez) con la señora Moncada, ellos se limitan a afirmar que el señor Pareja Vélez tenía otras amistades de sexo femenino, cosa posible, y vivía en casa de sus padres".

En tales condiciones, el *ad quem* encontró "plenamente demostrados los elementos que estructuran la pretensión de la menor actora, más cuando el examen de genética oficiosamente ordenado, obrante en el cuaderno del Tribunal, arrojó como resultado una impresión sobre paternidad 'compatible' ".

La demanda de Casación:

Dos cargos, ambos con fundamento en la causal primera del artículo 368 del C. de P.C., plantea en ella la parte recurrente en contra de la sentencia acabada de reseñar. La Sala circunscribirá su estudio al primero por encontrarlo destinado a prosperar.

Cargo primero

se le endilga a éste en la sentencia del *ad quem* violación indirecta de la ley sustancial, "por aplicación indebida de los artículos 1°, de la Ley 45 de 1936, 6° (ordinal 4, incisos primero y segundo) de la Ley 75 de 1968, como consecuencia de manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba".

Sostiene la censura que en el proceso no se acreditó el vínculo matrimonial de los demandados Jaime Pareja y Alicia Vélez, "lo mismo que su calidad de herederos del presunto padre Gabriel Jaime Pareja Vélez"; que el Tribunal supuso en los demandados su calidad de herederos determinados exclusivos del fallecido Pareja Vélez, y el estado de soltería de éste, o sea que "dio por existentes hechos que no aparecen probados en el proceso, aceptando así una capacidad para ser parte de los mencionados demandados determinados sin respaldo probatorio alguno".

Que sin que existieran en el proceso las pruebas antes mencionadas, el Tribunal partió de que el presunto padre fallecido era soltero y los demandados determinados sus padres y únicos y exclusivos herederos.

Concluye este cargo con la apreciación de que si "el *ad quem* hubiera advertido la ausencia de esa prueba, ciertamente se habría abstenido de proferir sentencia de fondo"; que al haber pasado "por alto la omisión de dichas pruebas, incurrió en manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba"; que violó así, indirectamente, por aplicación indebida, las normas relacionadas en la enunciación del cargo, "error que condujo al

Tribunal a declarar una filiación extramatrimonial sin que estuviera acreditada en el proceso la capacidad para ser parte de los demandados".

SE CONSIDERA:

i. *La capacidad para ser parte de un proceso es un concepto que se describe en coincidencia con el de la capacidad jurídica en general. Esta, según ha sido expuesto, consiste en la "cualidad de la persona de ser titular de las distintas relaciones jurídicas que lo afectan". Por ende, y como también se ha observado, la capacidad jurídica no es un derecho subjetivo. Más bien, constituye el antecedente lógico del derecho subjetivo implicado en una relación jurídica.*

En el anterior orden de ideas, la capacidad para ser parte viene a ser la cualidad (aptitud) que tenga la persona para ser titular (sujeto) de la relación jurídico-procesal.

Justamente por lo acabado de señalar es por lo que a la misma se la cataloga como un presupuesto procesal, o sea, como una condición para que el juzgador pueda proferir una decisión de mérito. De hecho, si la sentencia, por su propia esencia, hállase orientada a definir y regular una cierta relación jurídica de índole sustancial entre quienes aparecen como partes (sujetos) del proceso en el que ella se emite, desde el punto de vista jurídico absolutamente incomprensible sería que al juez, no obstante la constatación de la ausencia de la capacidad para ser parte del proceso, le fuera dable calificar de mérito la cuestión debatida, pues si se tiene advertido que falta este presupuesto, no sería posible decir que el sujeto cuya existencia procesal no ha quedado fijada, sí lo puede ser, en cambio, de la relación sustancial materia del pronunciamiento jurisdiccional, entre otras razones, porque la capacidad para ser parte debe aparecer o ser verificable en todos los supuestos en que esté de por medio una relación jurídica, la cual no puede configurarse más que entre sujetos, es decir, entre términos a los cuales el Derecho dota de aptitud o de capacidad para desempeñarse como tales.

En lo que al derecho colombiano concierne, la capacidad para ser parte de un proceso, se encuentra establecida en el inciso 1° del artículo 44 del C. de P.C. en estos términos:

"Toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso".

ii. No obstante que la norma anterior le atribuye la calidad para ser parte a toda persona, la cuestión, sin embargo, que sujeta a cierta matización cuando alguien demanda, o es demandado, con invocación de la adicional calidad de heredero, pues en un evento tal el presupuesto procesal de la capacidad para ser parte requiere, a efectos de que quede cabalmente perfilado, de la prueba de la condición agregada. Así lo tiene definido la jurisprudencia de la Corte desde muy antiguo:

"A partir del fallo de 21 de junio de 1939 (G.J., T. XCI) *la Corte, acogiendo en este punto la tesis expuesta por Enrico Redenti, viene enseñando insistentemente que quien actúa apoyado en su calidad de heredero, no obra en nombre propio, ni lo hace en representación de otra persona, puesto que la sucesión no es sujeto de derechos y de obligaciones, por carecer de personalidad jurídica; quien así actúa, obra autónoma y exclusivamente en virtud de la calidad de heredero de que está investido. Ello demuestra que existe una tercera categoría dentro del presupuesto procesal de*

capacidad para ser parte, la cual se ofrece cuando se obra no en nombre propio o en representación de otra persona, sino en ejercicio de un cargo o de una calidad como la de heredero... desde la sentencia citada, invariablemente la Corte ha sostenido que las cuestiones atinentes a la demostración de su calidad de heredero en quien dice obrar como tal, 'pertenecen al campo procesal y no al sustancial, vale decir, que corresponde a uno de los presupuestos del proceso, y no a una de las condiciones de la acción civil, como se había venido sosteniendo por la doctrina. De lo cual se infiere que la ausencia de prueba sobre el carácter de heredero implica sentencia inhibitoria con consecuencias de cosa juzgada formal y no de sentencia de mérito, con consecuencia de cosa juzgada material' " (Cas. Civ. 21 de mayo de 1971, G.J. T. CXXXVIII, pág. 356).

iii. En el anterior orden de ideas, se tiene que los señores Jaime Pareja y Alicia Vélez han intervenido en este proceso como herederos del presunto padre, en su condición de padres legítimos del mismo. Sin embargo, no se aportó la prueba correspondiente. Pero el Tribunal la supuso, pues de otra manera se habría abstenido de proferir sentencia de mérito, máxime cuando era su deber revisar que confluyeran cabalmente los presupuestos procesales. Cayó, entonces, en el error de hecho que le endilga la parte recurrente y, por tal motivo, transgredió las normas que se citan en el cargo, el cual, por consiguiente, está llamado a prosperar, sin que el silencio de los demandados en torno al punto durante las instancias dé margen para decir que se está ante un medio nuevo, inaceptable, por lo mismo, en casación, puesto que, como se acaba de anotar, de por medio se halla la debida configuración de los presupuestos procesales -uno de los cuales es el de la capacidad para ser parte-, por la cual, *ex officio*, debe velar el juzgador.

iv. Empero, antes de tomar la decisión que sustitutivamente corresponde, la Sala, con fundamento en la facultad que le confiere el artículo 375 del C. de P.C., en su inciso 2º, ordenará la práctica de las pruebas orientadas a establecer la calidad con que los demandados antes citados han venido actuando, disponiendo que sean éstos quienes la aporten, sin perjuicio de que también lo pueda hacer la demandante.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **casa** la sentencia de fecha veintidós (22) de febrero de mil novecientos noventa (1990), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario promovido por Rosa Stella Moncada Zapata como representante de la menor Catalina Moncada, en frente de Jaime Pareja González, Alicia Vélez de Pareja y de los herederos indeterminados de Gabriel Jaime Pareja Vélez.

Antes de tomar la decisión que sustitutivamente corresponde, de oficio, se dispone que los señores Jaime Pareja y Alicia Vélez, demandados como padres de Gabriel Jaime Pareja Vélez, alleguen a los autos el registro civil de nacimiento de éste y el de matrimonio de ellos. O la copia del auto de declaratoria de herederos, o el trabajo de partición y la sentencia aprobatoria del mismo, si alguna de tales providencias se hubiere dictado en el proceso de sucesión.

La prueba que de tal manera se decreta, podrá también ser aportada por la parte demandante.

Término para la práctica de la misma: veinte (20) días.

Sin costas en el recurso de casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 107

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía Directa e Indirecta

La censura apoyada en la causal primera tiene que enrumbarse por una de estas dos vías, nunca por ambas a la vez. Así mismo los argumentos ordenados a sustentarla, tienen que guardar lógica consonancia con tal orientación.

SIMULACION / SIMULACION - Teoría Monista / SIMULACION - Autonomía de la Voluntad / SIMULACION - Pruebas

Concepto. Noción de acto jurídico simulado. En el fenómeno simulatorio no se da la concurrencia de dos actos jurídicos, uno público que carece de obligatoriedad y otro privado que sí tiene fuerza vinculante entre quienes lo celebraron, sino uno sólo, ya que el privado constituye parte de aquél, al que le imprime su genuina fisonomía. El principio de la autonomía de la voluntad y su aplicación en el campo de la simulación. Técnica específica en el ámbito de la prueba. Libertad probatoria en la materia.

SIMULACION - Legitimación

Quien tenga legítimo interés en la declaración de simulación por recibir un perjuicio cierto y actual con el negocio fingido, puede impugnar esa convención.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de Hecho

Requisitos que debe reunir el cargo en casación por error de hecho, para que prospere.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Referencia: Expediente No. 3245.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 30 de marzo de 1990, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario de mayor cuantía seguido por María de Jesús Valderrama viuda de Calderón y Fabiola Valderrama Rivas, con la intervención como litisconsorte de Margarita Valderrama de Román, contra Guillermo Salas Narváez y Judith Salas viuda de Valderrama.

I. El litigio

1. Mediante demanda presentada el 5 de noviembre de 1987 que por reparto le correspondió al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Neiva, y posteriormente adicionada por escrito presentado el 14 de marzo de 1988, María de Jesús Valderrama viuda de Calderón y Fabiola Valderrama Rivas obrando "en el carácter de herederas de la sucesión de Federico Valderrama Rivas" y actuando por intermedio de apoderado especialmente constituido para el efecto, entablaron proceso ordinario contra Guillermo Salas Narváez y Judith Salas viuda de Valderrama, para que en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada se efectúen las siguientes declaraciones: Primera. Que son absolutamente simulados los contratos de compraventa contenidos en las escrituras 611 del 12 de septiembre de 1975 corrida en la Notaría 16 de Bogotá y 2226 del 29 de octubre de 1979 de la Notaría Segunda de Neiva, mediante las cuales Federico Valderrama Rivas dijo vender a Guillermo Salas Narváez y posteriormente este último a Judith Salas viuda de Valderrama, la finca denominada "El Igua" ubicada en Bilaco, jurisdicción del municipio de Campoalegre con folio de matrícula inmobiliaria No. 2000001746 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Neiva, y, por lo tanto, no existió vínculo jurídico entre Federico Valderrama Rivas y Guillermo Salas Narváez, ni entre este último y Judith Salas viuda de Valderrama. Segundo. En consecuencia, los demandados deben restituir a la sucesión de Federico Valderrama Rivas, dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la posesión material del inmueble, y pagar a dicha sucesión el valor de los frutos que hayan percibido desde el 14 de agosto de 1978, o en subsidio, desde la fecha de la sentencia hasta cuando se efectúe la restitución, los cuales estima en $16.000.000.oo, o lo que se pruebe en el proceso, sin derecho a reclamar mejoras por ser poseedores de mala fe; y, en fin, solicitó ordenar la cancelación del registro de las mencionadas escrituras y la condena en costas a los demandados.

Como primer grupo de peticiones subsidiarias, invocadas para el caso que las anteriores no fueran acogidas, solicitaron: Primero. Que se declaren relativamente simulados los contratos señalados en la primera petición principal: por lo tanto, se declare igualmente que el verdadero acto contenido en esas escrituras es una donación que por no haber sido insinuada es absolutamente nula. Segundo. Que en consecuencia, se disponga que el bien a que se refieren las mencionadas escrituras pertenecen a la sucesión de Federico Valderrama Rivas, estando los demandados obligados a restituirlo dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria del fallo, adeudándoles la sucesión la suma de dos mil pesos. Así mismo, se condene a los demandados a pagar los frutos, en las

condiciones establecidas en las peticiones principales, y las costas procesales. disponiéndose así mismo la cancelación de los registros de las escrituras impugnadas.

Como segundo grupo de peticiones subsidiarias pidieron declarar: Primero. Que hubo lesión enorme en los contratos de compraventa determinados en la primera petición principal. Segundo. Que los demandados deben completar a la sucesión demandante el justo precio del inmueble a que se refieren los contratos impugnados, el cual estima el demandante en ciento veintisiete millones quinientos mil pesos ($127.500.000.oo) en la época en que fueron celebrados los contratos o de acuerdo con la determinación que del mismo se haga en el proceso, con deducción de una décima parte; a menos que opten por la rescisión del contrato, la cual, se entenderá si los demandados no consignan a órdenes del juzgado o pagan a la sucesión demandante el excedente para completar el valor de la finca dentro del término que la sentencia les otorgue. Tercero. Que si optan por la rescisión, se declaren sin efecto las referidas escrituras públicas de compraventa y por lo tanto debe ordenarse la cancelación de los correspondientes registros, dejando vigente la inscripción del título de Federico Valderrama Rivas; se disponga que los demandados restituyan a la sucesión demandante, en los cinco días siguientes, la posesión material del inmueble y paguen el valor de los frutos percibidos desde la fecha de la notificación de la demanda, los cuales estiman los demandantes en quinientos mil pesos mensuales ($500.000.oo) hasta el día de la restitución; se libere el inmueble de las hipotecas y limitaciones de dominio que sobre él hubieren constituido y en caso de no hacerlo se disponga que los demandandos paguen a la demandante los perjuicios compensatorios y moratorios; y en fin, se condene a la parte demandada a pagar las costas procesales.

A su vez, la demanda expone como hechos fundamentales los que enseguida pasan a compendiarse:

a) Por medio de la escritura pública N° 611 del 12 de septiembre de 1975 corrida en la Notaría 16 del Círculo de Bogotá, Federico Valderrama Rivas transfirió a título de venta a Guillermo Salas Narváez la finca denominada "El Igua", ubicada en el municipio de Campoalegre y con folio de matrícula inmobiliaria N° 200-0001746 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Neiva. Posteriormente, por escritura 2226 del 29 de octubre de 1979 de la Notaría 2ª de Neiva, Guillermo Salas Narváez, a su vez, transfirió la mencionada finca a Judith Salas viuda de Valderrama;

b) Dentro del proceso de sucesión de Federico Valderrama Rivas abierto por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Neiva el 15 de septiembre de 1987 fueron reconocidos como herederas María de Jesús Valderrama viuda de Calderón y Fabiola Valderrama Rivas en su condición de hermanas legítimas del causante, quien estaba casado desde el 12 de julio de 1952 con Judith Salas viuda de Valderrama, hermana legítima de Guillermo Salas Narváez;

c) Federico Valderrama no tenía intención de vender, sólo buscaba insolventarse y eludir la cancelación de unos créditos que había adquirido en calidad de codeudor de su compañero de negocios Alonso Rodríguez a quien, por su grave situación económica, se le seguía proceso de concurso de acreedores; por ello, el primero suscribió la escritura de venta de la hacienda "El Igua", de su propiedad, con su cuñado Guillermo Salas Narváez, quien sabía que se trataba de una compraventa simulada, resultando este último

ser cómplice en la defraudación con el evidente propósito de devolver más tarde la finca a su cuñado, tal como lo demuestra el hecho de que jamás tuvo la posesión del inmueble ni ejerció sobre él actos propios del dominio. Además, tratándose de un conductor de carrotanque que vivía de un salario, no era posible que hubiera comprado la finca, ni siquiera por el precio irrisorio que aparecía en la escritura $550.000.oo, siendo el avalúo catastral 1.277.000 y el comercial y real $127.500.000.oo, precio que de todas formas nunca recibió el señor Valderrama quien permaneció en posesión del inmueble hasta el día de su muerte, momento a partir del cual continuó poseyéndolo su esposa. La escritura 611 del 12 de septiembre de 1975 se firmó en la Notaría 16 de la ciudad de Bogotá, es decir, lejos de Neiva donde residían los contratantes, ello con el objeto de ocultarla y eludir así el posible embargo de los bienes por las obligaciones contraídas. En dicho documento se fijó como precio del inmueble $550.000.oo de los cuales $400.000.oo declaró el vendedor haber recibido a satisfacción y, para el pago de los $150.000.oo restantes, el comprador afirmó subrogarse en la obligación hipotecaria a favor del Banco Ganadero sucursal Neiva y que pesa sobre la finca objeto de la escritura, subrogación que, en concepto de la parte demandante, no existió pues la hipoteca era por $485.500.oo, según el certificado de registro:

d) Muerto Federico Valderrama Rivas, su cónyuge Judith Salas viuda de Valderrama no ha disuelto la sociedad conyugal ni ha restituido el título y la posesión material del inmueble a la sucesión de su difunto esposo. Dicha señora solicitó la restitución de la finca a su hermano Guillermo Salas quien, para obtener provecho de la negociación, la demandó solicitando la resolución del contrato, proceso que terminó por transacción, debiendo la demandada pagarle cierta cantidad de dinero para que le devolviera la propiedad de la hacienda.

2. A la demanda le dieron respuesta los demandados para oponerse a las pretensiones en ella contenidas, invocando así mismo la prescripción de la acción rescisoria por lesión contra ellos deducida.

3. Planteada la cuestión litigiosa en los extremos que se dejan reseñados, la primera instancia culminó con sentencia de fecha 1° de septiembre de 1989 donde el juzgado de conocimiento:

a) Declaró absolutamente simulados los contratos de compraventa recogidos en las escrituras 611 de septiembre 12 de 1975 de la Notaría 16 de Bogotá y la 2226 del 29 de octubre de 1979 de la Notaría 2ª de Neiva, mediante las cuales Federico Valderrama Rivas dijo vender a Guillermo Salas Narváez e igualmente éste dijo ver a Judith Salas Narváez viuda de Valderrama, el inmueble denominado "El Iguá", por lo tanto, determinó que en realidad no han existido estas compraventas; que tal inmueble pertenece a la sucesión del causante Federico Valderrama Rivas; y en fin, que no existió vínculo jurídico entre Federico Valderrama Rivas y Guillermo Salas Narváez, ni entre éste y Judith Salas viuda de Valderrama;

b) Como consecuencia de la declaración anterior, condenó a los demandados a restituir a la sucesión de Federico Valderrama Rivas, dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la posesión material del mencionado inmueble y a pagar a favor de la misma sucesión todos los frutos que hayan percibido o podido percibir

desde el día 14 de agosto de 1978 hasta la fecha en que se produzca la restitución, sin lugar a reclamar mejoras puestas antes y después de la demanda, pues se les considera como poseedores de mala fe; para tal efecto señaló que la determinación de los frutos se haría mediante el procedimiento señalado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil;

c) Finalmente, ordenó la inscripción de la sentencia en el Registro de Instrumentos Públicos, la cancelación en el mismo de las anotaciones de las escrituras declaradas simuladas y la cancelación de la inscripción de la demanda.

Inconformes los demandados, interpusieron recurso de apelación habiendo terminado la segunda instancia con el pronunciamiento de fecha 30 de marzo de 1990 por el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva confirmó la sentencia recurrida y condenó a la parte demandada al pago de las costas de segunda instancia.

LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal, después de efectuar un recuento de antecedentes que lo llevaron a declarar tramitada la instancia en legal forma, empieza efectuando un completo análisis sobre lo que es la simulación absoluta, haciendo énfasis en el hecho de que éste se da cuando la intención de las partes es la de no celebrar negocio alguno, siendo, por tanto, el objetivo de la acción correspondiente lograr que salga a flote la voluntad oculta y real de los contratantes, utilizando medios de prueba que lleven al juez al convencimiento de la existencia de la farsa, sin que se requiera como requisito ineludible la existencia de un contradocumento que la demuestre.

Y en este orden de ideas, al examinar los medios de prueba que obran en el proceso, el Tribunal determinó que los contratantes no extendieron contraescritura alguna que indicara intenciones distintas a las manifestadas en las escrituras públicas en donde quedaron plasmados los negocios de compraventa impugnados, y por tanto, acudiendo a lo que llamó "técnica de la prueba de la simulación", procedió a apreciar en su mérito la evidencia disponible sobre el particular, empleando un método cuyos rasgos sobresalientes son los siguientes:

a) Inicialmente, indagando por la *causa simulandi*, es decir, por el interés que pudo llevar a los demandados a pactar un negocio fingido, la encontró demostrada por el decreto de embargo de la finca "El Igua" fechado el 17 de junio de 1975, el auto del Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, fechado el 3 de noviembre de 1976, que libró mandamiento ejecutivo contra Alonso Rodríguez y Federico Valderrama Rivas, y el hecho de haberse suscrito la escritura 6111 del 12 de septiembre de 1975 en la Notaría 16 de Bogotá, tres meses después del citado embargo para cuyo registro tuvo que solicitarse autorización del acreedor ejecutante, pruebas que ponen al descubierto que "la venta de la finca 'El Igua' por parte de Federico Valderrama a Guillermo Salas Narváez fue provocada a no dudarlo por la presencia del embargo citado, y además por el concurso de acreedores a que se llamó la persona Alonso Rodríguez Rodríguez, a quien había servido de fiador", hechos que, según el Tribunal, permiten afirmar "que en realidad a Federico Valderrama le asistía un justo temor de que sus bienes, concretamente la finca El Igua, fuese rematada por razón de las deudas de Alonso Rodríguez

Rodríguez, así como por las otras deudas que como codeudor había adquirido frente a quienes lo estaban persiguiendo ejecutivamente";

b) Indicó a continuación la Sala sentenciadora que los testimonios de Jesús Antonio Figueroa Trujillo, Elías Castro Fierro y Eurípides Gutiérrez Trujillo coinciden en afirmar, dando las razones de sus dichos y explicando dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar cómo conocieron los hechos, que Federico Valderrama Rivas nunca se desprendió de la posesión material de la finca "El Igua" la que administró como bien propio mientras vivió, explotándolo en su exclusivo beneficio y pagando de su propio peculio los salarios de los trabajadores que laboraban en la misma. Dichos testigos -apunta el fallo- se dieron cuenta que la venta hecha por el señor Valderrama a su cuñado Guillermo Salas, que trabajaba como conductor de un carrotanque, fue fingida con el único objetivo de evadir compromisos adquiridos como fiador, declaraciones que encuentran respaldo en el ya señalado temor de Federico Valderrama de que la finca "El Igua" pudiera quedar vinculada a procesos de ejecución singulares o concursales y a la postre rematada;

c) Además de lo anterior, encontró el Tribunal varios indicios, a su juicio serios, graves y concordantes, que también lo condujeron a concluir que la transferencia fue simulada y que nunca existió de parte del vendedor intención alguna de desprenderse del dominio y posesión de la finca "El Igua", así como tampoco del comprador la de adquirir su posesión y propiedad: i) El bajo precio de la venta, $550.000.oo, notoriamente inferior al "avalúo administrativo" de $1.277.000.oo asignado por el Incora al predio a partir de enero de 1970, a lo cual se agrega que el mismo instituto señaló, un año después de la venta, el valor de $3.200.000.oo; y obviamente también irrisorio frente al comercial que debía tener la finca por la época de la presunta compraventa. Aunque Guillermo Salas afirmó que el precio de la finca le subió casi un millón doscientos mil pesos ($1.200.000), no lo probó en debida forma, así como tampoco fue convincente en su dicho acerca de cómo pagó el precio y por qué adquirió la finca si al parecer no conocía de inmuebles y, tal como lo revelan los testigos, no disponía de la capacidad económica suficiente para efectuar la transacción. ii) En sus declaraciones Salas Narváez no pudo explicar por qué la transacción se había realizado en Bogotá; sólo indicó que eso había sido cuestión de "Federico" quien lo llevó a dicha ciudad, con lo cual, según el Tribunal, puso de presente que todo lo manejó Valderrama. iii) Tampoco demostró que hubiera poseído o explotado la finca, situación corroborada por Judith Salas de Valderrama cuando al responder la demanda que contra ella instauró su hermano Guillermo Salas, dio a entender que éste prácticamente nunca tuvo la posesión de dicho inmueble, punto que por cierto no fue el único en que se contradijeron los hermanos Salas, sino que también dieron versiones contradictorias sobre cuál de los dos pagó la hipoteca que a favor de una institución bancaria pesaba sobre la finca;

d) Y con relación a la venta de cuyas condiciones da cuenta la escritura 2226 del 29 de octubre de 1979 el Tribunal, acudiendo a los mismos elementos y pruebas ya señalados y unidos todos al parentesco de los supuestos contratantes junto con el precio diferido y sin intereses pactados, dedujo que este contrato también fue igualmente simulado de manera absoluta.

Finalmente, todo el razonamiento decisorio del Tribunal se resumen en el siguiente párrafo de la sentencia: "Ciertamente de los hechos que se han dejado relacionados apuntan a establecer que Guillermo Salas se prestó para que se le hiciera aparecer, primero como comprador de la finca, y luego como vendedor del mismo bien a su hermana, fingiendo unos negocios jurídicos que en realidad nunca tuvo la intención de realizar, como tampoco la tuvieron Federico Valderrama como vendedor y Judith Salas como compradora posteriormente, ya que el verdadero propietario ante propios y extraños, por los actos positivos de posesión y señorío que siempre mantuvo sobre la hacienda El Igua, era Federico Valderrama, todo lo cual permite concluir que esas ventas fueron fingidas porque el bien siguió inalterablemente después de ocurridas tas mismas siendo explotado por Valderrama, que mantuvo su posesión y usufructo hasta el día de su muerte como lo han dejado relatado los testigos que han depuesto en el curso de este proceso".

III. La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia extractada y con respaldo en la causal primera, tres cargos formula la parte recurrente, dividido cada uno en varios reparos o censuras, cargos que estudiará la Corte en el orden propuesto.

Cargo primero

Acusa la sentencia de incurrir en "errores jurídicos relacionados con los artículos 1602, 1740, 1741 y 1766 del Código Civil y los contratos leyes contenidos en las escrituras públicas números 611 y 2226", errores que singulariza en tres objeciones formuladas de manera independiente, a saber:

a) Fundamenta la primera en un supuesto "error jurídico acaecido al declarar la simulación absoluta de los contratos contenidos en las escrituras públicas (...) con base en el artículo 1766 del Código Civil", pues sostiene que este artículo "no es sustancial en términos generales, sino parcialmente para la simulación relativa" porque "contiene dos contratos distintos" el solemne por escritura pública y el privado por escritura privada con el que los contratantes convienen en alterar, cambiar o reemplazar, lo pactado en la escritura pública, y en el presente caso, tal como lo reconoce el Tribunal, "los contratantes no extendieron contraescritura alguna que indicara una intención distinta a las manifestadas en las escrituras públicas en donde quedaron plasmados dichos negocios de compraventa, añadiendo que en su concepto la simulación absoluta, además de "ser consensual", solamente puede producirse en el acto solemne u ostensible;

b) Como segunda objeción fundamentante de este primer cargo, el recurrente afirma que "la sentencia acusada dejó de aplicar los artículos 1602, 1740, 1941, 1766 del Código Civil y los contratos leyes contenidos en las escrituras números 611 y 2226". Objeción o reparo que sustenta en que los contratos contenidos en las referidas escrituras "son leyes sustanciales porque crean derechos y obligaciones mutuas, acciones y excepciones y sanciones ..." y, por tanto, el Tribunal incurrió en error jurídico al no considerar en su resolución el artículo 1602 del Código Civil que así lo dispone, junto con los contratos instrumentados en las escrituras públicas números 611 del 12 de

septiembre de 1975, corrida en la Notaría 16 de Bogotá, y 2226 del 29 de octubre de 1979 de la Notaría 2ª de Neiva;

c) En fin, la tercera objeción se basa en que, en concepto del recurrente, en la sentencia se incurrió en error jurídico al dejar de aplicar los artículos 1740, 1741, del Código Civil y el 2º de la Ley 50 de 1936 "aplicables por razón de *petitum* y la *causa petendi* invocados por los demandantes", pues frente a la falta de consentimiento en el vendedor y al no pago del precio que se afirma en los hechos de la demanda, la acción que debió entenderse como la procedente era la de nulidad y no la de simulación.

SE CONSIDERA:

1. *Como es bien sabido, la legislación sobre procedimiento civil vigente en el país les brinda a las partes la posibilidad de impugnar, mediante el recurso de casación, sentencias definitivas por lo común proferidas en segunda instancia, señalando para el efecto causales precisas y con entidad autónoma cada una, ello con la natural consecuencia, justificada por la índole misma del Instituto, que la Corte sólo puede enjuiciar dichas providencias dentro de los estrictos límites que señale el recurrente y en el campo exacto en el que se reclame su intervención. De ahí, entonces, que aquella codificación, luego de señalar en su artículo 368 las aludidas causales, exija en el artículo 374 que la correspondiente demanda contenga "... la formulación por separado de los cargos contra la sentencia recurrida, con la exposición de los fundamentos de cada acusación en forma clara y precisa ...", añadiendo que si se trata de la causal primera, así mismo deberán señalarse "... las normas de derecho sustancial que el recurrente estime violadas ...", violación que al tenor de los dos incisos en que está dividido el numeral primero del citado artículo 368, puede producirse de dos formas de suyo tan diferentes entre sí que mezclarlas, unirlas en caprichoso entrevero por el estilo del que se observa en el cargo reseñado, constituye grave defecto que al Tribunal de casación no le es dado de oficio enmendar; en otras palabras, si el sistema positivo que rige la casación civil en nuestro medio no solamente autoriza el recurso cuando el fallo de instancia ha quebrantado la ley sustancial directamente, es decir sin dejar de apreciar con exactitud y justeza la situación fáctica* sub judice, *sino también cuando a dicha violación se ha llegado indirectamente o sea por consecuencia de yerros de hecho o de derecho en la ponderación de determinada evidencia, falseándose por ende esa misma situación fáctica, salta a la vista que cualquier censura apoyada en la causal primera tiene que enrumbarse por una de estas dos vías, nunca por ambas a la vez, y los argumentos ordenados a sustentarla, por obvia inferencia, igualmente tendrán que guardar lógica consonancia con tal orientación, exigencia cuyos perfiles concretos tiene definidos de tiempo atrás la doctrina jurisprudencial al precisar, por ejemplo, que "... la violación directa de la ley sustancial implica, por contraposición a lo que a su vez constituye el fundamento esencial de la violación indirecta, que por el sentenciador no se haya incurrido en yerro alguno de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas; y que por consiguiente no exista reparo que oponer contra los resultados que en el campo de la cuestión fáctica hubiere encontrado el fallador, como consecuencia del examen de la prueba ..." y corolario obligado de ello -prosigue la Corte- es que "... en la demostración de un cargo por violación directa, el recurrente no puede separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya*

llegado el Tribunal. En tal evento, como reiteradamente se ha dicho, la actividad dialéctica del impugnador tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales sustanciales que considere no aplicados, o aplicados indebidamente o erróneamente interpretados; pero en todo caso con absoluta prescindencia de cualquier consideración que implique discrepancia con el juicio que el sentenciador haya hecho en relación con las pruebas ... " (G.J. T., CXLVI, pág. 60).

2 Entendidas así las cosas, no es difícil deducir, pues, que este primer cargo adolece del defecto descrito y por consiguiente no puede abrirse paso. En efecto, al edificarse la censura sobre la base de que el Tribunal dejó de aplicar lo que el casacionista llama "las leyes de los contratos contenidos en las escrituras números 611 y 2226", sosteniéndose en seguida que la corporación sentenciadora también incurrió en "error jurídico" al no percatarse de que "los hechos de la *causa petendi* que son los que configuran la pretensión señalan que es la nulidad la que procede y no la simulación", aparece con toda claridad que aquélla alude a desaciertos que, de existir, resultan de la apreciación de elementos que conforman el cuadro fáctico del litigio, luego se trata de acusaciones que debieron proponerse y desarrollarse de conformidad con los lineamientos trazados por el segundo inciso del numeral 1° del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil para cuando de denunciar la infracción de la ley por vía indirecta se trata, mas no con los que caracterizan el denominado "error jurídico" en el ámbito de la casación, expresión ésta que aun equivoca en sus alcances precisos tiene sin embargo un específico significado por definición extraño al que corresponde a los yerros de valoración probatoria y acerca del cual la Corte tiene dicho, a través de reiterada jurisprudencia, que "... cuando en casación se dice que una sentencia cometió error jurídico, ha de entenderse que se le acusa de haber infringido directamente una norma sustancial bien por falta de aplicación o por aplicación indebida o por interpretación errónea ..." (G.J., T. XCVIII, pág. 93, reiterada en Casación Civil de 22 de febrero de 1967).

Se desecha por lo tanto el cargo.

Segundo cargo

Formula esta censura el recurrente con base en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil "por violación indirecta de los artículos 1602, 1740, 1741, 1766 del Código Civil y las leyes de los contratos de las escrituras números 611 y 2226 mediante errores de hecho en la apreciación de las pruebas ...": divide el recurrente este segundo cargo en siete "censuras" que singulariza en la siguiente forma:

a) Acusa la sentencia de interpretar erradamente la demanda pues en los hechos de esta última, las demandantes sostienen que "Federico Valderrama Rivas lo que se propuso fue insolventarse para burlar a los acreedores; que no existió consentimiento ni para vender, ni para comprar; que no hubo entrega de lo vendido; y que los compradores no pagaron los precios" y, anota que a este respecto la "Corte ha asentado de manera definitiva que cuando se pretende que un contrato de venta carece de causa, que no ha habido acuerdo de voluntades y que no se ha pagado el precio, se ejercita la acción de nulidad y, no la de simulación aun cuando se usen términos equívocos para calificar la acción (marzo 28-2939 ... marzo 14-1944)". Concluye que a pesar de la claridad y la precisión de los hechos de la demanda, el *ad quem* procedió a interpretarla y aplicó las

normas relativas a la simulación (art. 1766 Código Civil), interpretación que califica de arbitraria pues con ella "no se pretendía disipar duda alguna ni aclarar pasajes oscuros";

b) En la segunda "censura" de este segundo cargo se acusa la sentencia de interpretar "erróneamente los contratos contenidos en las escrituras números 611 y 2226", contratos que "por tratarse de la tradición de bienes inmuebles cumplieron los requisitos *ad sustantiam actus* de los artículos 740, 1502, 1849, 1880 del Código Civil y los artículos 2° y 43 del Decreto 1250 de 1970 y las solemnidades de los artículos 745, 749, 756, 1857 del Código Civil y los artículos 4 y 12 del Decreto 960 de 1970"; así mismo, señala que en tales documentos "aparecen claras y precisas la identificación de los contratantes; la determinación de la clase de contrato y la identificación por su ubicación y linderos del predio materia de la venta y los demás requisitos ...", todo para concluir que, teniendo en cuenta el artículo 1618 del Código Civil, la sentencia recurrida, al declarar la simulación de los contratos contenidos en las referidas escrituras, infringió dicho precepto y desconoció las pautas claras y precisas consignadas en ellas para imponer "absolutamente las que le vinieron en gana al fallador";

c) En un tercer acápite afirma el memorialista que "la sentencia recurrida dejó de apreciar las pruebas aportadas por las escrituras públicas números 611 y 2226", pues indica que tales documentos cumplen varias finalidades: "probar la existencia de acto jurídico con el cumplimiento de los requisitos *ad sustantiam actus*": "probar la validez y eficacia de los actos jurídicos con los requisitos y las solemnidades exigidas por la ley y finalmente para probar en cualquier momento la existencia del acto y su solemnidad" y añadiendo que por disposición expresa de la ley la prueba solemne de los contratos no puede sustituirse por ninguna otra, luego la sentencia recurrida se equivocó en tanto apreció la existencia de los contratos contenidos en las escrituras impugnadas para declarar su simulación absoluta, pero dejó a la vez de apreciar el valor probatorio absoluto e incontrovertible que tales escrituras tienen por razón de las solemnidades exigidas por la ley;

d) La cuarta "censura" es formulada por el impugnador sosteniendo que "la sentencia recurrida dejó de apreciar la prueba contenida en el libro tercero del expediente en la que consta que Guillermo Salas Narváez, celebró un contrato de arrendamiento sobre el predio El Igua con Federico Valderrama Rivas como arrendatario (...) también consta que Guillermo Salas Narváez fue señalado como demandado en el proceso de expropiación que inició el Instituto Nacional de la Reforma Agraria sobre el predio El Igua, con todo éxito" y a renglón seguido manifiesta textualmente: "Al no aceptar esta prueba el *ad quem* realizó el único acierto del fallo porque esta prueba como las demás en las que sustentó la sentencia eran prohibidas o por lo menos ineficaces para desvirtuar la prueba solemne de las escrituras números 611 y 2226";

e) La quinta censura se fundamenta, en primer lugar, en que, en concepto del recurrente, "cuando las demandantes propusieron sus pretensiones ya no existía jurídicamente el contrato contenido en la escritura número 611 por haber desaparecido con la inscripción de la escritura número 2226 el 28 de enero de 1981 fecha desde la cual la escritura número 611 dejó de contener el acto jurídico a que se refiere para convertirse en un eslabón en la cadena de tradición del inmueble denominado El Igua", haciendo posteriormente un segundo planteamiento en el sentido de afirmar que "el artículo 1766

del C. C. que fue establecido en favor de terceros y no en favor de las partes contratantes habla expresamente del consentimiento para crear por escritura privada o por escritura pública un acto o contrato que altere lo pactado en la escritura pública" y, tal como lo admitió el Tribunal, en el presente proceso "los contratantes no expidieron contra escritura alguna que indicara una intención distinta a la manifestada en las escrituras públicas en donde quedaron plasmados dichos negocios de compra-venta", de donde deduce la censura que "los contratantes en las escrituras públicas 611 y 2226 no consintieron en la simulación por lo que el *ad quem* incurrió en error de hecho consistente en la falta de apreciación de la inexistencia del acto contenido en la escritura número 611 y en la inexistencia de la simulación consentida";

f) La sexta objeción consiste en que, en opinión del demandante, "la sentencia recurrida dejó de apreciar los hechos exceptivos que aparecen probados en el proceso", pues sostiene que la parte actora carece de "legitimación" para reclamar pues no presentaron la contraescritura que exige la ley;

g) En fin, se acusa en este segundo cargo la sentencia de haber dejado de apreciar los artículos 768, 769, 1501, 1503, 1934 del Código Civil, relativos a las presunciones de buena fe en los títulos traslaticios del dominio y de tener por incorporado en el contrato de venta el pago del precio, presunción esta última que no admite prueba en contrario salvo la nulidad o falsificación de la escritura, puesto que a pesar de tales disposiciones el Tribunal declaró la simulación absoluta de los contratos, aceptando "las palaplinas afirmaciones de las demandantes" sobre la no entrega del bien y el no pago del precio.

SE CONSIDERA:

1. *Por fuerza de razones hoy en día suficientemente conocidas, cuando se habla de "simulación" lo cierto es que no se alude en modo alguno a un vicio en los negocios jurídicos, sino a una forma especial de concertarlos, vale decir a una modalidad de contratación conforme a la cual se permite conservar una situación jurídica que las partes no quieren ver modificada en nada -simulación absoluta- o se oculta otra realmente modificativa de una situación anterior -simulación relativa-, acordándose emplear para ello un mecanismo que consciente y deliberadamente permite disfrazar la voluntad real de los estipulantes, bien sea haciendo aparecer algo que ninguna realidad tiene o que la tiene pero distinta. El acto jurídico simulado es, pues, aquél en que las partes emiten una declaración que saben no es acorde con la realidad, dando lugar así a una divergencia intencional entre voluntad y declaración, cuyos alcances no siempre son los mismos, habida cuenta que unas veces propósito de la inteligencia simulatoria es el de descartar todo efecto negocial a pesar de la apariencia creada, mientras que en otras ocasiones dicho objetivo es apenas el de encubrir bajo un ropaje diferente un acto que los agentes en el simulacro ajustaron en otras condiciones que quedan ocultas.*

Entendidas así las cosas, lo primero que cumple observar es que en el fenómeno simulatorio, y así lo tiene sentado la doctrina jurisprudencial en nuestro medio desde hace más de dos décadas, no se da la concurrencia de dos actos jurídicos, uno público u ostensible, por lo tanto carente de obligatoriedad, y otro privado o disimulado que sí tiene fuerza vinculante entre quienes lo celebraron. El acuerdo simulatorio, se ha

reiterado por la Corte de manera constante a partir de 1968, no forma un negocio nuevo y diferente del que al tenor de una apariencia engañosa fue celebrado, sino que constituye una parte integrante del mismo y al que le imprime su genuina fisonomía, lo que significa en últimas que la concurrencia de varios momentos declarativos (el del acuerdo de simulación y el del negocio simulado), así se encuentren instrumentados con independencia como suele acontecer, no hace que nazcan dos vínculos convencionales autónomos, sino uno solo realizado en etapas distintas, circunstancias que contra lo que pudiera pensarse a primera vista, solamente tiene importancia para determinar si hay o no simulación y, en caso afirmativo, verificar su carácter, estableciendo qué clase de relación es la que se esconde tras la farsa· la manifestación pública efectuada con fines de engaño y la que entre sí se hacen los contratantes son fragmentos de una estructura unitaria acerca de cuya caracterización lógica y los lineamientos generales del sistema legal que la rige, bien vale la pena recordar aquí concluyentes apreciaciones de la Corte realizadas en aquel año sobre el particular, tomando como punto de partida que el fenómeno de la simulación y su tratamiento interpartes encuentra natural asiento en él mismo, sin necesidad de acudir a ideas que cual sucede con la nulidad, le son extrañas: "... En virtud del postulado de la autonomía de la voluntad privada -enseña la doctrina en cuestión- que consiste en la permisión que el legislador les otorga a los particulares para que, mediante sus actos jurídicos, participen en la ordenación de las relaciones sociales, éstos quedan habilitados, dentro de los límites impuestos por el orden público, para determinar los efectos que dichos actos están llamados a producir, como también el alcance y las modalidades de los mismos.

En este sentido, los agentes pueden elegir en su caso alguna de las formas típicas que la ley les ofrece como convenientes y abonadas por la experiencia para el desarrollo de la operación proyectada y de los intereses vinculados a ésta, o también pueden prescindir de todas ellas y adoptar una forma atípica mejor acomodada a sus propósitos. Dentro de este amplio juego de la autonomía de la voluntad privada, puede ocurrir y el ordenamiento lo tolera que, también sin perjuicio de los dictados del orden público que comprende el respeto del derecho ajeno, los particulares realicen un acto jurídico complejo, con el propósito de crear una apariencia ante terceros, pero en sí misma ineficaz entre ellos. Así planteado el fenómeno en su esquema general, es contrario a la realidad siquica que lo preside afirmar que la declaración aparentada carece de consentimiento y que, por ende, no existe, o que dicha declaración y la otra que los agentes desean mantener oculta y que ellos han convenido que sea eficaz en punto de sus propias relaciones, sean dos actos jurídicos diferentes, cada uno de ellos dotado de un elemento anímico e intencional distinto e independiente.

La realidad es otra; en el ejercicio de su autonomía los agentes simuladores planean una sola operación jurídica, pero convienen en que el consentimiento único por ellos prestado se traduzca en dos declaraciones parciales: una llamado a regir efectivamente las relaciones negociales, al paso que la otra queda desprovista de esa virtualidad por la voluntad de las partes. Con otras palabras, en la simulación hay entre las partes un acto estructurado en dos declaraciones, acordadas ambas por los agentes, pero a una de las cuales éstos voluntariamente le restan eficacia, en el entendimiento de que, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, esa dicotomía en cuanto lícita, está permitida y de que, en todo caso, su voluntad real habrá de prevalecer sobre el simple

tenor de la declaración aparente ... " (G.J., T. CXXIV, pág. 290), *conceptos éstos que llevan directamente a distinguir con toda claridad las pretensiones de simulación y las de nulidad pues "... por aplicación de los principios de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual -también son palabras de la Corte- el negocio jurídico con simulación no es por esta mera circunstancia inválido ni ineficaz. En razón de aquellos postulados jurídicos a los particulares les es permitido realizar su actividad económica escogiendo para ello los medios jurídicos lícitos que estimen más adecuados, y por ende, alcanzar indirectamente lo que podrían directamente lograr. La simulación no es entonces, per se, causa de nulidad ...* " (G.J., T. CXXX, págs. 142 a 145, reiterada en Casación Civil de 26 de febrero de 1991 aún no publicada).

Y necesaria conclusión que con igual lógica de lo anterior se desprende es que la simulación, al implicar en su esencia un estado de discrepancia querida entre la realidad y la apariencia -apariencia que siempre surge de una o más pruebas ostensibles o públicas- da lugar por consiguiente a un problema de cotejo de pruebas, su discusión en juicio plantea un tema de naturaleza puramente probatoria toda vez que, según quedó visto, por definición supone la existencia de una sola relación contractual y dos series de pruebas contradictorias en punto de establecer el verdadero contenido de dicha relación, a saber: las que se encaminan a demostrarlo, de un lado, y del otro las que las partes en el mismo acto y como desarrollo del concierto simulatorio, preconstituyeron para disfrazarlo o disimularlo y exhibir una situación irreal difícilmente desvirtuable, contrabalanceo indispensable que, se repite, nunca representa duplicidad de contratos opuestos y, además, debe resolverse en el sentido de descalificar la apariencia, desde luego dejando a salvo los intereses de terceros inocentes frente a quienes, en guarda del postulado de la buena fe creadora de derechos, en su contra esa prevalencia no es oponible (cfr., G.J., Ts. CLIX, pág. 50, y CLXXVI, pág. 217, entre otras).

Por tal razón la acción de simulación, cuyo fin no es otro que el de borrar en cuanto fuere pertinente la falsa imagen que aquella apariencia infunde y poner al descubierto la auténtica realidad del vínculo jurídico que une a las partes, cuenta con una técnica específica en el ámbito de la prueba, técnica destinada a evidenciar tanto la procedencia como el alcance de la prementada descalificación y que, desde la vigencia del Código de Procedimiento Civil de 1971, pueden los juzgadores desplegar con amplia libertad, luego no es requisito ineludible el que exista contradocumento en el que se contenga el querer real de los contratantes, sino que la intención dedducida de la letra del contrato público puede desvirtuarse acudiendo a otros medios probatorios, incluso a indicios, cuyo análisis en conjunto lleven al fallador a la convicción de que el propósito real de los contratantes no era el plasmado en dicho documento, libertad probatoria que encuentra firme justificación en el hecho de que si los contratantes acuerdan consagrar en forma expresa una voluntad aparente, precisamente por el afán de no dar a conocer su voluntad real son así mismo extremadamente sigilosos en el planeamiento del ardid para evitar dejar el menor rastro, de donde ha sostenido continuamente esta Corporación desde el fallo del 25 de septiembre de 1974 que "cuando a pesar de expresarse en el documento la causa del acto o contrato, una de las partes alega que ésta no existe o que es otra, en lo cual se concreta la acción de simulación, puede acudir a la prueba de testigos, o a la de indicios fundada en aquéllos.

y en forma general a todos los medios que le permitan llevar al convencimiento del juzgador la verdadera y real voluntad de los contratantes, para que éste le haga prevalecer sobre la externa que ostenta el acto público", añadiendo más adelante, al referirse al artículo 232 del Código de Procedimiento Civil, que "el referido precepto se limita a establecer un indicio grave de la inexistencia del contrato cuando falta el documento o un principio de prueba por escrito, salvo que las circunstancias hayan impedido obtenerlo, o que el valor del acto o la calidad de las partes justifiquen su omisión; pero este indicio de inexistencia, como indicio que es, es susceptible de prueba en contrario, la que puede surgir de los testimonios, puesto que el texto legal no los rechaza. Por consiguiente, si al analizar la prueba testimonial a la luz de la sana crítica el juez la encuentra con mayor fuerza probatoria que aquel indicio grave, nada le impide llegar a la conclusión de que muy a pesar de la falta de documento el contrato sí existe realmente" (G.J., T. CXVII, pág. 67), *criterios todos éstos reiterados recientemente en providencia del 24 de abril de 1986 donde esta Corporación, al referirse al artículo 1766 del Código Civil, expresó que se trata de un precepto "unánime y certeramente entendido en el sentido de que en contra de las partes del contrato, es factible hacer valer pruebas cuyo objeto sea la impugnación de lo que esas mismas partes han manifestado en la escritura pública.*

Ahora bien, ¿qué clase de prueba es la que es posible esgrimir para buscar la neutralización de lo declarado en una escritura pública?".

Pregunta que en el mismo fallo se responde concluyendo: "Por manera que al juez le es permisible (...) dejar de lado lo que en el instrumento público han consignado las partes para otorgarle el mérito a medios diferentes, cualquiera sea su naturaleza, si es que éstos racionalmente lo persuaden por su mayor fuerza de convicción" (G.J., T. CLXXXIV, pág. 46).

2. Pues bien, al aplicar en la especie *sub lite* los conceptos expuestos, encuentra la Corte que los planteamientos hechos por el recurrente en las varias objeciones formuladas a través de este segundo cargo, se apartan radicalmente de lo que es la acción de simulación, consideración que lleva a la Corte a rechazar el aludido cargo en su integridad.

En efecto, frente a la primera censura encuéntrase que la demanda fue adecuadamente interpretada por el sentenciador puesto que, tanto en los hechos de la misma como en el *petitum*, estaba perfectamente claro que la acción entablada era la de simulación, es decir, que con ella se buscaba la declaración de que los contratos impugnados eran fingidos, para lo cual se demostraría la existencia de una voluntad contraria; no se pretendía, pues, demostrar que los contratos adolecían de vicio alguno en su formación que provocara su anulación, planteamientos tan diferentes entre sí que asimilarlos y sobre la base de ello avanzar en el estudio de la acusación, sería desconocer completamente la naturaleza de la simulación como derivada de un acto jurídico cuya existencia no se desconoce, para el cual hubo consentimiento y causa válidos tendientes a crear una apariencia, ocultándose así su verdadera entidad, siendo del caso subrayar, además, que no sólo sobre tal entendimiento de las cosas se tramitó la causa desde un comienzo, sino que en ninguna de sus etapas procesales la parte demandada se opuso aduciendo argumentaciones de la estirpe de las que ahora plantea el casacionista.

En las censuras segunda, tercera y séptima se evidencia de manera notoria el desconocimiento que el recurso refleja sobre la simulación y su prueba que, como ya se indicó a espacio líneas atrás, desde la expedición el Código de Procedimiento Civil de 1970 es libre precisamente porque se trata de desvirtuar lo afirmado por las partes en un contexto determinado, y lo es así porque, de lo contrario, de no poder probarse en forma alguna o exigirse específicamente una contraescritura en la que conste que los contratantes tuvieron una intención diferente, se caería en el absurdo de afirmar que todos los acuerdos escritos que celebran las personas obedecen a la realidad de sus negocios, planteamiento que lamentablemente no tiene valor en las transacciones comerciales del mundo de hoy donde, según se dejó explicado, en uso de su libertad los particulares pueden alcanzar sus propósitos económicos mediante sistemas indirectos en los que tiene amplio campo la simulación negocial.

Adicionalmente, conviene recordar acá, como ya se enfatizó al inicio de estas consideraciones, que precisamente se trata de averiguar el propósito real de los contratantes que, en casos como el presente, por no resultar del contenido explícito del documento público otorgado por las partes, hay que buscarlo y sacarlo a flote apoyándose en cualquier medio probatorio que ofrezca el grado de convicción necesario acerca de que el querer de los contratantes no fue el hecho público, sino que por alguna causa prefirieron imprimirle una apariencia engañosa diferente. Así las cosas, se reitera que la acción de simulación plantea la confrontación de dos series de pruebas contrarias, la escritura pública que lleva anunciada una voluntad concreta y los demás medios probatorios que pueden no ser escritos, con los que se pretende demostrar el acuerdo real de los contratantes, luego si del análisis en conjunto de estos últimos el juzgador, como sin duda alguna aconteció en el presente caso, llega la convicción de que el verdadero deseo de las partes es el que éstos señalan y no el que se infiere del contenido de aquel documento público, deberá proceder a reconocer este estado de cosas y declarar la simulación; de lo contrario prevalecerá el acuerdo plasmado en aquél.

Las censuras cuarta y quinta son completamente contradictorias en su presentación; en la primera de ellas se acusa la sentencia de dejar de apreciar una prueba y en el párrafo siguiente afirma que "al no aceptar esta prueba el *ad quem* realizó el único acierto del fallo ..."; y en la segunda citada, sostiene que el contrato contenido en la escritura 611 del 12 de septiembre de 1975, cuya declaratoria de simulación se pretende, a la fecha de la presentación de la demanda era inexistente, pero, afirma, en el desarrollo de la misma censura, que se convirtió en "un eslabón en la cadena de tradición del inmueble denominado El Igua", es decir que el recurrente fundamenta su acusación en que no existe cuando en su concepto sí tiene validez.

Así las cosas, con tal tipo de contradicciones las censuras cuarta y quinta no tienen claridad necesaria para que pueda considerarse que su planteamiento se ajusta a lo previsto en el numeral 3° del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil.

Y por último, frente a la sexta objeción, cabe anotar que, por la naturaleza ya analizada de la acción de simulación y lo que se pretende con su ejercicio, está legitimado para interponerla cualquiera que se vea afectado en forma directa por el acto con el que se oculta la verdad, criterio así sostenido por esta Corporación en sentencia del 16 de mayo de 1990: *En las convenciones simuladas, no sólo están legitimados por activa*

para alegar la simulación las partes que en ella intervinieron o participaron, sino también los terceros, cuando ciertamente el acto fingido les ocurrea un perjuicio cierto y actual. Precisamente, la jurisprudencia nacional, en el punto ha sostenido lo siguiente: "La Corte reitera el criterio que existe en derecho según el cual sin interés jurídico no hay acción. Este postulado es de recibo cuando se ejercita la acción de simulación, o sea, que cualquiera que tenga legítimo interés en la declaración de simulación, por recibir un perjuicio cierto y actual con el negocio fingido, puede impugnar esa convención" (Casación Civil de 4 de octubre de 1982 y S-245 de 7 de julio de 1989).

De todo lo expuesto se desprende que este cargo segundo no puede ser despachado en el sentido en que lo pide el recurrente

Tercer cargo

Lo formula el recurrente por la vía indirecta afirmando que la sentencia recurrida violó "los artículos 1602, 1740, 1741, 1766 del Código Civil y las leyes-contratos contenidas en las escrituras números 611 y 2226 mediante errores de derecho relacionados con la valoración de las pruebas reguladas por los artículos 740, 745, 749, 756, 768, 779, 1500, 1501, 1502, 1503, 1618, 1849, 1857, 1880, 1882, 1884, 1928, 1934 del Código Civil; los artículos 4° y 12 del Decreto 960 de 1970 y los artículos 2, 43 y 44 del Decreto 1250 de 1970 y los artículos 75, 176, 187, 195 numeral 3°, 232, 258, 264, 265, 267 del C. de P.C."; cargo que el recurrente divide en tres partes entre sí independientes:

a) En la primera acusa la sentencia de tener en cuenta para el presente asunto el artículo 1766 del Código Civil interpretándolo en forma distinta a su verdadero alcance, y al hacerlo dejar de aplicar los artículos 1740, 1741 del Código Civil y el artículo 2° de la Ley 50 de 1936. Sostiene que el primer artículo citado "se refiere a dos actos distintos: El solemne por escritura pública y otro por escritura privada por el cual los contratantes con mutuo acuerdo deciden alterar, cambiar, sustituir lo pactado en la escritura pública" y afirma que sólo el solemne o público es susceptible de simulación absoluta, para lo cual debe probarse el acto que altera su contenido y de no hacerlo no puede hablarse de tal fenómeno jurídico. Según el memorialista, en el presente asunto el *ad quem* fundó su sentencia en hechos de la demanda que se refieren a la falta de intención de las partes en la celebración de un contrato de compraventa y a no haber habido entrega ni pago del precio, circunstancias que, en su concepto, "configuran nitidamente las nulidades de los artículos 1740 y 1741 del Código Civil y no las de simulación absoluta";

b) La segunda parte la formula alegando que "la sentencia recurrida apreció y aplicó pruebas prohibidas expresamente por la ley", argumento que desarrolla señalando que las normas relativas a pruebas no permiten que cuando se exige por la ley una escritura pública, ésta pueda ser reemplazada por otro medio probatorio, y la sentencia acusada, contraviniendo tal prohibición, se basó en testimonios, certificados e indicios para "desvirtuar la prueba solemne de los contratos contenidos en las escrituras públicas números 611 y 2226";

c) El tercer y último ataque fundamentante de este cargo lo hace consistir el impugnante en que la sentencia recurrida violó el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, apreciando en conjunto pruebas tales como los testimonios e indicios para

fundamentar el fallo, prefiriéndolas sobre la prueba solemne que constituyen las escrituras públicas.

SE CONSIDERA:

1. Frente a este cargo se incurre también en el error de técnica señalado frente al primero, es decir de confundir en un cargo varias censuras que deberían formularse en cargos separados porque no todas corresponden al planteamiento genérico del mismo, anunciado por el recurrente, en esta última oportunidad, como error de derecho, el cual, evidentemente no corresponde al planteado en el primer ataque.

En efecto: ya se había indicado en el primer cargo que en casación se puede atacar la sentencia por violación a la ley en forma indirecta, cuando se deja de aplicar al caso del pleito la norma que lo regula o se le aplica una disposición extraña a consecuencia de incurrir en un error de derecho o de hecho en la apreciación de las pruebas. El primero de éstos "supone que el sentenciador le hubiese dado a la prueba un valor que la ley no le concede, o no sirve para demostrar el acto o hecho, o tiene en cuenta una prueba irregularmente ritualda o allegada sin las formalidades legales, o sea compromete el valor o eficacia de la prueba: mientras que el segundo surge sobre la contemplación objetiva, bien porque se tenga por probado un hecho por medio probatorio que no existe en el proceso, o porque se tiene por no probado un hecho no obstante existir la prueba que lo acredita, o porque se tiene por probado un hecho ignorando un medio probatorio existente en el proceso que acredita que no existió" (Sentencia de 20 de febrero de 1990).

Y en orden a imprimirle claridad a la diferencia existente entre el yerro de facto y el yerro por inobservancia de la disciplina probatoria, la doctrina ha puesto de presente que "si bien los dos errores de apreciación probatoria, el de hecho y el de derecho, tienen como punto común el que producen idéntica consecuencia, o sea la violación de una norma sustancial por inaplicación o por aplicación indebida, es lo cierto que entrambos existe muy claras y ostensibles diferencias que les infunden entidad específica propia y que por consiguiente impiden confundirlos. En efecto, mientras el de hecho atañe a la existencia de un medio de prueba, como elemento material del proceso, el de derecho se refiere a la interpretación o inaplicación de las normas legales que lo gobiernan. El primero cuando se da por preterición o desconocimiento del medio, es obvio que no conduce a valoración errada, justamente porque se le ignora: el segundo, en cambio, supone siempre que el juez parte de la existencia de la prueba en el proceso, pues éste es un paso indispensable para ponderarla legalmente. Lo cual significa que el error de derecho presupone que el juez sí vio y apreció la prueba, lo que descarta el yerro de hecho" (Casación Civil de 8 de junio de 1978).

Así las cosas, partiendo de la base de que el error de derecho relevante en casación tiene lugar cuando, a pesar de la correcta apreciación de los medios probatorios en cuanto a su presencia objetiva en el proceso, se equivoca el sentenciador al definir su eficacia demostrativa, bien sea atribuyéndoles un mérito que la ley no les concede o bien negándoles el que ella les asigna, debe la censura indicar expresamente las normas de disciplina probatoria que considere infringidas por la sentencia que recurre, las cuales deben imponer "una fuerza probatoria a la prueba desestimada en la sentencia, o bien privar de eficacia a la que sirvió de fundamento esencial para el fallo ..." (G.J., T. XLIV, pág. 48).

Y de otro lado, como ya se dejó indicado, el error de hecho en la apreciación probatoria tiene lugar cuando el juzgador incurre en suposición de pruebas, al dar por obrante una que no lo está o adicionar el contenido de una existente, o en preterición de prueba al ignorar una que obre en el proceso o cercenar su genuino alcance objetivo."*La jurisprudencia ha señalado que para que el cargo en casación por error de hecho prospere, debe reunir los siguientes requisitos: a) El yerro ha de consistir en que el sentenciador hubiere supuesto prueba inexistente en los autos o hubiere ignorado la que sí existe en ellos, o adulterado la objetividad de ésta agregándole algo que le es extraño o cercenando su real contenido, b) La conclusión de orden fáctico derivada del error debe ser contraevidente, vale decir contraria a la realidad manifiestamente establecida por las pruebas en cuestión, y c) De ocurrir esto último, también es necesario que el yerro de apreciación conduzca al quebranto de los preceptos sustanciales llamados a gobernar la verdadera situación* sub lite. *A falta de cualquiera de los precitados requisitos, el fallo acusado debe ser mantenido por la Corte ..."* (G.J., T. CXXX, pág. 63).

El primer ataque incluido en este cargo, formulado por error de derecho, hace clara referencia a los hechos de la demanda y la interpretación que sobre los mismos hizo el fallador de segunda instancia, sin que ello tenga nada que ver con las normas que rigen la eficacia de las pruebas, que, como su descripción lo indica, no tiene por qué aplicarse a la demanda y mal podría un sentenciador violarlas cuando la interpreta. Por tal razón este ataque debe ser rechazado por la Corte.

2. Y por lo que toca con los últimos argumentos sententatorios del tercer cargo, son válidas las mismas consideraciones hechas en el cargo anterior donde se puntualizaron criterios sobre la libertad probatoria que existe para investigar y declarar la verdadera intención de las partes en un contrato, labor que es permitida porque, entre otras cosas, quienes realizan actos aparentes son muy cuidadosos en el ocultamiento de su voluntad real, voluntad que para ser desentrañada requiere especial esmero probatorio en quien demanda la declaración de simulación, de suerte que no se trata de preferir otra prueba frente a una escritura pública para establecer un hecho determinado, sino de hallar, acudiendo obviamente a otras susceptibles de ponerlo en evidencia, el verdadero propósito de los contratantes cuando éste conscientemente se hace de lado y de manera intencional.

Por todo lo anterior, este cargo tampoco prospera.

DECISIÓN:

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de fecha 30 de marzo de 1990, proferida en el proceso ordinario de la referencia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

Las costas en casación son de cargo de la parte recurrente. Tásense en su oportunidad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase la actuación al Tribunal de origen.

Carlos Esteban Jaramillo. Schloss, Eduardo García Sarmiento. Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 110

SUCESION - PARTICIÓN ANULADA - MEJORAS / MEJORAS - PARTICIÓN SUCESORAL ANULADA / NULIDAD - PARTICIÓN SUCESORAL - MEJORAS

Mejoras: Derechos que tiene el heredero que las ha implantado a ciencia y paciencia del causante, o de los demás coherederos, con ocasión de una relación jurídica preexistente o por la mera implantación. Partición: Naturaleza y fin. La nulidad o rescisión del negocio partitivo sucesoral da lugar al simple restablecimiento de la misma situación jurídica anterior a la partición, pero en manera alguna tal declaración acarrea decisión sobre mejoras.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - PROPOSICIÓN JURÍDICA COMPLETA / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - ATAQUE TODOS LOS FUNDAMENTOS / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - VÍA DIRECTA

Deben enlistarse las normas sustanciales que se estimen quebrantadas y atacarse, todos los fundamentos jurídicos que sustentan el fallo. La acusación por vía directa excluye toda discrepancia sobre la apreciación probatoria dada por el *ad quem*.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Pedro Lafont Pianetta*.

Santafé de Bogotá, D.C., abril dos (2) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Expediente No. 3447

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por el codemandado Alfredo Monsalve Franco, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Medellín, el 8 de febrero de 1991, en el proceso ordinario iniciado por Benjamín Monsalve Franco contra Alfredo, Humberto, y María Angélica Monsalve Franco, y Flor Angela, Germán, María Fabiola, Mariela y Carolina Monsalve y herederos indeterminados de María Luisa Monsalve de Franco.

I. Antecedentes

1. Mediante demanda que correspondió al Juzgado Primero Civil de Bello, el señor Benjamín Monsalve Franco convocó a los mencionados demandados para que en proceso ordinario se declarase la nulidad absoluta del trabajo de partición y adjudicación de la sucesión de Juan Antonio Monsalve; le ordene su refacción, la inscripción de la sentencia, la cancelación del registro de la partición, el oficio al notario para la cancelación de la escritura de protocolización y la condena en costas a los demandados.

2. La anterior pretensión se fundamentó en que en la sucesión del señor Juan Antonio Monsalve (fallecido el 25 de noviembre de 1968), la partición efectuada entre las partes se hizo división material de la finca "La Alegría", adjudicándole al demandante un lote de terreno no inferior a tres (3) hectáreas, que anula el acto partitivo.

3. Admitida la demanda, se notificó a los demandados el auto admisorio, y, en algunos casos, previo emplazamiento, con contestación al libelo demandatorio por parte de algunos de ellos. Por su parte, el demandado Alfredo Monsalve Franco, en su contestación:

3.1. Se opone argumentando que se trata de una división usual para casas, cabañas de recreo y establecimientos, además de explotarlo como unidad agrícola familiar (arts. 50 y 88 de la Ley 135 de 1961).

3.2. Propone las excepciones que llama "Carencia de Acción", "petición de lo no debido", "prescripción" e "inexistencia de la obligación".

3.3. Alega mejoras útiles y necesarias "desde la muerte de su padre" y derecho de retención (C-1, folio 68).

4. Tramitado el proceso, el *a quo*, en síntesis, resuelve:

4.1. Declarar no probadas las excepciones de mérito.

4.2. Declarar la nulidad absoluta del trabajo de partición impugnado.

4.3. Ordenar rehacer el trabajo de partición en la citada sucesión.

4.4. Ordenar inscribir el fallo.

4.5. "Reconocer al codemandado Alfredo Monsalve Franco, las mejoras necesarias y útiles que realizó sobre los predios que le fueron adjudicados, hasta por un valor de ...($8.043.904.oo) m.l., excluyendo el pago de impuesto predial, por no constituir este hecho una mejora".

4.6. "Reconocer al señor Monsalve Franco, el derecho de retención sobre el valor de estas mejoras y para la adjudicación... se tendrá en cuenta de que ésta se realice en el lugar donde se encuentran las mejoras, de ser posible".

4.7. Cancelar registro de la demanda.

4.8. Ordenar su consulta en caso de no apelación.

4.9. Costas en un 80% a cargo del codemandado Alfredo Monsalve.

5. Apelada esta providencia por el codemandado Alfredo Monsalve Franco, y el demandante en cuanto al valor de las mejoras el Tribunal de Medellín confirmó los numerales 1, 2, 3, 4 y 9 del punto anterior (4) revocó los numerales 5 y 6 y, en su lugar, se inhibió para pronunciarse sobre ellos; y aclaró el numeral 7 para mantener el registro de la demanda hasta el rehacimiento de la partición.

6. Contra esta sentencia, solamente el codemandado Alfredo Monsalve Franco interpuso recurso de casación, del cual se ocupa ahora la Corte.

II. Sentencia del Tribunal

Hecho el recuento del litigio y de la apelación del codemandado Alfredo Monsalve Franco, de que el lote adjudicado era una unidad agrícola familiar, el Tribunal, después de transcribir los artículos 87 y 88 de la Ley 135 de 1961 en armonía con el artículo 1° del Decreto 3203 de 1965, señala que conforme al artículo 18 de la Ley 30 de 1988 sustitutivo del artículo 50 de la Ley 135 citada, precisa la excepción de lotes inferiores a tres hectáreas organizados como "unidad agrícola familiar", al establecer un entendimiento como aquél ocupado por una familia (la pareja o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o primero civil) para trabajarlo en núcleo familiar (salvo empleo ocasional), con extensión cuya explotación de ingresos no inferior a tres salarios mínimos, etc. Pero agrega el *ad quem* que de la inspección judicial se desprende que no reúne las condiciones para estimarlo como unidad agrícola familiar, por lo que no podía ser dividido en predios inferiores a tres hectáreas. Y con relación a la apelación del demandante sobre las mejoras reconocidas en favor de Alfredo Monsalve Franco, que no fueron alegadas y no corresponden a las restituciones mutuas, el Tribunal transcribe el inciso 2° del artículo 1746 del C. C. y enuncia el artículo 1405 del C. C. para señalar que habiendo sido "declarado nulo, con base en el artículo 87 de la Ley 135 de 1961" el trabajo de partición, "las cosas vuelven a su estado anterior", de tal manera que "mientras no se sepa con certeza qué es lo que a cada uno le corresponde" con respecto al inmueble, no puede ninguno de ellos reclamar frutos... por ignorarse la proporción que habría de corresponderle al demandante".

Y agrega el *ad quem*: "En cuanto a las mejoras alegadas por el codemandado Alfredo Monsalve, basta con anotar que éstas fueron alegadas inicialmente en frente al demandante. Y si dichas mejoras fueron implantadas dentro de un inmueble que había sido fraccionado en razón de un trabajo de partición, pero que por su anulación vuelve a quedar como si nunca hubiera estado fraccionado, entonces tales mejoras no pueden ser reconocidas cuando sólo se hacen valer frente a uno solo de los herederos. Como quiera que en estos casos se conforma un litisconsorcio necesario al tenor de lo estatuido por el artículo 83 del C. de P. C.". Y remata que tal aspiración ha debido hacerse "en proceso separado" porque "en este proceso no hubiera cabido la demanda de reconvención por no haber sido promovida la acción por los restantes herederos".

III. Demanda de casación

Se formularon dos cargos por la causal primera de casación a nombre del recurrente Alfredo Monsalve (fls. 7 y 6 del C. de la Corte) que se despachan conjuntamente por tener consideraciones comunes.

Primer cargo

Después de hacer una síntesis de las consideraciones expuestas por el Tribunal para inhibirse sobre el reconocimiento de las mejoras y el derecho de retención, que lo había aceptado el juez de primera instancia, señala el impugnante que ese "razonamiento del Tribunal lo llevó a violar, por falta de aplicación los artículos 966 y 970 del C. C., así como el 83 del C. de P. C., que es de orden sustancial porque regulan los efectos del litisconsorcio necesario, puesto que resultan probadas las mejoras, como no lo discuten las partes y lo acepta el Tribunal, según se (sic) visto, el monto de aquellas debe reconocerse a quien las implantó, como expresa la norma civil citada, que por lo tanto debió aplicarse y no se aplicó, por lo cual el cargo resulta demostrado y debe prosperar", con el pago de $8.043.904.oo, sin impuesto predial, pero con derecho de retención.

Segundo cargo

Comienza el impugnante por señalar como violados "los artículos 966 y 970 del C.C. y 83 del C. de P.C. por falta de aplicación"; y al igual que en el cargo precedente, luego de sintetizar los argumentos del Tribunal para inhibirse en cuanto a las mejoras y derechos de retención, el casacionista dice: "Este planteamiento implica violación de las mismas normas citadas, por inaplicación, porque ellas deben aplicarse sea uno o varios los que han implantado mejoras en terreno ajeno, pues las mismas disposiciones no distinguen, sin que proceda suponerse lo que hubiera ocurrido en un proceso distinto, ya que se está decidiendo sobre el presente asunto, sin que sea pertinente lo que ocurriera en materia de hecho o de derecho en otro que no se ha entendido, pues como dice el brocardo *quad non est in actio non est in mundo...*". Y agrega que el *a quo* aplicó debidamente la ley sustancial en este punto, por lo que finaliza en el sentido de que el cargo se encuentra demostrado.

Consideraciones

1. *Es reiterada la jurisprudencia en el sentido de que la casación, como recurso extraordinario contra determinadas sentencias proferidas por los Tribunales de Distrito Judicial, debe adecuarse en sus exigencias técnicas a las decisiones en ellas contenidas, que en el caso* sub examine, *se refiere a las mejoras de bienes objeto de partición sucesoral anulada y el derecho de retención alegado.*

1.1. *Al respecto es preciso señalar que el derecho al pago, reembolso y retiro de las mejoras y su garantía, consagrado de manera general en los artículos 965 y ss. del C.C., asume particularidades cuando, de un lado, el deudor de ellas lo es el causante y/o después la sucesión ilíquida que lo reemplaza patrimonialmente, y, del otro, el acreedor se encuentra radicado en su heredero que a ciencia y paciencia, de aquél o de los demás coherederos, las ha implantado con ocasión de una relación jurídica preexistente o por la mera implantación* (debitum cumre junctum). *Porque, de acuerdo con la normatividad sustancial específica, además de poderse alegar las mejoras y el*

correspondiente derecho de retención en desarrollo de oposiciones al embargo y secuestro y entrega de bienes, antes y durante el proceso de sucesión (arts. 579 y 595 C. de P.C.), también prescribe, con absoluta independencia de la partición (en su validez y contenido), que tales herederos, en desarrollo del derecho sustancial pertinente, "podrían alegar derecho de retención por mejoras puestas en el inmueble antes del fallecimiento del causante, o posteriormente a ciencia y paciencia del adjudicatario..." (art. 614, inciso final, del C. de P.C.). De allí que, de una parte, siendo la partición un acto declarativo (art. 1401 C.C.) que concreta y singulariza en las adjudicaciones los derechos universales que los herederos tenían precedentemente, -acompañados o no de otros derechos (como el de mejoras y retención)-, que no origina ejecución de prestaciones recíprocas, y, de la otra, que dicha partición tampoco es la causa que origine o permita la implantación de las mejoras y sus correspondientes derechos, sino otra distinta, que le ha precedido y le sucede; tenga que deducirse clara y forzosamente que la nulidad o rescisión de dicho negocio partitivo sucesoral (arts. 1405 y 1740 y ss. C.C.) da lugar al simple restablecimiento de la "misma" (art. 1746, inciso 1° C.C.) situación jurídica anterior a la partición (art. 1746 C.C.), esto es, el derecho de todos los herederos a que se satisfaga un derecho con la partición, sin perjuicio de las pretensiones especiales mencionadas relativas a las mejoras, pero en manera alguna la nulidad partitiva mencionada acarrea inexorablemente una decisión sobre mejoras, ya que, al no haber lugar a prestaciones mutuas ni restituciones recíprocas en favor individual de los copartícipes, por lo arriba expuesto, aquélla sería inoperante (art. 1746 inc. 2°C.C.) e improcedente generalmente en forma consecuencial a la nulidad (art. 1746, inc. 2° C.C.).

1.2. *Luego, la impugnación de una decisión sobre este tipo de derecho de mejoras, planteada por la causal primera de casación, en cumplimiento de unas exigencias técnicas, no sólo debe integrar la proposición jurídica completa con el enlistamiento de las normas sustanciales que se estimen quebrantadas, sino que igualmente debe atacar y con éxito todos los fundamentos jurídicos que la sustentan, so pena que la omisión del combate de alguno de ellos que pueda sostenerlo, haga intrascendente el cargo para quebrar la sentencia, lo que por economía procesal exonera a la Corte de un estudio de fondo. Y de igual manera acontece con la desatención del deber de acomodarse a la vía del quebranto de no discrepar de la apreciación probatoria dada por el ad quem, en las acusaciones por la vía directa o, por el contrario, o de incumplir las reglas técnicas pertinentes (como las de indicar la clase de error, si de hecho o de derecho, señalar las reglas de disciplina probatoria en este último caso la singularización, las pruebas, combatir todos los supuestos fácticos del fallo, etc.), en las acusaciones de infracción indirecta de la ley sustancial.*

2. Pasa ahora la Corte al análisis de los cargos en estudio.

2.1. Primeramente, advierte la Sala el carácter defectuoso de las impugnaciones, en cuanto a ciertas reglas técnicas básicas, que, impiden en consecuencia, su análisis de fondo.

2.1.1. Primeramente debe señalarse, que, de acuerdo con los antecedentes, la sentencia impugnada decide confirmar la resolución del *a quo* de nulidad del trabajo de partición de la sucesión *sub lite* y se inhibe para decidir sobre el derecho a las mejoras

y el derecho de retener el bien adjudicado por el valor de ellas, para lo cual, después de citar el inciso 2º del artículo 1746 C.C., señala que "tales mejoras no pueden ser reconocidas cuando sólo se hacen valer frente a uno solo de los herederos, como quiera que en tales casos se conforma un litisconsorcio necesario al tenor de lo estatuido por el artículo 83 del C. de P.C.".

Por su parte, el recurrente, después de señalar en ambos cargos como quebrantados por falta de aplicación los artículos 966 y 970 del C.C. y 83 del C. de P.C., y de aceptar la controversia sobre el reconocimiento de las mejoras como objeto de nulidad de la partición hereditaria, indica ... en el primer cargo que por haber encontrado probadas las mejoras el Tribunal, la citada norma civil "debió aplicarse y no se aplicó"; y en el segundo expuso el impugnante que lo expuesto por el Tribunal "implica violación de las mismas normas citadas por inaplicación, porque ellas deben aplicarse sea uno o varios los que han implantado mejoras en terreno ajeno, pues las mismas disposiciones no distinguen ...".

2.1.2. Lo anterior muestra que estas impugnaciones son defectuosas en su proposición jurídica y su trascendencia. En efecto, habiéndose entendido por el Tribunal que las mejoras como consecuencia de la nulidad prevista en el artículo 1746 inciso 2o. C. C., no tenía operancia por falta de integración del litisconsorcio pasivo (no haberse ni poderse demandar a todos los herederos), la censura al aceptar que la decisión de fondo era consecuencia necesaria de la mencionada nulidad, inexorablemente ha debido señalar como quebrantada aquella norma, lo que, entonces, impide abordar un estudio de fondo, quedando luego la sentencia impugnada bajo la presunción de acierto, que por lo demás, por las razones arriba expuestas, su resultado se ajusta a los lineamientos expresados al comienzo de este despacho, haciendo, por consiguiente, intrascendente dicha censura.

Por otra parte, en ambas acusaciones no se recogen reparos sobre la no integración del litisconsorcio necesario pasivo (no haberse, ni poderse demandar a todos los herederos), sobre la cual no hay censura, pues el recurrente guardó silencio; en tanto que tan sólo mencionaba para la legitimación activa en el segundo cargo (que uno o varios de los que han implantado las mejoras puede demandar), cuestión ésta que admite el sentenciador y no es el fundamento de la inhibición. Siendo así las cosas, aquélla argumentación queda incólume y suficiente para mantener el fallo, sin que le esté autorizado a la Corte, por el carácter dispositivo del recurso, inventar o aducir de oficio razones o reparos no expuestos por el impugnante, por lo que, entonces, están llamados al fracaso.

2.2. Además de lo anterior, cuando el primer cargo formulado por la vía directa discrepa de la apreciación fáctica del *ad quem*, pues aquél parte de la base que el Tribunal acepta "probadas las mejoras" cuando realmente no aborda ese análisis probatorio, se separa de los lineamientos técnicos que la vía directa le impone la no variación de su fundamentación fáctica del *ad quem*, lo que por lo tanto, deja el cargo inepto e imposible de abordarse en su estudio de fondo.

En consecuencia, los cargos son imprósperos.

IV. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín (Sala de Familia), el 8 de febrero de 1991, en el proceso ordinario promovido por Benjamín Monsalve Franco contra Alfredo Monsalve Franco, y otro.

Condénase en costas a la parte recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 119

VIOLACION LEY SUSTANCIAL / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía Directa

Maneras como ocurre la violación de la ley sustancial. En la directa, es forzoso que el censor concuerde con la apreciación que el sentenciador ha hecho de la situación fáctica litigada.

COSA JUZGADA

Finalidad. Elementos. Qué se entiende por identidad de objeto. La identidad de causa: En qué consiste. No se modifica por el simple hecho de que se introduzcan variaciones accidentales, ni porque se enuncien diferentes fundamentos de derecho. En cambio deja de haber identidad de causa cuando a pesar de promoverse la misma acción, varian sustancialmente los supuestos de hecho de la *causa petendi*. También varía cuando se trata en el segundo proceso de hechos fundamentales sobrevinientes u ocurridos con posterioridad al primer litigio. La identidad de partes, no es la identidad física, sino la identidad jurídica.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de Hecho / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía Indirecta

Debe ser contraevidente. Si la sentencia se funda en varios medios de convicción, es menester que se ataquen todas las pruebas en que se apoyó el sentenciador para decidir cómo lo hizo.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Alberto Ospina Botero.*

Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de abril de mil novecientos noventa y dos (1992).

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 31 de agosto de 1990, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha en el proceso ordinario adelantado por la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público contra el Banco Ganadero S.A., Sucursal de Riohacha.

ANTECEDENTES

I. Por demanda presentada ante el Juzgado Civil del Circuito de Riohacha, solicitó la demandante que con audiencia del Banco demandado, se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA: Declare que el Banco Ganadero S.A., por intermedio de sus funcionarios directivos y subalternos de la sucursal de Riohacha, incurrió en la responsabilidad determinada a su cargo de que trata el artículo 732 del Código de Comercio al pagar los cheques números: 0530902 por la suma de $900.000.oo; 0530910 por la cantidad de $800.000.oo; 0530921 por la suma de $850.000.oo; 0530937 por la cantidad de $950.000.oo; 0530930 por la suma de $900.000.oo; 0530940 por la cantidad de $2.000.000.oo; 0530934 por valor de $900.000.oo; 0531024 por la cantidad de $312.900.oo; 0531030 por $285.760.oo; 0531026 por la cantidad de $269.700.oo y 0531019 por la suma de $270.800.oo; para un total de ocho millones cuatrocientos treinta y nueve mil ciento sesenta pesos ($8.439.160.oo) m. l., siendo que dichos cheques fueron falsificados en todas sus partes.

"SEGUNDA: Por consiguiente condene al Banco Ganadero S.A., Sucursal de Riohacha, a pagar a mi mandante, la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el valor capital ocho millones cuatrocientos treinta y nueve mil ciento sesenta pesos ($8.439.160.oo) m. l., que corresponde a la suma de los anteriores cheques, junto con la corrección monetaria causada desde la fecha de los débitos de cuenta corriente o pago de los mencionados cheques y hasta la fecha en que se produzca el pago a mi mandante, conforme a los incrementos del costo de la vida que certifica el Departamento Administrativo de Estadística (DANE), tal como se determinaron para el sistema de las Unidades de Poder Adquisitivo Constante (UPAC).

"TERCERA: Así mismo, por vía de la indemnización, condenará al Banco Ganadero S.A., Sucursal de Riohacha, a pagar a la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, los intereses sobre el mismo capital conforme a los artículos 884 y ss., del Código de Comercio y 191 del C. de P.C. de acuerdo con la certificación que solicitará oportunamente su Despacho de la Superintendencia Bancaria de Colombia.

"CUARTA: Condenará, además, a la demandada al pago de las costas y agencias del proceso".

II. La demandante apoya sus pretensiones en los hechos que a continuación se compendian:

a) La Administración de Impuestos Nacionales de Riohacha celebró con el Banco Ganadero S.A., Sucursal de Riohacha, un contrato de cuenta corriente, denominado "Fondos Comunes", distinguido con el número 758-02921-9, en el que el respectivo

Administrador de Impuestos Nacionales y el Auditor Fiscal de la Contraloría General de la República quedaron autorizados para manejar la referida cuenta;

b) Aconteció que el 6 de septiembre de 1982, al ser recibidos los extractos bancarios correspondientes al mes de agosto de dicho año atinentes a la mencionada cuenta, la pagadora de la Administración de Impuestos Nacionales de Riohacha, Ana González de Bermúdez, "encontró inconsistencias en los saldos, puesto que presentaban un faltante en la cuenta corriente citada, es decir, no coincidían los saldos en los libros con los que figuraban en los extractos bancarios";

c) Al indagar en el banco los motivos de lo anterior, se estableció "que estaban cargados a la cuenta corriente mencionada cheques que no fueron girados por la Administración y correspondían a chequeras que no fueron solicitadas por la misma. Aparentemente, los cheques fraudulentamente girados y cobrados figuraban firmados por el Administrador de Impuestos Nacionales de esa época, el señor Jorge de Jesús Sprokel Mendoza y el Auditor de la Contraloría General de la República, ante dicha Administración de Impuestos, señor Alfredo Britto Ospino";

d) "Una vez establecido el faltante, el Administrador de Impuestos Nacionales y el Auditor Fiscal respectivo, mediante escrito de fecha septiembre 8 de 1982, dirigido al Gerente del Banco Ganadero S.A., le informaron a éste que hecha la respectiva conciliación bancaria, con los extractos enviados pertenecientes a la Cuenta Corriente N° 758-02921-9, denominada 'Fondos Comunes' detectaron que hasta esta fecha se habían cargado o cobrado una serie de cheques que no correspondían a las chequeras que oficialmente fueron retiradas el día 9 de agosto de 1982 con el oficio N° P-115-82.

"La relación de los cheques fraudulentamente girados y cobrados detectados hasta la fecha y según el mismo oficio es la siguiente:

Cheques Nos.	Fecha de Cancelación	Valor
202	Agosto 4/82	$ 900.000.oo
910	Agosto 5/82	$ 800.000.oo
921	Agosto 5/82	$ 850.000.oo
937	Agosto 12/82	$ 900.000.oo
930	Agosto 12/82	$ 950.000.oo
940	Agosto 23/82	$2.000.000.oo
934	Agosto 27/82	$ 900.000.oo
TOTAL		$7.300.000.oo

"En el mencionado oficio, los citados funcionarios solicitaron o pidieron al Gerente del Banco la corrección de los saldos devolviendo para ello los extractos, es decir, hicieron la reclamación para el reembolso de los dineros extraídos fraudulentamente de la cuenta corriente de propiedad de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Administración de Impuestos Nacionales de Riohacha, cumpliendo de esa manera con lo ordenado por el artículo 732 del Código de Comercio, en cuanto se refiere a la reclamación oportuna para que el Banco devolviera o reembolsara los fondos sustraídos de manera fraudulenta";

e) Los anteriores hechos fueron puestos en conocimiento de la División de Inspección de la División General de Impuestos Nacionales y de las autoridades penales el 9 y 8 de septiembre de 1982, respectivamente;

f) De las diligencias administrativas disciplinarias y penales no se logró determinar "responsabilidad penal para ninguno de los presuntos implicados", pero sí quedó establecida la responsabilidad civil del Banco "tanto en la entrega de las chequeras, con las cuales se giraron y cobraron los cheques falsos como en el pago de los mismos, puesto que no actuaron observando los reglamentos internos del Banco en el visado y en el pago de dichos cheques";

g) "En la investigación que adelantó la Policía Judicial del Departamento de la Guajira, en colaboración con el Juzgado Primero de Instrucción Criminal, radicado en la ciudad de Riohacha, de las declaraciones rendidas por los funcionarios, directivos y subalternos del Banco Ganadero S.A., de dicha ciudad, se infiere que hubo omisiones graves de parte de los funcionarios del Banco que dieron lugar o permitieron que, con facilidad los delincuentes cometieran los ilícitos de falsedad y estafa contra el Banco, en la cuenta corriente denominada 'Fondos Comunes' manejada por ellos y de propiedad de la Nación, Administración de Impuestos Nacionales, varias veces citada. También se determinó, a través de las mencionadas investigaciones, que los dineros sustraídos del Banco Ganadero de la cuenta 'Fondos Comunes' N° 758-02921-9 de propiedad de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Administración de Impuestos Nacionales de Riohacha, ascendieron a la cantidad de ocho millones cuatrocientos treinta y nueve mil ciento sesenta pesos ($8.439.160.oo) m. l., discriminados en la siguiente forma:

"Por intermedio del Banco Ganadero, Sucursal Maicao (Guajira) $7.300.000.oo

"Cheques N°	Cancelación	Valor
0530902	Agosto 04/82	$ 900.000.oo
0530910	Agosto 05/82	$ 800.000.oo
0530921	Agosto 05/82	$ 850.000.oo
0530937	Agosto 12/82	$ 950.000.oo
0530930	Agosto 12/82	$ 900.000.oo
0530940	Agosto 23/82	$ 2.000.000.oo
0530934	Agosto 27/82	$ 900.000.oo

"Por intermedio del Banco de Riohacha $598.660.oo así:

0531024	Sept. 1o./82	$312.900.oo
0531030	Sept.2/82	$285.760.oo

"Por intermedio del Banco de Colombia Sucursal Riohacha $540.500.oo así:

0531026	Sept. 1o./82	$269.700.oo
0531019	Sept. 1o./82	$270.800.oo
"TOTALES	$8.439.160.OO	$8.439.160.oo

"La responsabilidad o culpabilidad de los funcionarios directivos y subalternos del Banco Ganadero S.A., Sucursal Riohacha, que por sus conductas omisivas o permisivas dieron lugar a que se consumaran los hechos con que los fascinerosos cometieron el ilícito en la sustracción de los dineros de dicho Banco y de la cuenta corriente 'Fondos Comunes' de propiedad de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Administración de Impuestos Nacionales de Riohacha y que compromete, por consiguiente, la responsabilidad del Banco se tipifica de la siguiente manera:

a) En la entrega de las chequeras, la señorita encargada de esta función en la fecha en que acaecieron los hechos motivos de esta demanda, admite que no actuó con diligencia y cuidado debidos porque se confió de la supuesta persona que retiró las dos chequeras con cuyos cheques resultó la estafa contra el Banco Ganadero S.A., que afectó los dineros de la cuenta 'Fondos Comunes' de propiedad de la Nación, Administración de Impuestos Nacionales de Riohacha-Ministerio de Hacienda y Crédito Público).

"Estas afirmaciones y reconocimientos los hizo la señorita Genith Leonor Mindiola Zuleta, encargada de entregar las chequeras, en las declaraciones rendidas ante la Policía Nacional y de indagatoria ante el Juzgado Primero de Instrucción Criminal radicado en Riohacha.

"En el visado y pago de los cheques no se observaron las medidas internas de seguridad pertinentes, tales como la confirmación con la entidad, presuntamente, giradora para tener la certeza de la legitimidad del título valor. Todas estas medidas de aseguramiento y prevenciones que constituyen el reglamento interno del Banco Ganadero S.A., están adoptadas y tienden a asegurar la responsabilidad del Banco, pero como fueron omitidas por sus funcionarios compromete su responsabilidad para con el propietario de los fondos que reposan en sus arcas. La negligencia en tomar todas las precauciones, para evitar el fraude, fue admitida voluntariamente por los funcionarios del Banco Ganadero S.A., de Riohacha, desde el Gerente y demás empleados que intervinieron en el trámite respectivo para el pago de los cheques falsos, según se

desprende de las declaraciones rendidas ante los funcionarios investigadores anteriormente citados":

h) "En desarrollo de la acción penal en el Juzgado de la Instrucción, y a solicitud del Banco Ganadero S.A., mediante su representante, en la ciudad de Riohacha, constituido en parte civil, el Instituto de Medicina Legal - Laboratorio de Grafología, hizo el análisis y estudio o examen grafológico de las firmas que, como giradores, se consignaron en los títulos valores o cheques números: 0530902, 0530921, 0530910, 0530930, 0530934, 0530937, 0530940, 0531019, 0531026, 0531024 y 0531030; improntas de los sellos (seco y húmedo) que respaldan las firmas aludidas; textos mecanográficos conformativos del lleno de los títulos antes relacionados; grafías, al parecer, ubicadas dentro de un rectángulo elaborado a lápiz de color rojo en el folio 122, costado derecho parte inferior del recibo de dos (2) chequeras serie 100 de fecha julio 23 de 1982. De las autógrafas tomadas a: Alfredo Brito Ospino (fls. 48, 49 y 50), Jorge Sprokel Mendoza (fls. 24, 25, 26 y 27), Aníbal Vicente Amaya (folios 95, 96 y 97); así como de las firmas que figuran en las tarjetas de apertura de la cuenta corriente N° 758-02921-9. También de las muestras de las impresiones del sello seco utilizado por la Administración de Impuestos Nacionales de Riohacha (fls. 29, 30 y 31); muestras de las improntas del sello que a la letra dice: 'Contraloría General de la República Auditregional Impuestos-Auditor II Riohacha' (fl. 51 y 52).

"De los textos mecanotaquigráficos de las máquinas de escribir utilizadas en:

"Sección Pagaduría - Marca Remington (fl. 124).

"Sección Pagaduría - Marca Decca N° 4470 (fl. 125).

"Sección Pagaduría - Marca Olivetti Línea 98 (fl. 126).

"Sección Contabilidad - Marca Olivetti Línea 98 (fl. 127).

"Sección Contabilidad - Marca Remington (fl. 128).

"Sección Cuentas Corrientes - Marca Olivetti (fl. 129).

"Se solicitó expresamente establecer si los sellos secos y húmedos, en muestras, son los mismos que aparecen impresos en los citados cheques.

"Así mismo se pidió establecer si existe o no improcedencia en los dictados manuscritos con la firma de los cheques; también sobre si algunos de los cheques en mención pudieron haber sido elaborados en alguna de las máquinas cuyas muestras se anexaron.

"Igualmente, se pidió, establecer si el escrito que aparece encerrado en el círculo visible a folio 122, fue puesto de puño y letra por el señor Aníbal Vicente Amaya Gámez, teniendo en cuenta para ello los dictados tomados al citado señor cuando se llevó a cabo su indagatoria por el Juzgado.

"El dictamen del examen, análisis y estudio solicitados dio el siguiente resultado:

"1. Las impresiones de los sellos de duda (seco y de caucho) que a la letra rezan: 'Ministerio de Hacienda - Administración de Impuestos Nacionales-Administrador Riohacha... - Contraloría General de la República - Auditregional Impuestos - Auditor II Riohacha' consignados en los once (11) títulos valores averiguados *se diferencia de las improntas allegadas para el presente estudio* (fls. 29, 30, 31, 51 y 52) en la morfología, dimensiones, espaciamiento y distribución de sus textos *con lo que se conceptúa que tienen distinta procedencia* (sic) (las bastardillas no son del texto).

"2. Elaborado un cuidadoso estudio analítico comparativo entre las firmas giradoras de duda que como de Jorge Sprokel Mendoza y Alfredo Britto Ospino se estamparon al anverso de los once (11) cheques del Banco Ganadero (Sucursal Riohacha) con las autógrafas tomadas a los citados señores Sprokel y Britto (fls. 24, 25, 26 y 27), (48, 49 y 50), se dirá que si bien es cierto que presentan aparente similitud morfológica con las pertenecientes a los aludidos señores, también lo es que al estudio de los elementos intrínsecos *se aprecian disimilitudes principalmente en la proporcionalidad, ritmo, espontaneidad, puntos iniciales y finales, inclinación y dirección; características demostrativas que las firmas giradoras que contienen los once (11) cheques o títulos valores son imitaciones de los señores Jorge Sprokel M. y Alfredo Britto O. y por tanto inminentemente apócrifas"* (sic) (las bastardillas son nuestras).

"3. En lo que respecta al interrogante 'si el escrito que aparece en el círculo visible al folio 122' ... no observó círculo alguno en el mencionado folio, sin embargo supuso que eran grafías encerradas dentro de un rectángulo elaborado a lápiz de color rojo en las zonas correspondientes a firma C.C. 7.481.675 - Dirección Carrera 2ª número 10A-25 que al confrontarlas con las autógrafas tomadas al señor Aníbal Vicente Amaya (fls. 95, 96 y 97) no es factible emitir un concepto al respecto, como quiera que el radio de estudio se encuentra muy reducido; si el funcionario lo considera deben tomarse nuevas muestras al señor Amaya en las que incluya repetidamente los textos de duda con el fin de dirimir la pregunta planteada al respecto (sic).

"4. Al comparar minuciosamente los textos mecanográficos que ostentan los folios 124, 125, 126, 127, 128 y 129 con los escritos dactilográficos conformativos del lleno de los títulos valores en cuestión, por la forma de sus tipos, dimensión y tamaño, *no se identifican como producto de ninguna de las máquinas cuyas muestras se enviaron para estudio*. Sin embargo al examinar los tipogramas con los cuales mecanografiaron los títulos valores se pudo comprobar que los siguientes documentos fueron elaborados en una misma máquina a saber: 0531019-0531026, 0531030; y los restantes (0530902, 0530910, 0530921, 0530930, 0530934, 0530937 y 0530940) en otra.

"Creo interesante agregar que fueron enviadas nuevas muestras de las firmas autógrafas del señor Aníbal Vicente Amaya, al Instituto de Medicina Legal - Laboratorio de Grafología, en atención a las sugerencias contenidas en el ordinal 3º, arriba transcrito, para confrontarlas con las grafías que figuran en el rectángulo del folio 122 y resultó totalmente negativo, es decir, que el señor Amaya Gámez, no fue la persona que firmó el libro de chequeras, en el Banco Ganadero S.A., cuando fueron retiradas las que sirvieron para cometer el ilícito.

"De lo anterior se infiere que ninguno de los funcionarios de la Administracion de Impuestos Nacionales tuvieron que ver con la falsificación de las firmas y sellos que utilizaron, los culpables, en la comisión de los ilícitos de falsificación y estafa y que esta última ocurrió porque los funcionarios del Banco Ganadero de Riohacha, no actuaron con la prudencia, cuidado y malicia debidos en el trámite adecuado para la entrega de chequeras y el pago de los cheques".

I. Con antelación, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público adelantó contra el Banco Ganadero Sucursal de Riohacha otro proceso, que culminó en forma desfavorable al demandante, por falta de capacidad para ser parte y, aunque allí se absolvió al Banco de las pretensiones de la demanda, tal decisión no comprende "las responsabilidades que se aducen como fundamentos de la misma".

II. Enterado el Banco demandado de las pretensiones de la Nación, oportunamente consignó su respuesta en el sentido de aceptar algunos hechos, de negar e ignorar otros, por lo que culminó con oposición a las súplicas de la demanda y con la formulación de la excepción de cosa juzgada.

III. Adelantado el litigio en esas condiciones, la primera instancia terminó con sentencia de 6 de febrero de 1990, mediante la cual se declaró no probada la excepción de cosa juzgada, se despacharon favorablemente las súplicas de la demanda, salvo la atinente a condena por corrección monetaria, que fue negada. Apelada que fue esta decisión por las partes, el segundo grado de jurisdicción culminó con fallo de 31 de agosto del mismo año, confirmatorio del proferido por el *a quo*, por lo que las mismas partes interpusieron el recurso de casación, que al quedar desierto el de la Nación, la Corte se contrae al del Banco.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal, para decidir como lo hizo, sentó las reflexiones siguientes:

a) Que la excepción de cosa juzgada se reduce a un juego de palabras y no "es posible confundir lo principal con lo accesorio o lo esencial con lo occidental. Lo primero comprende lo segundo pero no viceversa. Al fallar esta Sala en el proceso anterior expuso con abundantes precisiones, ... que era la Nación, Persona de Derecho Público por disposición del artículo 80 de la Ley 157 (sic) de 1887 y que posteriormente surgió el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con lo que se entiende que el Ministerio no podía hacer las veces de su delegatario con toda la capacidad de éste, sino sólo de aquéllas asignadas; cuáles son las de operar sobre los bienes públicos del Estado, mas no representarlo sin su expresa delegación y, por ende, debe ejercer tal delegación a nombre de quien la otorga. Estas razones hacen confirmar la sentencia en este punto de ataque";

b) Que encuentra el Tribunal "ajustada a derecho la condena hecha por el Juzgado de origen a la entidad bancaria demandada por encontrarse acorde a los lineamientos que traza el artículo 884 del C. de C. en concordancia con el artículo 1617 del Código Civil.

Cubre a cabalidad lo adeudado más los intereses utilizados para toda operación bancaria en condiciones normales y ajustado al alcance ganancial de este tipo de entidades.

"Los ajustes monetarios e intereses sobre las unidades de poder adquisitivo constante están establecidos para operaciones bancarias diferentes al depósito en cuenta corriente y por ello merece confirmación la decisión judicial venida en apelación";

c) Que la responsabilidad "del Banco no depende de la habilidad de la jurisdicción penal para probar quiénes son responsables del ilícito de falsedad, para responsabilizar al Banco o graduar dicha responsabilidad entre personas vinculadas al proceso penal y la Institución Bancaria. Radica en la obligación de la institución para cuidar de los depósitos de dinero confiados y sobre los cuales debe responder ante la cuentarrentista que registró la firma y tomó otras medidas encaminadas a garantizar que no se viole a través de institución confiada la actividad personal del cuentarrentista".

EL RECURSO DE CASACIÓN

Dentro del ámbito de la causal primera de casación dos cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, los que se despacharán en el orden propuesto.

Primer cargo

Lo hace consistir en quebranto de los artículos 17 inciso 4°, 635 inciso 2° del C.C., "los Decretos 1050 y 3130 de 1968", 80 de la Ley 153 de 1887, 1° del Decreto 222 de 1983, 1° del Decreto 01 de 1984; "Decreto 393 de 1957, 732 y 1391 del C. de C., y 331 y 332 del C. de P.C".

El cargo lo desarrolla sobre los asertos siguientes:

a) Se invoca en la demanda, como fundamento de las pretensiones, la existencia de un perjuicio derivado de un contrato de cuenta corriente entre el Banco Ganadero y la Administración de Impuestos, y en el proceso no obra la prueba idónea de tal negocio jurídico;

b) Se parte en el proceso de una relación de dependencia jerárquica de la Administración de Impuestos de Riohacha, como órgano del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sin invocarse las normas pertinentes;

c) Se formula la demanda con la que se inició el proceso con apoyo "en una presunta responsabilidad de orden contractual por razón del mismo objeto jurídico, la misma causa pretendia y con identidad jurídica de las partes respecto de otra acción que instauró el Ministerio de Hacienda y Crédito Público contra el Banco Ganadero, Sucursal Riohacha, la cual terminó con sentencia de fondo en donde se negaron las pretensiones del actor", o sea, que el fallo impugnado desconoció los efectos de la cosa juzgada y, por ende, no fue consonante con la excepción propuesta, máxime que aparece acreditada con la copia auténtica del fallo dictado en proceso anterior, de fecha 24 de febrero de 1988,

por el cual el Tribunal revocó la sentencia apelada y en su lugar dispuso "absolver al demandado de las pretensiones demandadas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público";

d) En el proceso a que se refiere la sentencia antes citada, actuó como demandante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien obró por cuenta de la Nación, sin que pueda hacerse separación conceptual entre uno y otro ente estatal, o sea, que hay cosa juzgada, pues el Ministerio de Hacienda es un organismo de la Nación y por ende sus actos u operaciones favorecen o afecta a ésta. Por demás, situación bien diferente hubiese sido si el fallo proferido en el primer proceso hubiera decidido en forma inhibitoria;

e) Se equivocó el Tribunal cuando haciendo suyas las consideraciones del juzgado concluye que no hay en los procesos identidad de partes, siendo que en la litis aparecen demostrados los elementos de la cosa juzgada, porque "el nuevo proceso versa sobre el mismo objeto, se funda en la misma causa que del anterior y entre los dos procesos existe identidad jurídica de partes", pues respecto de este último presupuesto la Nación y el Ministerio son una misma persona jurídica, porque el único cambio "que sufrió el proceso anterior con respecto al presente, fue la delegación que se le hace a un funcionario del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que demande nuevamente al Banco Ganadero con fundamento en la misma causa y el mismo objeto, así como también con igual identidad jurídica";

f) Por último, el casacionista insiste en la existencia y demostración de la excepción de cosa juzgada, por lo que concluye que se debe casar el fallo atacado y revocar el de primer grado.

SE CONSIDERA

1. *La doctrina de la Corte tiene sentado que la causal primera de casación consiste siempre en la violación de la ley sustancial y que dicho quebranto puede producirse de dos modos absolutamente distintos y, por tal virtud, inconfundibles, esto es, por vía directa o por vía indirecta. Tiene lugar la primera, cuando haciendo abstracción de los elementos de convicción que le hayan servido al fallador para formar su juicio, infringe la ley sustancial. Acontece la segunda, cuando ciertamente la sentencia incurre en un error de hecho o en uno de derecho en la apreciación de las pruebas y, a consecuencia de tal yerro, resulta quebrantada la ley sustancial.*

2. *Hecha la anterior distinción y precisión, se tiene entonces que si la causal primera permite enjuiciar la sentencia del* ad quem *por una de las dos vías antes descritas, cuando el censor monta el ataque por la directa, forzosamente concuerda con la apreciación que el sentenciador ha hecho de la situación fáctica litigada, mas considera que se han infringido las normas sustanciales que señala en el cargo. Si el ataque se funda en la indirecta, el recurrente le imputa al fallo acusado quebranto legal por haber adulterado la situación fáctica que exterioriza el proceso, a consecuencia de yerros de facto o de valoración cometidos en la estimación de las pruebas.*

3. *Entonces, como la vía directa difiere sustancialmente de la indirecta, resulta impropio y alejado de la disciplina técnica del recurso de casación, que se censure la sentencia por la causal primera, por vía directa, con fundamento en la apreciación que de la prueba hizo el Juzgador, porque ese es un campo estrictamente reservado para la vía indirecta. En efecto ha sostenido la jurisprudencia de la Corte, que mantiene su vigencia y aplicación que "en la demostración de un cargo por violación directa de la ley sustancial, el recurrente no puede separarse ni aún en lo más mínimo de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el Tribunal. El desarrollo dialéctico de aquella labor demostrativa tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales que se consideren infringidos, y en todo caso con prescindencia de cualquier consideración que implique divergencia con el Tribunal en relación con la apreciación que éste haya hecho de las pruebas" (Cas. Civ. de 28 de noviembre de 1969, T. CXXXII, pág. 193). Y si la acusación viene estructurada por la vía indirecta, también constituye una grave falla no indicar la clase de yerro en que incurrió el* ad quem *en la sentencia atacada, ni indicar la prueba o pruebas donde se cometió el desacierto.*

4. De tenerse el cargo primero como formulado por la vía directa, en su desarrollo y explicación se desplaza a la indirecta. Y de entenderse que fue estructurado por esta última, no se determina la clase de yerro.

5. Aunque con las reflexiones precedentes serían bastantes para rechazar el cargo, considera la Corte oportuno hacer una incursión al tema de la cosa juzgada y a la configuración o no de esta en el litigio.

6. *A través de la institución procesal de la cosa juzgada procura la ley eliminar toda incertidumbre en frente de litigios ya decididos por sentencia de fondo, pues una de las características de tal institución es la de impedir todo ataque ulterior destinado a revisar la misma materia ya decidida, o en otros términos, elimina la posibilidad de que las mismas partes o sus causahabientes puedan de nuevo volver a plantear la controversia. Por consiguiente, la autoridad de la cosa juzgada pone orden y certidumbre en los debates litigiosos, pues de no haber revestido aquella de postulados tan trascendentales, no habría forma de poner fin a los litigios, como quiera que la parte desfavorecida no se resignaría, a través de un solo litigio, a darse por vencida.*

Por tal virtud, la jurisprudencia nacional ha afirmado que "la cosa juzgada tiene por objeto alcanzar la certeza en el resultado de los litigios, definir concretamente las situaciones de derecho, hacer efectivas las decisiones jurisdiccionales y evitar que las controversias se reabran indefinidamente con perjuicio de la seguridad jurídica de las personas y del orden social del Estado. Si la función jurisdiccional busca el fin -tanto dentro del campo del derecho privado como en el del público- de dirimir con autoridad los conflictos que suscita la actividad de los particulares o de los funcionarios de la administración, es claro que aquel objeto no se alcanza sino mediante la desaparición de la materia contenciosa -el litigio- que es un fenómeno anormal dentro de la organización jurídica de la sociedad. De ahí que decida la cuestión conflictiva con la plenitud de las formalidades procedimentales y el ejercicio de los recursos establecidos

por la ley, con el propósito de garantizar la mayor certeza en las determinaciones de los jueces, se repute que la manifestación de voluntad de éstos en ejercicio de la competencia que el derecho positivo del Estado le ha conferido es la verdadera misma y como tal lleva en sí la fuerza legal necesaria para imponerse obligatoriamente, ya dentro del grupo de personas que intervienen en la querella, o bien en todos los miembros de la colectividad, según la naturaleza del litigio y de la decisión que le pone término. Agotados los trámites procesales y dilucidada la contención por el empleo de los recursos que en forma ordinaria o extraordinaria haya previsto la ley, no puede provocarse de nuevo la competencia jurisdiccional pretendiendo un nuevo fallo porque ello equivaldría a prolongar ilimitadamente la subsistencia de la cuestión litigiosa y a destruir el carácter de certeza que comporta el contenido de las providencias judiciales. Contra esta pretensión, contraria a las reglas que gobiernan la actividad funcional de la jurisdicción, puede oponerse el medio jurídico de la cosa juzgada para impedir que el nuevo debate prospere o que se dicte una nueva resolución contraria o la anteriormente proferida" (G. J. LIX, 593).

7. Como la institución de la cosa juzgada es compleja, por cuanto depende de la concurrencia de varios elementos, la ley tradicionalmente la ha edificado sobre la identidad de tres factores, que son: de objeto, de causa y de partes. En efecto, el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, acogiendo el criterio denominado "de las tres identidades", establece que "la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes".

8. En materia de cosa juzgada, cuando la ley habla de la identidad de objeto, con ello indica que en el nuevo proceso se controvierta sobre el mismo bien jurídico disputado en el proceso anterior.

Cuando el derecho alude a la identidad de causa, está afirmando que la demanda del nuevo litigio exterioriza, como fundamento de la pretensión, la misma razón de hecho que se alegó en el proceso anterior. Empero conviene aclarar que no se desnaturaliza el factor eadem causa petendi *por el simple hecho de que se introduzcan variaciones accidentales, ni porque se enuncien diferentes fundamentos de derecho. En cambio, deja de haber identidad de causa cuando a pesar de promoverse la misma acción, varían sustancialmente los supuestos de hecho de la* causa petendi, *lo cual ocurre, como lo tiene declarado la doctrina de los procesalistas y de la Corte, cuando el demandante en el primer litigio, el cual pierde, reivindica un bien con fundamento en que su propiedad la deriva de una donación, y en el segundo reivindica el mismo bien, respecto de la misma parte, con respaldo en que su adquisición la deriva de un contrato de compra-venta. "No habrá identidad de causa -ha dicho la Corte-, cuando aquel que en un juicio de reivindicación ha sucumbido por no haber demostrado la existencia de la donación como fundamento jurídico de su propiedad, intenta un nuevo juicio con el mismo objeto, si bien alegando una compraventa, un legado, etc.*

Así también, si en un juicio de nulidad de un contrato por error sucumbe el demandante, podrá demandar de nuevo la nulidad por otro vicio del consentimiento.

como la violencia o dolo ..." (Cas. Civ. de 27 de septiembre de 1945 N° 2022, pág. 438). Tampoco puede darse identidad de causa, como se sostiene por la doctrina de los procesalistas, cuando se trata de hechos fundamentales sobrevinientes u ocurridos con posterioridad al primer litigio, puesto que el segundo proceso resulta apoyado sobre una razón que no fue objeto de debate en el anterior, máxime que por tratarse de presupuestos de hecho de ocurrencia posterior, no podían ser materia del primer proceso. Entonces, cuando quiera que la demanda del segundo proceso funde su pretensión en supuestos de hecho cuya ocurrencia histórica fue posterior al litigio inicial, por no presentarse en este evento la identidad de causa, no encuentra el titular del derecho que lo reclama, en esas condiciones, el óbice de la cosa juzgada.

Ahora bien, cuando la cosa juzgada exige que se presente, además, la identidad de partes, no reclama la identidad física, sino la identidad jurídica. Por consiguiente, dice expresamente la ley que se entiende que se configura el presupuesto de la identidad jurídica de partes, cuando las que figuran en el segundo proceso son sucesores mortis causa *de las que figuraron en el primer litigio o son causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad a la inscripción de la demanda o al secuestro en los demás casos (art. 332 inc. 2° C. de P. C.).*

9. Sentado lo anterior, se tiene que si en el primer proceso se afirmó y estableció que quien demandó no fue la Nación, que sí es persona jurídica, sin un Ministerio que no tiene la calidad de tal, y en el segundo litigio sí concurre como demandante la Nación, fácilmente se advierte que no aparece la identidad de partes que alega el recurrente. Y, algo más, en el primer proceso, así se hubiese decidido de fondo, en sus motivaciones se sostuvo que no siendo el Ministerio de Hacienda una persona jurídica, faltaba por este aspecto el presupuesto procesal de capacidad para ser parte.

10. Viene de lo dicho, que el cargo no prospera.

Cargo segundo

Por esta causa la sentencia del Tribunal de quebranto indirecto de los artículos 1603, 1604, 1614, 1615 del C.C., 883 y 884 del C. de C., por aplicación indebida; 1608 del C. C., por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho cometidos en la apreciación de las pruebas.

El cargo lo desarrolla en las afirmaciones siguientes:

a) Que el *ad quem* se concretó a estudiar la cosa juzgada y a encontrar ajustada a derecho la condena hecha por el Juzgado a la parte demandada, por encontrarla acorde con la ley (arts. 884 del C. del C. y 1617 del C. C.), dejando de lado las razones jurídicas por las cuales procedía la condena y lo propio hizo el *a quo* en su pronunciamiento, o sea, que uno y otro juzgador infringieron los artículos 163 de la Constitución Nacional y 304 del C. de P.C.;

b) Que son diferentes los intereses remuneratorios de los moratorios. Por otra parte, los intereses pueden ser convencionales, corrientes y legales. En los asuntos civiles, el interés moratorio es del 6% anual (1617) y en materia mercantil, son los artículos 883 y 884 del C. del C. los que señalan el interés legal moratorio;

c) Que al efecto establece el artículo 883 del C. del C. que " 'el deudor está obligado a pagar los intereses legales comerciales en caso de mora y a partir de ésta'. Y el artículo siguiente dispone que 'cuando en los negocios mercantiles hayan de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente...'. Es, por consiguiente, a partir del momento en que el deudor se ha constituido en mora que está obligado a pagar los intereses legales comerciales o bancarios corrientes";

d) Que el deudor está en mora en las eventualidades señaladas en los tres ordinales del artículo 1608 del C. C., que transcribe;

e) Que como en la especie de esta litis, no existía plazo dentro del cual el Banco debía pagar a la demandante la cantidad de $8.439.160, no tenía que ser entregada dentro de cierto tiempo, era necesario requerirlo judicialmente para constituirlo en mora. A lo cual se agrega que esa obligación era incierta y de ahí la necesidad del presente litigio y, por ende, el Banco no estaba en mora de pagar el valor de los cheques a la demandante y, por lo mismo, no podía condenársele "a unos intereses que presumen la constitución en mora del deudor";

f) Que si para la fecha en que se cobraron los cheques la obligación deducida judicialmente en contra del Banco Ganadero y a favor de la Nación no era exigible, menos puede afirmarse que el deudor está en mora, como lo pregona el artículo 334 del C. de P. C., que transcribe;

g) Que el *ad quem*, al confirmar la condena por intereses bancarios corrientes, incurrió en los *yerros fuctos* siguientes:

1. No vio que ni legal ni convencionalmente existía plazo respecto del Banco para pagar los cheques.

2. No se percató que por la incertidumbre de la obligación del Banco de pagar los cheques se adelantó el proceso y, por tanto, sólo después de la ejecutoria de la sentencia de condena, era exigible esa obligación de acuerdo con el artículo 334 del C. de P. C.

3. No se percató que para la fecha en que se pagaron los cheques relacionados en la demanda, no se hallaba el Banco en mora, ni era exigible la obligación de pagar esa suma.

SE CONSIDERA:

1. Como el recurrente se duele y ataca la sentencia impugnada de infringir el artículo 163 de la Constitución anterior (1886), así como el artículo 304 del C. de P. C., ciertamente puede acontecer que en ella se omita considerar algunos puntos hechos o pruebas del litigio que pueden incidir en la decisión, con quebranto de la ley sustancial, en cuyo caso el reparo puede hacerse valer por la causal primera de casación, o también puede ocurrir que a consecuencia de omisiones o excesos en decidir los extremos de la litis, el fallo resulte incongruente y, por ende, atacable por otra causal.

2. Ahora, si bien la sentencia combatida no hace un estudio prolijo y detenido del tema materia de la decisión, lo cierto es que a pesar de ser parco el análisis, aborda los extremos de litis y cumple con la filosofía y principios que exteriorizan las normas que la censura señala como quebrantados en el punto, máxime si se tiene en cuenta que el *ad quem*, al acoger y hacer suyas las reflexiones sentadas por el *a quo*, las hizo suyas y, por tanto, forma parte de la decisión de segundo grado.

3. *De otro lado, es oportuno reiterar que el buen suceso de un cargo en casación por la causal primera, concretamente por quebranto de la ley sustancial por* yerro de facto *cometido por el sentenciador en la apreciación de las pruebas, exige la presencia, entre otros presupuestos, que el yerro sea contraevidente, esto es, que la conclusión de orden fáctico derivada del error resulte ser contraria a lo establecido por los elementos de convicción. No se ofrece el error hecho en la modalidad de manifiesto, cuando para establecerlo sea necesario recurrir a esforzados razonamientos, puesto que en tal evento no salta a la vista o no brilla al ojo con su sola enunciación (Cas. Civ. de 26 de mayo de 1970).*

4. *También ha sostenido la jurisprudencia de la Corte que cuando la sentencia impugnada se fundó en varios medios de convicción, si la causal de casación elegida es la primera y por vía indirecta, es menester que se ataquen todas las pruebas en que se apoyó el sentenciador para decidir como lo hizo, pues si la acusación no comprende todos los soportes, el cargo no es completo y, en tal evento, el fallo no puede ser quebrado.*

5. Aclarado lo anterior, se tiene lo siguiente:

a) El *a quo* declaró responsable al Banco demandado por el pago de los cheques de que da cuenta la demanda y por los valores que se precisan en la parte resolutiva, más los intereses corrientes de los *cheques* falsificados, *contados a partir de la cancelación de los cheques* hasta que se efectúe el reembolso de tales sumas a la parte demandante";

b) El Tribunal, en el fallo atacado, consideró ajustado a la ley tal condena, lo cual se traduce en que acogió los planteamientos y decisiones que hizo en el punto el juzgador de primer grado;

c) Que siendo así las cosas, el *ad quem* tuvo en cuenta, para confirmar el fallo de primer grado, el negocio jurídico de cuenta corriente, los cheques que fueron ilegalmente debitados de la cuenta corriente, los extractos de la cuenta corriente y las fechas en que fueron debitados, pruebas éstas que no fueron combatidas en el cargo, circunstancia que conduce al fracaso del mismo.

Lo dicho es suficiente para concluir que el cargo no prospera.

Resolución:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

no casa la sentencia proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha.

Las costas del recurso de casación corren de cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 140

SIMULACION - Ante Terceros / COMPRAVENTA - Simulación - Terceros

Los efectos del fenómeno simulatorio nunca pueden invocarse en perjuicio de terceros adquirentes de buena fe. La regla 1766 del C.C., comprende todas las convenciones simulatorias, sean absolutas o relativas. Tratándose de compraventa de inmuebles que cumplieron con las solemnidades legales para su validez e inscritas en el registro inmobiliario; y en donde un tercero que no tuvo noticia de la simulación del negocio, compró a su turno el mismo inmueble a quien aparecía como adquirente legítimo, la tacha de simulación del título de su autor no le es oponible. Si se declara la simulación, los terceros podrán estarse a los efectos de ella en la medida en que lo quieran ya que de lo contrario, no podrán ser afectados por la aludida declaración, manteniéndose a su respecto los efectos que se creyeron producidos por el negocio simulado.

CASACION - Requisitos / CASACION - Ataque todos los fundamentos

Este recurso debe contar con la fundamentación adecuada por parte de la recurrente; un gravamen a ella ocasionado por la providencia, acreditar que tal perjuicio se produjo por efecto de alguno de los motivos específicos que la ley expresa, no por otros, y que entre el vicio denunciado en la censura y aquella providencia se da una precisa relación de causalidad. En tratándose de la causal primera, no es cualquier error de juzgamiento el que autoriza el empleo exitoso de esta vía procesal, sino que debe tratarse de un error referido a la sentencia definitiva como causa eficiente de la ilegalidad de la cual adolece. Para cumplir con la exigencia de suficiente sustentación, el recurrente tiene que atacar idóneamente todos los elementos que fundan el proveimiento, explicando con vista en este último y no en otro distinto, en qué ha consistido la infracción a la ley que se le atribuye, cuál su influencia en lo dispositivo y cómo este aspecto debe variar en orden al restablecimiento de la normatividad vulnerada. La

sentencia es el objeto propio y exclusivo al que debe apuntar el recurso de casación. De modo que toda conclusión suya que no se impugne es intangible para la Corte. Presunción de acierto que ampara la sentencia.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Referencia: Expediente N° 3312

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 25 de octubre de 1990, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario de mayor cuantía seguido por Gustavo, Blanca Lilia y Oswaldo Medina Martín, como herederos de Dionisio Medina López, contra José María Medina Montejo.

1. El litigio

1. Mediante demanda presentada el 2 de junio de 1987, que por reparto correspondió al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja, Gustavo, Blanca Lilia y Oswaldo Medina Martín, todos mayores de edad y actuando por intermedio de apoderado especialmente constituido para el efecto, entablaron proceso ordinario contra José María Medina Montejo para que en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada se efectúen las siguientes declaraciones principales:

PRIMERA: Que es simulado en forma absoluta el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 3073 del 1° de diciembre de 1986 de la Notaría Segunda de Tunja registrada en la Oficina de Registro de ese Círculo en el folio de matrícula inmobiliaria número 070-0052633 por el cual Dionisio Medina López transfirió a título de venta a José María Medina Montejo el lote de terreno o finca denominado "La Cabaña" ubicado en la vereda de Runta, jurisdicción municipal de Tunja.

SEGUNDA: Que sobre este contrato de compraventa, ostensible, debe prevalecer la donación oculta la cual es absolutamente nula por falta de insinuación.

TERCERA. Que como consecuencia de tales declaraciones se ordene: la cancelación de la referida escritura y del correspondiente registro efectuado el 12 de febrero de 1987 en el folio de matrícula inmobiliaria número 070-0052633 con el nombre de "La Cabaña"; el registro de la sentencia respectiva en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Tunja; la restitución a la sucesión de Dionisio Medina López, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia definitiva, del inmueble de que trata la primera petición junto con los frutos naturales y civiles desde la contestación de la demanda sin derecho a pago de mejoras por ser poseedor irregular; y, en fin, se condene en costas al demandado.

Así mismo, señaló como peticiones subsidiarias, para el caso de no prosperar las principales, las siguientes:

PRIMERA: Que se declare rescindido por lesión enorme, el contrato de compraventa referido en la primera petición principal.

SEGUNDA: Que en consecuencia, se condene al demandado a pagar a la sucesión de Dionisio Medina López representada por sus hijos, tres días después de ejecutoriada la sentencia respectiva, el justo precio del inmueble para la fecha de la escritura, deducido en una décima parte a tasación de peritos; a menos que opte por la rescisión del contrato, que se entenderá si el demandado no consigna la suma indicada a órdenes del Juzgado Tercero Civil del Circuito, dentro del término fijado para ello.

TERCERO: Que si el demandado opta por la rescisión, quede sin efecto y valor legal el contrato de compraventa referido, y, por lo mismo, su registro deberá ser cancelado a efecto de que se restablezca el derecho de propiedad a favor de los herederos de Dionisio Medina López; se ordene al demandado, dentro del término que se fije en la sentencia, restituir el inmueble "La Cabaña" a la sucesión de Dionisio Medina López junto con sus frutos naturales y civiles desde la contestación de la demanda, sin más contraprestación que la devolución del precio pactado en la escritura con el ajuste de ley, y

CUARTA: Que si el demandado se opone, se le condene en costas.

Como hechos fundamentales que sirven de antecedente para solicitar las anteriores declaraciones, la demanda trae los siguientes:

a) Dionisio Medina López contrajo matrimonio con María Inés Montejo, unión de la cual nació José María Medina Montejo. Ocurrido el fallecimiento de la cónyuge, Dionisio Medina optó por gananciales dentro del proceso de sucesión y en tal concepto le fue adjudicada la finca "La Cabaña", ubicada en la vereda de Runta, municipio de Tunja, la cual administró desde que la compró hasta el día de su muerte, arrendándola en enero de 1979 a Jesús Mateus y José Roberto Benavides, hasta enero de 1986 cuando la arrendó a Alfonso Muñoz Gaona, quien tiene la "posesión material" y la está explotando económicamente como arrendatario, por contrato celebrado con Dionisio Medina López;

b) Por escritura 3073 del 1° de diciembre de 1986, corrida en la Notaría 2ª de Tunja y registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del mismo Círculo el 12 de febrero de 1987, Dionisio Medina López dijo vender a su hijo José María Medina Montejo la finca denominada La Cabaña con extensión de 70 hectáreas, aunque en los contratos de arrendamiento ya señalados se hablaba de 100, por el precio irrisorio de $3.280.000.oo que sin duda alguna está por debajo del valor comercial; ambos contratantes realizaron la mencionada transacción sin intención real de transferir el dominio, no se pagó precio alguno ni tampoco hubo entrega del inmueble, es decir, que el contrato fue absolutamente simulado, pues se trata de una donación entre padre e hijo que al no haber sido insinuada ni tener licencia judicial, es nula en lo que exceda a dos mil pesos;

c) Dionisio Medina López falleció en Tunja su último domicilio, el 23 de febrero de 1987 a la edad de 88 años, menos de tres meses después de haber firmado la referida escritura, por lo que, si la venta hubiera sido cierta, el dinero producto de ella se hubiera encontrado en depósitos bancarios o bajo custodia de su hijo José María Medina Montejo, quien desde hacía años vivía con él.

2. A la demanda le dio respuesta el demandado para oponerse a las pretensiones en ella contenidas, negó los hechos que buscan demostrar la simulación y frente a la discrepancia existente sobre la extensión de la finca "La Cabaña", manifestó que ésta, luego de ser adjudicada a Dionisio Medina, sufrió varias desmembraciones por ventas parciales que éste realizó, tal como consta en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria, situación que llevó al demandado a elaborar la escritura 991 corrida en la Notaría Segunda de Tunja el 6 de mayo de 1987, aclarando la número 3073 de 1986 de la misma Notaría en el sentido de determinar definitivamente los linderos y cabida aproximada del inmueble en referencia.

3. Planteada la cuestión litigiosa dentro de los extremos que se dejan reseñados, la primera instancia culminó con sentencia de fecha 19 de septiembre de 1989 donde el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Tunja declaró simulado relativamente el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 3073 del 1° de diciembre de 1986 de la Notaría Segunda de Tunja, registrada en el mismo círculo el 12 de febrero de 1987 en el folio de matrícula inmobiliaria de "La Cabaña" número 070-0052633, por la cual Dionisio Medina López dijo transferir a título de venta a José María Medina Montejo dicho inmueble ubicado en la vereda de Runta del municipio de Tunja, escritura que fue aclarada mediante la número 991 del 6 de mayo de 1987 corrida en la misma Notaría, "registrada el 8 de mayo de 1987, que corresponde a la matrícula inmobiliaria número 070-0005382?". Así mismo, declaró que sobre dicho contrato prevalece la donación oculta y que ésta es absolutamente nula por falta de insinuación, en cuanto su valor exceda de dos mil pesos. Y frente a las pretensiones consecuenciales, el juzgado de conocimiento negó la cancelación de la escritura referida, la inscripción de la sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Tunja y la restitución del inmueble denominado "La Cabaña" que es materia de simulación; y en fin, condenó en costas a la parte demandada en un 70%.

Inconformes ambas partes interpusieron recurso de apelación, terminando la segunda instancia con el pronunciamiento de 25 de octubre de 1990 por el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja confirmó la sentencia recurrida y condenó al demandado a pagar el 70% de las costas causadas en el segundo grado.

II. Los fundamentos de la sentencia impugnada

1. Después de hacer el acostumbrado recuento de antecedentes y de declarar con apoyo en el mismo que la relación procesal, además de configurada en debida forma, tuvo su desenvolvimiento de acuerdo con la ley, comenzó sus consideraciones el Tribunal ocupándose primeramente de los argumentos sustentatorios del recurso de apelación interpuesto por los demandados, propósito en vista del cual efectuó un completo estudio de la acción de simulación encablada como principal en este caso y la prueba indiciaria de variado origen que, para justificar el mérito de dicha acción, durante

el curso del proceso fue recogida. Y a modo de conclusión sobre este primer aspecto del debate, aspecto que por estimarlo resuelto con arreglo a derecho la censura en casación no discute, expresa el fallo en referencia que, analizada en su conjunto, aquella evidencia indiciaria tiene "... fuerza eficaz" para aportar certeza "... de que realmente las partes -quienes intervinieron en el otorgamiento de la escritura pública 3073 de 1° de diciembre de 1986, se entiende- lo que quisieron fue encubrir con la compraventa un negocio jurídico de donación, toda vez que racionalmente no existen motivos jurídicos fundados para acoger como cierta la compraventa del bien principal de su patrimonio por parte de una persona en el ocaso de su vida y sin la existencia de una justificación. Ella únicamente podía tener asidero en el ánimo de favorecer a su hijo legítimo con el propósito de acrecentarle su patrimonio con desconocimiento de los derechos sucesorales de los actores, quienes por ser legitimarios no podía desconocer en la expectativa de sucederle (...) luego de su fallecimiento . .", razones fácticas y jurídicas estas que en tanto fueron las tenidas en cuenta por el juzgador de primera instancia para "... acoger la declaración de simulación", afirma la Sala sentenciadora, imponen la confirmación de ese pronunciamiento.

2. En un segundo capítulo, bajo el epígrafe "La Cancelación del Título y del Registro", pasa la sentencia a referirse al recurso de apelación interpuesto en relación con estos puntos específicos por la parte actora, recurso que igualmente desestima con fundamento en varias razones que, en aras de la brevedad, bien pueden resumirse de la siguiente manera:

a) Porque así se desprende de lo preceptuado por el artículo 1766 del Código Civil y es lo que tiene sentado la jurisprudencia sobre el particular, en el terreno de la simulación negocial y su declaración judicial, la apariencia creada por los agentes simuladores prevalece frente a los terceros "... mientras no se les desvirtúe la buena fe ..."; luego en litigios de esta clase en que son las partes o sus sucesores quienes persiguen comprobar la verdadera realidad jurídica oculta tras esa apariencia y existen terceros que podrían tener interés en que ésta mantenga la plenitud de su vigencia, forzoso es convocar a los últimos al proceso para que "... pueda discutirse su buena o mala fe ..." y dado el caso, "... emitir fallo contrario a sus intereses ...";

b) Apunta en seguida el Tribunal que, teniendo en cuenta los certificados expedidos por el Registrador de Instrumentos Públicos de Tunja, en la especie en estudio quedó establecido que, para cuando se registró la demanda mediante la cual fue instaurada la acción de simulación, el inmueble lo había transferido con anterioridad el demandado a un tercero, situación cuya prueba no se ve disminuida por la duplicidad de folios de matrícula existentes respecto de dicho predio, habida consideración que aun cuando es ése en verdad un estado de cosas irregular frente al texto del artículo 49 del Decreto 1250 de 1970, corregirlo es competencia de las autoridades jurisdiccionales en lo contencioso administrativo y, de otra parte, entre el contenido de las aludidas matrículas -por obra de la nota de referencia visible en el certificado que corre a folio 41 del cuaderno 1 del expediente- hay la necesaria correlación para tener por acreditada la tradición, esto al tenor de los artículos 756 del Código Civil y 162 del Código de Procedimiento Civil;

c) Y sobre las bases precedentes remata el fallador diciendo que "... la no citación como demandado del comprador ...", unida a la realización del registro de la demanda

con posterioridad a la inscripción inmobiliaria de la que fue objeto el título de adquisición que ostenta dicho tercero, "... impiden alterar el registro del inmueble so pena de desconocer el efecto interpartes de la sentencia, dado que con la cancelación se afectarían derechos e intereses radicados en cabeza de ese tercero que por no ser parte no lo atan los efectos de la sentencia ...". Por eso, habiéndolo entendido así el *a quo*, la providencia apelada también debe recibir confirmación en este punto.

III. La impugnación y consideraciones de la Corte

Bajo la advertencia expresa y varias veces reiterada de que la inconformidad se centra, no en la declaratoria de "simulación del acto aparente" y de "nulidad del oculto", sino en la negativa de los juzgadores de instancia a cancelar la escritura pública que contiene el primero de tales actos, a inscribir esa cancelación en el registro inmobiliario y a ordenar la entrega del bien raíz que fue objeto de transferencia entre los agentes simuladores, un cargo único formula la demanda de casación dentro del ámbito de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, cargo que la Corte procede entonces a estudiar y despachar.

Cargo único

Como queda dicho, con base en la causal primera de casación el censor acusa la sentencia de violar en forma indirecta, por aplicación indebida, los artículos 17, 756, 1521 del Código Civil; 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7° y 690, numeral 1, literal a) del Código de Procedimiento Civil; y por falta de aplicación de los artículos 1523, 1746, 1849, 1857 del Código Civil; 2° de la Ley 50 de 1936, 102 y 103 del Decreto 960 de 1970, 49 del Decreto 2148 de 1983, 40 y 50 del Decreto 1250 de 1970, infracciones originadas en los siguientes errores probatorios:

"a) Error de derecho al apreciar la prueba contenida en la escritura número 991 de 6 de mayo de 1987 de la Notaría Segunda de Tunja, y error consistente en haber aceptado como aceptó el Tribunal, que válidamente el demandado, como comprador, redujera la determinación de lo vendido sin la presencia ni anuencia del vendedor, su padre, ni de los demás titulares de los derechos que como cosa ajena éste le vendió, error de derecho consistente en la violación medio del artículo 262 del Código de Procedimiento Civil y de los artículos 43 y 44 del Decreto 1250 de 1970, ambos por falta de aplicación;

b) Error de derecho al apreciar como prueba el folio de matrícula inmobiliaria número 070-0053827, abierto ilegalmente por la Oficina de Registro de Tunja, por violación medio del artículo 262 del Código de Procedimiento Civil por aplicación indebida de los artículos 43 y 44 del Decreto 1250 de 1970 por falta de aplicación, y

c) Error de derecho al apreciar la nota puesta por el Registrador en el anverso de la hoja número dos del folio de matrícula inmobiliaria número 070-0052633, el original de 'La Cabaña', en el que se da cuenta de que, con apoyo en la escritura aclaratoria número 991 se abrió el folio de matrícula número 070-0053827, referencia que según el Tribunal le da valor probatorio con connotación de tradición al registro ilegal de la escritura de venta del demandado a un tercero, en un folio de matrícula diferente del que le correspondía al inmueble, por violación medio de los artículos 262 del Código de Procedimiento Civil y 43 y 44 del Decreto 1250 de 1970 por falta de aplicación."

Explica los referidos tres errores de derecho con los siguientes argumentos:

a) Sostiene el recurrente que el Tribunal apreció la escritura aclaratoria número 991 corrida en la Notaría 2ª de Tunja el 6 de mayo de 1987 como indicio de simulación, pero, al afirmar que tal escritura tuvo por objeto "reducir la determinación -del bien transferido- a la parte que le quedaba al vendedor", incurrió en error de derecho por darle validez sin advertir su nulidad sustancial, originada ,en su concepto, en que por ser posterior a la muerte del vendedor sólo el comprador la suscribió declarando "que lo que se vendió no fue toda la finca 'La Cabaña', como reza la escritura de venta, sino lo que de ésta le quedaba al vendedor descontando el terreno objeto de cinco ventas parciales anteriores", sin tener en cuenta que la determinación de lo vendido es cosa que corresponde a los dos contratantes sin que ninguno de ellos pueda ser sustituido; es decir, que con ello se cambió unilateralmente el objeto del contrato de venta, siendo el hecho de haberlo reducido una simple "denotación de tipo ético" que "ni le merma ni le adiciona un ápice de validez al acto escriturario ...". Agrega que la aclaración era inoficiosa, pues el registrador ya había hecho dos anotaciones en la matrícula, una como venta de cosa propia en la parte que aún le pertenecía al vendedor y otra como venta de cosa ajena en la parte vendida con anterioridad, y que con ella se violaron los artículos 102 y 103 del Decreto 960 de 1970, en cuanto señalan que las escrituras aclaratorias deben ir firmadas por los dos contratantes y sólo permiten la firma única del titular actual del derecho cuando se pretenden corregir determinados errores cometidos en otra escritura, evento que, según el casacionista, no es válido en el presente asunto, pues, teniendo en cuenta que en el derecho colombiano la venta de cosa ajena vale, es preciso afirmar que en la escritura que se aclara no se presenta error alguno. Advierte a continuación que si se considera que la aclaración no es sobre el objeto de la venta sino apenas de un lindero, por tratarse de excluir de lo vendido unos inmuebles que son de terceros "esos terceros han debido comparecer a hacer la aclaración".

De lo que se sigue, según el recurrente, que la referida escritura fue otorgada contra ley y en tal circunstancia no es documento público; por lo cual, al apreciarla, se violaron, por falta de aplicación, los artículos 1849 y 1857 del Código Civil que definen el contrato de compraventa y precisan que se perfecciona cuando las partes se ponen de acuerdo sobre el objeto. De lo argumentado, concluye que las fallas reseñadas ha debido advertirlas el *ad quem* y decretar de oficio, aplicando el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, la nulidad de la escritura por objeto ilícito; por el contrario, al apreciarla y darle validez incurrió en violación medio del artículo 262 del Código de Procedimiento Civil.

Y para terminar con la justificación de este primer error denunciado, se hace un extenso análisis sobre lo que es el "desenglobe" de un predio, todo para concluir que el Registrador de Instrumentos Públicos de Tunja incurrió en error de hecho al calificar la escritura 991 como "desenglobe" para efectos del registro;

b) El artículo 262 del Código de Procedimiento Civil expresa que tienen carácter de documento público los certificados que expidan los Registradores de Instrumentos Públicos en los casos expresamente autorizados por la ley, pero considera el impugnador que en el presente asunto no hay ley que autorice abrir dos folios de matrícula sobre un mismo inmueble e inscribir unos actos en ambos (la demanda) y otros en uno solo (la

venta a un tercero), por lo tanto, tal certificación no tendrá carácter de documento público ni valor probatorio.

Opina que el *ad quem*, al sostener que no era competente para anular o declarar inválidas las inscripciones del segundo folio, no aplicó los artículos 49 y 50 del Decreto 1250 de 1970, puesto que "podía hacer las declaraciones pertinentes sobre los efectos civiles del registro irregular sin necesidad de declarar la nulidad o falsedad del mismo". Así las cosas, hace recaer el segundo error de derecho que denuncia, en que "el Tribunal incurrió en una apreciación jurídica equivocada, pues confundió el acto administrativo -refiriéndose al folio de matrícula inmobiliaria- con los efectos civiles propios del mismo". Asevera la censura que un registro hecho ilegalmente no vale como tradición, o sea como modo de transferir la propiedad, y por lo tanto, "es a la justicia civil a la que le corresponde decir esa invalidez. Otra cosa será lo que la justicia administrativa deba hacer, anulando lo mal hecho por el Notario y decretando las indemnizaciones correspondientes a cargo del Estado". En este entendido, consideró que "erró de derecho el Tribunal al apreciar la segunda matrícula inmobiliaria, la número 070-0053827, al darle valor probatorio mientras no la hubiese anulado el contencioso y al dar por válida la tradición anotada en este folio en virtud del cual el demandado enajenó a un tercero el inmueble que había adquirido por compra simulada". Aduce también, que se incurrió en error al establecer que el registro es plena prueba mientras no se demuestre su falsedad cuando el artículo 262 no menciona para nada este último fenómeno;

c) Finalmente, el último error que se le imputa al fallo de segunda instancia se hace recaer en la correlación que encontró y declaró el *ad quem* entre los dos folios de matrícula inmobiliaria, al apreciar la nota en el folio 070-0052633 según la cual con base en aquél se había abierto el 070-0053827, análisis que lo llevó a darle "valor probatorio con connotación en la tradición del inmueble al registro hecho en el folio derivado y no en el original, único con valor legal", sin tener en cuenta que dicha anotación no es obligatoria, ya que, según se afirma en la demanda, "por mandato legal en el nuevo folio de matrícula que se abra por fraccionamiento o englobamiento deberá tomarse nota del folio de donde se deriva. Pero en éste, la ley no dispone nada respecto a anotar los folios derivados, aunquando la práctica de las oficinas de registro así lo ha venido estableciendo".

Señala el personero judicial de la parte demandada que en la copia del certificado de tradición aportado inicialmente, figuran varias ventas parciales hechas por Dionisio Medina de las cuales no todas dieron lugar a apertura de nuevas matrículas, agregando que, posteriormente, cuando se aportó una nueva copia del certificado con el registro de la demanda, aparece abierto un nuevo folio que según el Tribunal se hizo con base en la escritura 991 que el registro calificó de desenglobe, pero, advierte, igualmente, que la parte no tenía cómo saber que era otra matrícula sobre la finca "La Cabaña" o que, tal como lo sostiene el fallador de instancia, la referencia hecha al nuevo folio le diera soporte legal a la validez de un registro con connotación de tradición que se hiciera en este nuevo documento, iniciado ilegalmente, pues el artículo 50 del Decreto 1250 de 1970 no permite más de un folio para el mismo inmueble, y sólo autoriza abrir nuevos en casos de "fraccionamiento o englobamiento y ninguno de los dos fenómenos se tipifica en la escritura 991 que dio lugar a la apertura del nuevo folio", apreciaciones

éstas con base en las cuales concluye que al no ser de ley ni tener valor probatorio en relación con la tradición de los inmuebles la referencia puesta en un folio original sobre la apertura de un nuevo folio, el Tribunal incurrió en error al "darle valor probatorio a esa referencia contenida en el folio original respecto de las inscripciones hechas en el derivado, para convalidar las inscripciones inválidas hechas en éste".

Además de todo lo anterior, estima el recurrente que por haber incurrido el fallador en los errores denunciados y declarar válida la tradición hecha mediante la inscripción de la venta en el folio de matrícula derivado abierto como consecuencia de la escritura de aclaración número 991, dejó de aplicar el artículo 1746 del Código Civil que regula las consecuencias de la declaración de nulidad de la donación, puesto que al no condenar a la entrega del inmueble simuladamente vendido, no cumplió con volver las cosas al estado anterior del contrato. Igualmente, manifiesta que aplicó mal el artículo 17 del Código Civil que consagra la relatividad de los fallos, ya que "al no ser válido el registro de la venta del demandado a un tercero, éste no es dueño y queda sujeto a las consecuencias del registro de la demanda, consagrado en el artículo 1521, numeral 4° del Código Civil, sustituido por el inciso tercero del literal a) del numeral 1 del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil, normas sustanciales que el Tribunal también aplicó mal al considerar que la inscripción de la demanda no le surtía efecto al adquirente del demandado por haber registrado antes su demanda (pero en un folio inválido) (...) Y si se llegare a inscribir válidamente en el folio que le corresponde, tal registro necesariamente sería posterior al registro de la demanda y quedaría cobijado con los efectos de la sentencia".

SE CONSIDERA:

1. *Bajo el entendido que los terceros de buena fe no deben experimentar menoscabo de ninguna especie por causa de la confabulación simulatoria de quienes han tomado parte en la celebración de un negocio jurídico* Nulli praejudicat dolosa simulatio, *predicaban los posglosadores del siglo XIV-, de vieja data tiene aceptado la jurisprudencia en nuestro medio que los efectos del fenómeno simulatorio nunca pueden invocarse en perjuicio de terceros adquirentes de aquella estirpe, lo que en otras palabras equivale a decir que en cuanto la declaración efectuada de modo ostensible por los agentes simuladores crea una apariencia, de ella pueden prevalerse los que de buena fe hayan contratado con dichos agentes, principio que encuentra firme soporte normativo en los artículos 1766 del Código Civil y 267 del Código de Procedimiento Civil; en verdad, "... cuando el artículo 1766 del Código Civil -ha señalado la Corte en muchas ocasiones- ordena que las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efectos contra terceros, comprende todas las convenciones simulatorias, así sean absolutas o relativas, y la norma, lejos de modificar, confirma la seguridad jurídica en que se apoya el movimiento de las transacciones, del propio modo que el efecto relativo de los contratos para las partes que se obligan, sin perjuicio de que por obra de su propia voluntad puedan crear situaciones valederas* erga omnes *al amparo de la buena fe ..." y son las cosas así, se agrega líneas adelante, "... porque la convención simuladora de un negocio jurídico cuando ninguno ha querido celebrarse o cuando se tiene en mira*

otro contrato, liga a las partes o a sus causahabientes, pero nunca redunda en daño de terceros cuya buena fe se atuvo al contrato público, precisamente por ignorar el acuerdo oculto de los simuladores para suprimir entre sí los efectos de la convención o para darle un significado diferente ..." de donde se sigue, a manera de conclusión, que tratándose de compraventa de inmuebles que cumplieron con las solemnidades legales para su validez e inscritas en el registro inmobiliario, "... y por ello un tercero que no tuvo noticia de la simulación del negocio, compró a su turno el mismo inmueble a quien aparecía como adquirente legítimo, la tacha de simulación del título de su autor no le es oponible ..." (G.J. T. CLXXII, pág. 146, reiterando el fallo de Casación Civil de 14 de enero de 1966).

En síntesis, y también son palabras muy conocidas de la Corte (cfr. G.J. Tomos, XLVII, pág. 752, LXVII, pág. 759, LXII, pág. 50 y LXXIX pág. 707, entre otras), aquellos que sin incurrir en falta dadas las circunstancias particulares de cada caso, hayan adquirido el bien, derecho o cosa que en el contrato simulado aparece como transferido, tienen sin duda derecho a invocar esa apariencia que les sirvió de base, "... como única forma de sus determinaciones ...", en la negociación, y por lo tanto deben ser amparados, no sólo porque así lo mandan los textos legales recién citados, "... sino porque así lo exige la normalidad y estabilidad económica de las transacciones a que da lugar la vida de relación en las sociedades modernas ...", luego frente a eventos concretos con características semejantes a las que ofrece la especie sub lite, *donde son los herederos de uno de los simulantes quienes entablaron la acción de prevalencia contra el otro, ciertamente la declaración judicial correspondiente descubre la realidad negocial y pone de manifiesto la falsedad o inexactitud de la apariencia creada, llegando hasta destruir entre las partes las secuelas que la misma haya traído, pero en relación con terceros de buena fe sólo acontecerá lo propio en la medida en que éstos lo quieran, toda vez que si no es eso lo que conviene mejor a sus intereses, no podrán verse entonces afectados por la aludida declaración, manteniéndose a su respecto los efectos que se creyeron producidos por el negocio simulado mientras pasó ante los ojos de todos como un acto existente, válido y dotado de plena eficacia. Y entendiendo así las cosas, en guarda de la necesaria seguridad en el tráfico jurídico y por encima de la árida lógica del sistema normativo de las ineficacias negociales en cadena, se hacen prevalecer los postulados de autorresponsabilidad y confianza, postulados éstos que llevan a sostener sin vacilación ninguna que quienes emiten declaraciones discordantes con su genuina voluntad creando por consiguiente apariencias engañosas, según la confianza que con su proceder hayan despertado en los demás atendiendo por sobre todo a los medios utilizados para la consumación de la farsa, han de responder como si ambas, declaración y voluntad, coincidieran, haciéndose efectiva esa idea general de responsabilidad jurídica de un modo simple e inmediato, a través de la inoponibilidad del concierto simulatorio a los terceros del todo ajenos a semejante inteligencia, inoponibilidad que a todas luces ilustra acerca del fundamento último que tuvo el Tribunal para adoptar en la sentencia impugnada las decisiones contra las cuales dirige ahora su ataque el recurrente en casación, estimando la ameritada providencia que al disponer la cancelación de la escritura pública 3073 de 1° de diciembre de 1983 en la que se hizo constar la venta cuya simulación halló probada, al decretar la cancelación del registro inmobiliario del cual fue objeto ese instrumento y, en fin, al ordenar la restitución de la finca "La Cabaña"*

a los demandantes en su condición de sucesores a título universal del sedicente vendedor en el mismo contrato, vendrían a resultar perjudicados por los efectos del acuerdo simulatorio demostrado, los derechos de un tercero adquirente que ni siquiera fue convocado al proceso.

2. De otra parte y como es igualmente sabido, el recurso de casación debe contar con la fundamentación adecuada para lograr los propósitos que en concreto le son inherentes y, por disponerlo así la ley, es a la propia parte recurrente a la que le toca demostrar el cabal cumplimiento de este requisito, lo que supone, además de la concurrencia de un gravamen a ella ocasionado por la providencia en cuestión, acreditar que tal perjuicio se produjo por efecto de alguno de los motivos específicos que la ley expresa, no por otros, y que entre el vicio denunciado en la censura y aquella providencia se da una precisa relación de causalidad, teniendo en cuenta que, cual lo ha reiterado con ahínco la doctrina científica, si la declaración del vicio de contenido o de forma sometido a la consideración del Tribunal de Casación no tiene injerencia esencial en la resolución jurisdiccional y ésta pudiera apoyarse en premisas no censuradas eficazmente, el recurso interpuesto carecerá entonces de la necesaria consistencia infirmatoria y tendrá que ser desechado. Y cuando de aducir la causal primera de casación se trata, por fuerza del anterior principio se ha dicho con razón que no cualquier error de juzgamiento es el que autoriza el empleo exitoso de esta vía procesal, sino que debe tratarse de un error referido a la sentencia definitiva como causa eficiente de la ilegalidad de la cual adolece, vale decir de un defecto que de manera directa repercute sobre ella determinando su sentido decisorio, requerimiento éste acerca de cuya justificación teórica y de los alcances que le son propios, la Corte tiene precisado lo siguiente: "... Para la decisión que aquí corresponde, es pertinente recordar que en el sistema colombiano (...) y en la generalidad de los que prohijan el modelo tradicional, para que el recurso extraordinario conduzca a la casación de la sentencia combatida no basta que medie una violación de norma jurídica, sino que es preciso además que tal quebranto sea la determinante de la resolución tomada en dicho fallo, que es justamente lo que la doctrina universal ha llamado la eficacia causal del error in judicando. *O sea, para expresar la idea con criterio tautológico, que es menester que la resolución impugnada esté basada en la infracción legal, es decir, que exista un nexo de causalidad entre dicha infracción y la resolución que con base en ella se toma, de tal manera que el declarar la violación pueda tener un valor y un efecto prácticos.*

Si la providencia combatida en casación, no obstante su errónea motivación jurídica, se conforma en sus disposiciones a lo que el derecho prescribe, éstas no podrán quebrarse (...). Esta relación de causalidad entre el vicio y la sentencia, estimada universalmente como presupuesto indispensable para la prosperidad de la casación, se hace más necesaria en la medida en que el recurso, como sucede en Colombia en donde no existe consagrado especialmente en interés de la ley, se concede más en función del interés privado que del público ..." (G.J. T. CLXVI, pág. 583).

En este orden de ideas, si no es tarea asignada al instituto de la casación en materia civil hacer de nuevo un examen integral del litigio, sino que por el contrario su misión es la de confrontar -según claros y precisos derroteros que debe trazar la impugnación- la correcta aplicación del derecho objetivo en el fallo (art. 365 del Código de

Procedimiento Civil), fácil es entender por qué, para cumplir con la exigencia de suficiente sustentación de la que se viene hablando, el recurrente tiene que atacar idóneamente todos los elementos; que fundan el proveimiento, explicando con vista en este último y no en otro distinto, en qué ha consistido la infracción a la ley que se le atribuye, cuál su influencia en lo dispositivo y cómo este aspecto debe variar en orden al restablecimiento de la normatividad sustancial vulnerada, lo que impone entre otras cosas de no menor importancia por cierto, que la crítica a las conclusiones decisorias de la sentencia sea completa.

En otras palabras, el recurso debe orientarse a desvirtuar con sentido objetivo de integridad la base jurídica esencial del fallo; de no hacerlo, de no hacerse cargo en forma circunstanciada de todas las apreciaciones de fondo que conforman esa base o lo que a ello equivale en últimas, si desatiende la estructura del juicio jurisdiccional discutido y se aparta de la línea argumental que inspira la solución que en derecho se le imprime a la contraversia por virtud de dicho juicio, el mencionado recurso es improcedente, improcedencia que lejos de significar uno de aquellos arcaísmos sacramentales llamados a desaparecer según recomiendan algunos a la luz del artículo 228 de la Constitución Nacional, responde a necesidades conceptuales que sin duda se identifican con la naturaleza misma que en nuestro medio el ordenamiento le reconoce al recurso de casación y sobre la cual, reiterando una vez más nociones rememoradas por la Corte en muchas ocasiones, hay conviene subrayar: "... La sentencia -explicó la Corte en Casación Civil de 4 de septiembre de 1975- es el objeto propio y exclusivo al que debe apuntar ese medio de impugnación extraordinario. Es ella la materia propia del ataque en casación, porque toda conclusión suya que no sea impugnada, es intangible para la Corte, ya que legalmente se le impone con grado de certeza, desde luego que la sentencia recurrida sube amparada con presunción de acierto, tanto en lo relativo a la aplicación del derecho sustancial, como en lo que atañe a la estimación y valoración del haz probatorio. Y como esa presunción de legalidad produce sus plenos efectos mientras no sea desvirtuada por un ataque victorioso en casación, es claro que la Corte tiene que respetar y acatar los fundamentos de la sentencia recurrida, mientras subsista la apuntada presunción de certeza, pues el recurso de casación no da nacimiento a una nueva instancia del proceso, instancia en que la Corte pudiera ad libitum *y sólo limitada por el principio de la* no reformatio in pejus, *entrar a revisar todos los temas discutidos en las instancias precedentes (...).*

El campo, pues, en que la Corte puede actuar, en que puede desenvolver su actividad jurisdiccional, es el que el censor haya delimitado expresamente en la demanda de casación. Sólo estos temas, los que el impugnante toque en su libelo, son la sujeta materia de estudio y decisión de la Corte, pues, como antes se dijo, los puntos de la sentencia recurrida que no sean combatidos por el censor, son intocables, ya que quedan protegidos por la presunción de legalidad dicha ...".

3. Pues bien, en la especie que ahora ocupa la atención de la Sala y así se desprende de la simple lectura de los extractos efectuados en los dos capítulos iniciales, la tesis impugnativa de la cual da cuenta el único cargo formulado, no obstante la seriedad de las críticas a través de ella expuestas respecto de las actuaciones de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Tunja con ocasión del registro de la escritura pública 991 otorgada el 6 de mayo de 1987 ante la Notaría Segunda de esa ciudad, resulta ineficaz.

en cuanto hace de lado, se desentiende, del esquema jurídico esencial sobre el cual se halla edificada la sentencia, desde luego en las decisiones particulares cuya infirmación el casacionista se propuso obtener.

En efecto, acogiendo el mismo punto de vista del *a quo* en relación con tales aspectos del litigio y apoyándose pautas de jurisprudencia atrás rememoradas acerca del genuino significado que tienen los artículos 1766 del Código Civil y 267 del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal, para quien valga anotarlo no pasó desapercibido en modo alguno el estado irregular de doble inscripción inmobiliaria que afecta el predio "La Cabaña", sostuvo en síntesis que sin la presencia en el proceso del tercero Alvaro Cano Riaño como parte demandada, dado su carácter probado de adquirente a título singular de quien por mérito de la maniobra simulatoria descubierta estuvo legitimado para enajenar, no era factible calificar la buena o mala fe de aquél, así como tampoco ".. emitir pronunciamiento contrario a sus intereses", todo ello en guarda por lo demás del principio que denominó, sin mayor acierto valga la verdad, "... del efecto interpartes de las sentencias civiles".

Dicho en otras palabras, la base jurídica primordial del fallo de marras, el razonamiento de derecho sobre el cual al fin y al cabo descansan las decisiones denegatorias de índole consecuencial contra las cuales se duele la censura en casación, no es la que ésta sugiere al indicar que, de no haber ocurrido los errores de derecho denunciados en la apreciación de los documentos que en los autos demuestran la titularidad del tercero Alvaro Cano Riaño, la venta realizada en favor de este último por el demandado José María Medina Montejo no habría podido tenerse por legalmente inscrita y, por lo tanto, del comprador en referencia se habría dicho que jamás fue dueño; lo que afirma de entrada el Tribunal es justamente que proveimientos de esta naturaleza no pueden realizarse sino en tanto, para quienes por fuerza de ellos hayan de resultar perjudicados, constituyan resultado de un justo proceso seguido con su audiencia y en el que se principie por establecer a cabalidad que por ser predicable de ellos la *scientia simulationis*, a la apariencia forjada como consecuencia del concierto simulatorio no les es permitido atenerse, criterio éste de incontestable trascendencia decisoria que el casacionista hizo de lado en su escrito.

De lo anterior se sigue, resumiendo, que el fundamento básico de la sentencia no fue objeto de eficaz impugnación. Y lo habría sido, valga advertirlo apenas por vía de simple hipótesis para terminar el análisis, si el recurrente, empleando la vía apropiada según el numeral 1° del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y antes de ocuparse en señalar los presuntos desaciertos de carácter probatorio que a su juicio no le permitieron percatarse al juzgador de instancia que el tercero Alvaro Cano Riaño no adquirió derecho alguno que merezca protección, hubiera dejado establecido, con la misma vehemencia exhibida para identificar los aludidos errores, que a semejante pronunciamiento con las consecuencias que desde luego le atañen, puede arribarse en un proceso en el cual el tercero de marras no fue llamado a actuar como parte. En otras palabras y por cuanto las respectivas apreciaciones del Tribunal, no desvirtuadas, han de juzgarse amparadas por la presunción de acierto y ellas le suministran firme soporte a las resoluciones impugnadas, el cargo resulta desenfocado y por eso debe ser desechado.

DECISIÓN

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia de fecha veinticinco (25) de octubre de 1990 proferida en el proceso ordinario de la referencia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

Las costas en casación son de cargo de la parte recurrente. Tásense en su oportunidad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 149

LITISCONSORCIO NECESARIO - HEREDERO / HEREDERO - LITISCONSORCIO NECESARIO

Si a la formación de un acto o contrato concurren dos o más sujetos de derecho, la resolución, disolución, nulidad, simulación o, en general, cualquier alteración o modificación del mismo no puede decretarse eficazmente en un proceso sin que todos esos sujetos hubieran sido convocados a éste. Si fallece uno de los contratantes y la acción la instaura otro de los sujetos de la relación en frente de quienes tengan la calidad de herederos, entre éstos se configura un litisconsorcio de carácter necesario. Mas, si la acción es incoada por los herederos en su calidad de tales *iure hereditario* aunque reemplacen a la parte a cuyo nombre actúan, ya el litisconsorcio no es necesario. Por tanto, no es indispensable que por activa concurran todos. Si el heredero que demanda fracasa en sus pretensiones, esa decisión sólo a él lo perjudica, y los restantes o cualquiera de ellos, puede introducir nueva demanda. Situación especial en que se halla para demandar quien siendo contratante, además es heredero del otro contratante.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Héctor Marín Naranjo.*

Santafé de Bogotá, D.C., mayo ocho (8) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Se ocupa la Corte del recurso de casación que la parte demandante interpuso contra la sentencia de segunda instancia, proferida el cinco (5) de marzo de mil novecientos noventa (1990) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro de este proceso ordinario seguido por Libardo Antonio Pabón Hernández en frente de Joaquín Honorio Montoya, Gustavo Saldarriaga Rendón y María Caridad, María Eugenia, Libia Elena, María Leticia, Susana y Sonia Pabón Gómez.

ANTECEDENTES:

Por demanda que en el reparto correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de Itagüí (Antioquia), Libardo Antonio Pabón llamó a proceso ordinario de mayor cuantía a Gustavo Saldarriaga Rendón, Joaquín Honorio Montoya, María Caridad Pabón, María Eugenia Pabón, Libia Elena Pabón, María Leticia Pabón, Susana Pabón y Sonia Luz Pabón, para que con citación y audiencia suyas se hicieran las siguientes declaratorias y condenas:

"1. Que se declare que la venta hecha por el señor Luciano Pabón Campiño a Joaquín Honorio Montoya, por medio de escritura pública número 1092 de julio 2 de 1982 cursada ante la Notaría Unica del Círculo de Itagüí, es **simulada** y en tal virtud el inmueble de que da cuenta pertenece al patrimonio relicto del primero de los mencionados.

"2. Que se condene al señor Joaquín Honorio Montoya, en virtud de la declaración anterior, a restituir el referido bien a dicho patrimonio, con sus frutos naturales y civiles desde la presentación de esta demanda.

"3. Que se disponga la cancelación de la escritura reseñada en la petición número uno, oficiando en tal sentido a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Titiribí.

"4. Que se declare que las ventas hechas por Luciano Pabón Campiño a Joaquín Honorio Montoya por medio de escritura pública número 1085 del 2 de julio de 1982 de la Notaría Unica de Itagüí; la que hizo este último a Gustavo Saldarriaga Rendón por medio de escritura pública número 3462 del 16 de agosto de 1982 de la Notaría 15 de Medellín y la venta que a su vez le hizo éste a Sonia Luz Pabón, María Caridad Pabón, María Eugenia Pabón, Libia Elena Pabón, María Leticia Pabón y Susana Pabón por medio de escritura pública número 3758 de 25 de agosto de 1982, son todas simuladas y que lo único que quería el señor Luciano Pabón Campiño era donar a estas últimas, sus hijas legítimas, vale decir que hubo simulación relativa.

"5. Que en virtud de la declaración anterior y como el verdadero acto es una donación, ésta se encuentra afectada de nulidad absoluta en la proporción señalada por el artículo 1458, ya que ella no fue insinuada, ordenándose en consecuencia las restituciones pertinentes y al patrimonio relicto del señor Luciano Pabón Campiño.

"6. Que se ordene la cancelación de las escrituras señaladas en la petición número 4 y se proceda a las anotaciones correspondientes según lo decidido sobre la donación.

"7. Que se condene a los demandados al pago de los frutos civiles desde la presentación de esta demanda.

"8. Que se condene a los demandados en este escrito al pago de las costas y agencias en derecho."

Los hechos en que fueron sustentadas las anteriores pretensiones pueden resumirse de la siguiente manera:

1. Que el señor Luciano Pabón Campiño fue casado con María Josefa Gómez Sánchez, matrimonio del cual se conocieron seis hijos legítimos: Sonia Luz, María Caridad, María Eugenia, Libia Elena, María Leticia y Susana Pabón Gómez.

2. Que el citado Pabón Campiño "tuvo relaciones sexuales con la señora María Adelfa Hernández y de dichas relaciones quedaron los siguientes hijos: Emma, Angela, Nelly, Elvia y Libardo Antonio Pabón Hernández, todos debidamente reconocidos".

3. Que el mismo Luciano Pabón, según la escritura pública número 1092, del 2 de julio de 1982, Notaría Unica del Círculo de Itagüí, dijo vender a Joaquín Honorio Montoya tres lotes de terreno situados en Armenia (Antioquia), identificados por su situación y linderos particulares; pero que tal venta fue absolutamente simulada y enderezada a "defraudar las legítimas de sus hijos extramatrimoniales".

4. Que el precio de dicha venta fue la suma de $220.000.oo, que el vendedor dijo haber recibido, de contado, a su entera satisfacción, y que, aunque en el acto notarial citado se dijo que en el mismo día de la escritura se hacía la entrega real y material de los lotes objeto de la negociación, es lo cierto que el actor y sus hermanos "han estado en posesión quieta y pacífica del bien hasta el 11 de septiembre de 1986 en que fueron desalojados previa acción reivindicatoria en su contra...".

5. Que entre los mismos Pabón y Montoya, el 2 de julio de 1982, ante la Notaría Unica de Itagüí, se celebró la compraventa de un lote de terreno situado en dicho municipio, con dos locales y una casa de habitación, comprendido dentro de los linderos que se consignan en el hecho 8: que el precio, según la escritura, fue de $600.000.oo, que el vendedor Pabón Campiño dijo haber recibido de contado el día en que se extendió la escritura.

6. Que Joaquín Honorio Montoya vendió, a su vez, este último bien a Gustavo Saldarriaga Rendón, según la escritura pública número 3462, del 15 de agosto de 1982, Notaría 15 de Medellín.

7. Que "Gustavo Saldarriaga Rendón aparece vendiendo, en agosto 25 de 1982 y según escritura pública número 3758 de la Notaría 15 de Medellín, a Sonia Luz y otras el bien señalado en el hecho 8, y por la suma de $700.000.oo que se declaran recibidos por el vendedor a la firma del documento, sin que realmente se diera la erogación..."

8. Que "las ventas enumeradas en los hechos 8 y siguientes son simulaciones relativas, siendo los señores Joaquín Honorio Montoya y Gustavo Rendón Saldarriaga simples testaferros...".

El *a quo* puso término a la primera instancia mediante sentencia que data del 14 de agosto de 1989, en un todo favorable a las pretensiones del demandante. Aquélla fue apelada por la parte demandada y el Tribunal, mediante la que hoy es objeto de censura en casación, dispuso revocar "en todas sus partes la sentencia apelada... y en su lugar se inhibe para hacer un pronunciamiento de fondo respecto del aspecto jurídico controvertido en este juicio".

La sentencia del Tribunal

Luego de transcribir la decisión de primera instancia y los hechos de la demanda, el Tribunal, en el aparte de las consideraciones, empieza por reseñar la finalidad de la acción promovida, según "se deduce -dice- de una lectura detenida del libelo genitor".

Sostiene, entonces, que la acción exigía "demandar a todas las personas que hubieran intervenido en los actos atacados de simulación", puesto que, agrega un poco después, "sin la presencia procesal de todos los involucrados en los contratos atacados, no puede darse ninguna decisión de fondo, ya que para este evento, así como para el de la nulidad contractual, existe litisconsorcio necesario".

Sentada la anterior premisa, y orientado hacia el caso de autos, observa que, aunque la parte demandante dirigió la acción frente a algunos de los hijos de Luciano Pabón, partícipe que fue de la simulación, no la promovió "... en contra de los citados, en su condición de herederos y representantes de aquél, tal como lo corroboró a fls. 29 del cuaderno principal de manera categórica al expresar que '... no demando a las citadas personas como herederas...', sino que lo hizo en razón de que dichas personas jugaron un papel protagónico en los contratos respecto de los cuales se endilga simulación, dejando así por fuera a una de las partes que forzosamente tenía que haber sido demandada y que por haber fallecido, estaría representada por sus herederos determinados o indeterminados, quienes derivan sus derechos directamente del causante".

La anterior, que pudiera ser la otra premisa de su argumentación, la refuerza con dos jurisprudencias de la Corte que, en su sentir, conciernen al tema, para concluir con que "la falta de litisconsorcio necesario que por pasiva se ha evidenciado en el plenario, determina la necesidad de proferir sentencia inhibitoria y no de mérito como lo hizo el *a quo*.

La demanda de casación

Dos cargos, ambos con base en la causal primera del artículo 368 del C. de P.C., uno por la vía directa y otro por la indirecta, se dirigen en ella en contra de la sentencia acabada de compendiar. La Sala circunscribirá su análisis al segundo por encontrarlo destinado a prosperar.

Cargo segundo

Se le imputa a él en la sentencia la aplicación indebida del artículo 83 del C. de P.C., y la falta de aplicación de los artículos 52 y 392 del C. de P.C., y 1008 inciso 2º, 1010, 1011, 1013, 1046, 1050, 1155, 1240, 1298, 1443, 1458, 1618, 1740, 1741 y 1766 del C.C., como consecuencia de manifiesto error de hecho cometido en la apreciación de la demanda.

Al emprender la tarea de la demostración del error, manifiesta el recurrente que el Tribunal no observó la demanda, principalmente las peticiones, pues allí el actor solicitó que las declaraciones se hiciesen en favor de la sucesión. Que este aserto se ve corroborado por el texto de los poderes conferidos. Y que el olvido de tan claras manifestaciones condujo al Tribunal, forzosamente, a ver al demandante "como un tercero absoluto", accionando no como continuador de la personalidad de Luciano

Pabón Campiño, "sino por la lesión de un derecho conferido por la ley". Agrega entonces que "aquí se esgrime la calidad de heredero y la lesión del derecho para poder legitimar la acción como tercero. En el real supuesto de la demanda -aclara- se esgrime la calidad de heredero a fin de que se le pueda tener como continuador de la personalidad fallecida y proceder a reconstituir así el patrimonio de su causante".

Agrega que cuando el Tribunal sostiene que se ha debido demandar a todas las personas que intervinieron en todos los actos atacados de simulación porque existe un litisconsorcio necesario, "por el error cometido se echa de menos una parte que realmente está actuando y que está siendo representada por mi mandante". Que, en verdad, no son los herederos los que están siendo demandados, sino que son éstos, en cabeza del recurrente y en representación del causante, los que demandan a quienes con él intervinieron en las negociaciones.

Remata con el siguiente concepto:

"Ciertamente a la parte fallecida la representan los herederos y no es otra la circunstancia de esta litis: está siendo representada y por activa por el señor Libardo Antonio Pabón Hernández. Si los demás representantes hubieran querido intervenir en la contienda y como sucesores de tal personalidad lo hubieran podido hacer como demandantes y desde la preceptiva del artículo 52 del C. de P. C. pues sí en tal calidad, es decir, como representantes del causante lo hubieran hecho desde el extremo opuesto el absurdo jurídico hubiera sido obvio.

"Por esa apreciación incorrecta de la demanda el Tribunal no reparó en que la parte que echaba de menos era precisamente la que demandaba siendo por tanto parte activa y no pasiva".

La parte final del cargo la dedica el recurrente a señalar la trascendencia del error denunciado en el cargo.

SE CONSIDERA:

1. *Para el Tribunal, como se ha visto, la ejercitada es una acción de simulación "con respecto a los contratos de compraventa singularizados en los hechos de la demanda (que) celebró el fallecido Luciano Pabón con Joaquín Honorio Montoya, y éste con Gustavo Saldarriaga Rendón, de quien son causahabientes por acto entre vivos atacado de igual número, los hermanos Pabón Gómez aquí demandados", concepto que dedujo de "una lectura detenida del libelo genitor. . .".*

2. *Si el Tribunal vio lo anterior, del mismo modo ha debido ver que, en las pretensiones, con toda nitidez, lo solicitado era en pro del "patrimonio relicto del señor Luciano Pabón Campiño. También ha debido ver que la demanda la introdujo Libardo Antonio Pabón, "de calidades civiles, domicilio y residencia como queda dicho en el poder que se adjunta...", o sea, "... como heredero de Luciano Pabón Campiño y para (su) la herencia...".*

Si el sentenciador se detiene a observar los anteriores aspectos de la demanda y de los poderes anexos, habría llegado a una conclusión diametralmente diferente a la que adoptó.

3. *En efecto:*

Es cierto que, como lo han dicho jurisprudencia y doctrina, si a la formación de un acto o contrato concurren dos o más sujetos de derecho, la resolución, la disolución, la nulidad, la simulación, o, en general, cualquier alteración o modificación del mismo no podría decretarse eficazmente en un proceso sin que todos esos sujetos hubieran sido convocados a éste.

Sin embargo, ante el fallecimiento de uno de esos sujetos es necesario distinguir dos situaciones, que tienen, por supuesto, como común denominador la ocupación por parte de los herederos del lugar a que aquel sujeto tenía en la convención.

3.1. *Así, la acción la instaura otro de los sujetos de la relación en frente de esos herederos, entre estos se configura un litisconsorcio de carácter necesario. De ahí que la Corte, en una de las sentencias citadas por el* ad quem *-más con un equivocado entendimiento de la misma- hubiese dicho, reiterando invariable doctrina al respecto, que "... si fallece una de las partes que intervino en el contrato, para que el proceso en que se ventile una de tales pretensiones pueda culminar con una decisión de fondo, será indispensable que a él se vinculen todos los signatarios a título universal del contratante muerto, o sea sus herederos.* Como éstos, en el caso de ser demandados son litisconsortes necesarios, *la ausencia de unos de ellos hace imposible un pronunciamiento de fondo sobre el litigio en que se controvierta la convención celebrada por el causante..." (Cas. Civ. 29 de septiembre de 1984).*

3.2. *Mas si la acción es incoada por los herederos, en su calidad de tales, es decir,* iure hereditario, *aunque reemplacen a la parte a cuyo nombre actúen, ya el litisconsorcio no será necesario. Es decir, ya no será indispensable que, por activa, concurran todos al proceso. A este respecto, también ha dicho la Corte:*

"La muerte de una persona da origen a que sobre los bienes que integran el patrimonio herencial se forme una comunidad universal, en virtud de la cual todos los herederos son titulares del derecho de herencia en todos y cada uno de los bienes que forman dicha universalidad y por una cuota equivalente a su respectivo derecho. En razón de la titularidad ver universitatem *que tienen todos los herederos en la masa hereditaria, ellos forman un consorcio pasivo y necesario para responder de las acciones que tiendan a sustraer bienes que pertenecen al patrimonio sucesoral.* En cambio, por activa, cada heredero, en razón de suceder al causante en todos sus derechos y obligaciones transmisibles (art. 1008 del Código Civil), y de la representación del causante en tales derechos y obligaciones (art. 1155 ibídem), puede demandar para todos los herederos a los cuales aprovecha lo favorable de la decisión, y perjudicará solamente al demandante lo desfavorable de ella" *(CXVI, pág. 123).*

El aparte que se deja destacado merece un corolario: Un heredero que ha demandado puede fracasar en sus pretensiones. Como tal decisión sólo a él perjudica, los restantes o cualquiera de ellos, siempre podrían introducir nueva demanda y alcanzar, obviamente, una decisión favorable que redundará en beneficio de todos.

4. *En el anterior orden de ideas, en la especie de esta litis no resultaba indispensable que al proceso concurrieran a demandar la simulación todos los*

herederos del señor Luciano Pabón Campiño. Cualquiera de ellos contaba con la legitimación suficiente para hacerlo y, de hecho, eso fue lo que sucedió.

Tampoco era pertinente que se demandase a los herederos no demandantes porque, dentro del proceso, la posición del causante -sujeto de las relaciones contractuales tildadas de simuladas-, ya había sido asumida cabalmente por quien ejercitó la acción respectiva para su sucesión.

5. Pero viendo las cosas con mayor aproximación, es posible -como en este caso es palpable- que en ciertas personas milite la doble calidad de herederos de uno de los sujetos de la relación y de sujetos de la misma.

En frente de una situación de tal naturaleza, se hace necesario desdoblar esas dos condiciones para que las referidas personas se citen al proceso, no como herederas -calidad ésta que ya ostenta quien ha promovido la demanda-, sino como partícipes (en primera línea) del negocio cuya declaratoria de simulación (o de nulidad, etc.) se pide. De otro modo, se caería en un insuperable círculo vicioso porque al sostener que esos herederos y contratantes tienen que ser convocados bajo la primera condición, se estaría dando a comprender que (como continuadores de la personalidad del de cujus *se tienen que demandar a sí mismos. Pero ahí no pararía la aberración, puesto que al demandárseles en tal calidad, aparecerían, cuando menos, preteridos como el otro término de la relación jurídica judicialmente puesta en tela de juicio. Es decir, lo que en realidad les imprime su legitimación en la causa por pasiva quedaría subsumido o desdibujado por un aspecto o distintivo que, para la finalidad propia del debate, esencialmente no les corresponde: cuando un heredero asume la condición de demandante para la herencia, no es forzoso convocar a los coherederos en esta calidad para que figuren como sujetos pasivos de la pretensión. Todo, sin perjuicio de que tales coherederos,* motu proprio *puedan intervenir para adyuvar a cualquiera de las partes.*

6. De ahí, pues, que, conforme se anticipó, en el caso *sub judice* anduviera desacertado el Tribunal cuando estimó que el actor Pabón Hernández debía demandar a las hermanas Pabón Gómez, no sólo como copartícipes de una de las negociaciones tenidas como simuladas, sino también como herederas de Luciano Pabón, en su sentir única forma de integrar el contradictorio para abrirle camino a una decisión de mérito.

El error, que es evidente, estribó, como igualmente se anotó, en no ver en la demanda y en los poderes anexos, que el actor promovió el proceso como heredero de Luciano Pabón Campiño y para la herencia del mismo, y que las restituciones correspondientes no las pidió para sí sino para el patrimonio relicto del causante mismo y contra los demandados a título personal como copartícipes de los negocios tachados de simulados. Ese error lo condujo a inhibirse para proveer en el fondo, con lo cual, vulneró las normas sustanciales mencionadas en el cargo, en particular los artículos 83 del C. de P.C. y 1766 del C.C.

Por lo tanto, habrá de casarse su fallo.

Mas antes de tomar la resolución que sustitutivamente corresponda, la Sala, con apoyo en el inciso 2º del artículo 375 del C. de P.C., de oficio, decretará la práctica de algunas pruebas.

DECISIÓN

En virtud de lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, Casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el día cinco de marzo de mil novecientos noventa (1990), dentro de este proceso ordinario instaurado por Libardo Antonio Pabón Hernández en frente de Joaquín Honorio Montoya y otros.

Antes de proferir sentencia sustitutiva, decrétase la práctica de las siguientes pruebas, para lo cual se señala un término de cuarenta (40) días:

Se dispone que los peritos Carlos David Correa Escobar y Gonzalo Vélez Parra avalúen los frutos que pudo producir el lote de Armenia (Ant.) "en donde están sembradas las matas de plátano y los palos de café"; los de "la casa situada en Armenia en la calle Uribe Uribe que tiene el número 6-112"; y los de "el beneficiadero de café, con sus accesorios", levantado en el mismo inmueble, todo desde el diez (10) de noviembre de 1986, hasta la época presente.

Se dispone, igualmente, que los mencionados peritos, discriminen, justipreciándolos, los frutos producidos o que hubiera podido producir desde el 10 de noviembre de 1986, el inmueble a que se refiere, a más de otras, la escritura pública número 1085 del 2 de julio de 1982 de la Notaría Unica de Itagüí, situado en la ciudad de Itagüí, entre los que corresponderían a seis (6) cuotas de dominio por valor, cada una de dos mil pesos ($2.000.oo), y los que corresponderían al exceso de esas seis (6) cuotas de dominio.

A fin de que les notifique esta determinación a los señores peritos y les reciba la ampliación del dictamen, en un término de diez (10) días, se comisiona al señor Juez Primero Civil del Circuito de Itagüí (Ant.).

Si por alguna causa no fuere posible que los citados peritos rindan el informe que aquí se ordena, queda facultado el Juzgado para designar otros auxiliares, darles posesión y recibirles -en el término ya indicado- nuevo dictamen por los conceptos ya mencionados.

En todo caso, los peritos, para la discriminación dispuesta en segundo lugar, deberán ceñirse al cálculo de los frutos que ya obra en autos.

Recibida por el *a quo* la actuación respectiva, la remitirá a la Corte para que aquí se continúe con la tramitación pertinente.

Por tratarse de la práctica de pruebas, se señala un término de treinta (30) días para el cumplimiento de la comisión.

Sin costas en el recurso de casación.

Cópiese y notifíquese

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 150

ESTADO CIVIL - PRUEBA / SUCESION - HEREDERO - PRUEBA

Se demuestra tan sólo con los medios de convicción que el legislador señala. El testamento no es prueba adecuada para demostrar el parentesco. Imposibilidad de identificar el estado civil con la calidad que exige la ley para establecer una determinada relación jurídica. Diferencias entre el estado civil de una persona y la calidad de heredero. Igualmente, difieren en cuanto a la prueba: El estado civil, con copia de la correspondiente partida o folio, o certificado expedido con base en las mismas y la calidad de heredero con copia de la providencia judicial que así lo declara.

CASACION - TÉCNICA

Si la censura opta por impugnar la sentencia del Tribunal por quebranto directo de normas sustanciales, forzoso le es en la demostración del quebranto que denuncia, expresar absoluta conformidad con la estimación fáctica que del asunto estructuró el sentenciador, dado que los ataques de violación de las normas materiales, como consecuencia de errada estimación de los hechos, exige la denuncia a través de equivocadas estimaciones en el campo de las pruebas, sea por errores evidentes de hecho, o por mal entendimiento de los preceptos de índole probativa.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Eduardo García Sarmiento.*

Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Decídese el recurso de casación que el demandante José Moisés Díaz Cristancho interpuso contra la sentencia de 31 de agosto de 1990 pronunciada por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario instaurado por el demandante frente a María Oliva Sierra, Rafel Antonio Sierra, Juan de Jesús Sierra, Gabrielina Sierra, Dominga Sierra, María de Jesús Cárdenas, Luisa Freyle, Blanca Díaz, Isabel Chacón, Joselyn Cendales Cortés, Blanca Cecilia Sierra y a la Parroquia de Guachetá.

I. Antecedentes

1. José Moisés Díaz Cristancho, antes José Moisés Cristancho, mediante procurador para pleitos, en escrito presentado el 9 de julio de 1986, llamó a juicio a María Oliva Sierra, Rafael Antonio Sierra, Juan de Jesús Sierra, Gabrielina Sierra, Dominga Sierra, María de Jesús Cárdenas, Luis Freyle, Blanca Díaz, Isabel Chacón y Blanca Cecilia Sierra "en su condición de herederos y legatarios tal y conforme hubo de reconocérseles dentro del proceso sucesorio de Rafael Díaz, que cursa actualmente en el Juzgado Civil del Circuito de Ubaté", así como a Joselín Cendales Cortés como albacea con tenencia de bienes, y por corrección del 26 de julio de 1988 a la Parroquia de Guachetá, a fin de que previos los trámites del procedimiento ordinario de mayor cuantía se pronunciaran estas decisiones:

"PRIMERA. Sírvase decretar la Reforma o modificación del Testamento Abierto que contiene la escritura pública número 243 de fecha 21 de mayo de 1984, otorgado por el señor Rafael Díaz en la Notaría Primera del Circuito de Ubaté (Cundinamarca).

"SEGUNDA. Como consecuencia de la reforma testamentaria impetrada, ruego a su señoría se sirva disponer que a mi representado, antes Jose Moisés Cristancho hoy José Moisés Díaz Cristancho, en su condición de hijo extramatrimonial reconocido por testamento, del señor Rafael Díaz (q.e.p.d.) tiene derecho a que se le asigne, dentro del testamento que contiene la escritura 243, antes mencionada, de todos los bienes relictos del preciado causante, su correspondiente legítima, como también lo concerniente a la Cuarta de Mejoras, por ser heredero forzoso, legitimario y descendiente del *de cujus*.

"TERCERA. En virtud de las declaraciones que anteceden, ordenar que se modifique el testamento contenido en la escritura pública número 243 de fecha 21 de mayo de 1984, Notaría Primera de Ubaté, otorgado por Rafael Díaz así; en su clausula *cuarta*, determinando que mi representado José Moisés Díaz Cristancho antes José Moisés Cristancho o José Cristancho, sí tiene la condición jurídica de legitimario y como tal heredero forzoso (sic) del preciado testador, en su cláusula *séptima* determinando que los legados allí instituidos por el testador Rafael Díaz, se pagarán a favor de los legatarios María Oliva Sierra, Rafael Antonio Sierra, Juan de Jesús Sierra, Gabrielina Sierra, Dominga Sierra, María de Jesús Cárdenas, Luisa Freyle, Blanca Díaz, Isabel Chacón, Blanca Cecilia Sierra y José Cristancho o José Moisés Cristancho hoy José Moisés Díaz Cristancho, proporcionalmente de los bienes relictos que sobraren, una vez con ellos se haya cubierto en su totalidad la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras.

"CUARTA. Sírvase disponer que el trabajo de partición y la respectiva adjudicación de bienes que se efectúe, dentro del proceso sucesorio de Rafael Díaz, que cursa en su Despacho, teniendo en cuenta la cláusula séptima del testamento sin las reformas aquí incoadas, carece de valor en forma absoluta por ser contrario a la ley.

"QUINTA. Sírvase ordenar, como consecuencia de la anterior determinación, que el trabajo de partición y la concerniente adjudicación de bienes que haya de efectuarse dentro del proceso sucesorio testado de Rafael Díaz, debe ceñirse a las reformas y modificaciones impetradas en las peticiones primera, segunda y tercera de este libelo.

"SEXTA. Sírvase oficiar al señor Notario Primero de Ubaté, para que corrija o modifique la escritura número 243 de fecha mayo 21 de 1984, que contiene el testamento

otorgado por el causante Rafael Díaz, específicamente en lo relacionado a las cláusulas cuarta y séptima, según la petición tercera de esta demanda.

"SEPTIMA. Sírvase condenar en costas a los demandados" (fl. 14 C. 1).

2. Las pretensiones se apoyaron en los hechos que así se compendian:

a) Rafael Díaz otorgó testamento abierto por escritura 243 de 21 de mayo de 1984 en la Notaría 1ª del Círculo de Ubaté;

b) En la cláusula cuarta del texto de dicha escritura, manifestó el testador que no tenía herederos forzosos a quienes la ley les asignara la calidad de legitimarios. Pero en la cláusula tercera reconoció como a hijos naturales (sic), hoy extramatrimoniales, a varias personas, entre ellas al demandante;

c) Conforme a ese reconocimiento el actor es legitimario y heredero forzoso como descendiente del autor y, por eso, es equívoca la afirmación de la cláusula cuarta, por lo que debe corregirse pues si hay legitimario heredero forzoso;

d) Si existe legitimario o heredero forzoso de Rafael Díaz, la herencia deferida por su muerte el 29 de octubre de 1985 en Guachetá, integrada por todos los bienes relictos, por haber sido célibe, se divide en cuatro partes: dos cuartas para la mitad legitimaria, una cuarta a las mejoras y la otra cuarta a libre disposición;

e) Si el causante tenía legitimarios, como lo es el demandante, no podía legar todos sus bienes a las personas indicadas en la cláusula séptima, pues jurídicamente solamente podía hacer legados imputables a una cuarta parte de los bienes, o sea sin menoscabar la mitad legitimaria ni la cuarta de mejoras;

f) Como los legados a que se refiere la cláusula séptima son "todos los bienes relictos" del causante, debe reformarse esa disposición por ser contraria a la ley porque "los bienes materia de los legados no pueden incluir a aquéllos que conforman la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras";

g) Para respetar la voluntad del testador, los legados deben cubrirse proporcionalmente con una cuarta parte de los bienes "o sea la cuarta de libre disposición";

h) El proceso de sucesión de Rafael Díaz cursa en el Juzgado Civil del Circuito de Ubaté y en él se reconocieron tanto al demandante como a los demandados, proceso que se adelanta como sucesión testamentaria conforme al precitado testamento y desde luego con los errores o equívocos de las cláusulas cuarta y séptima, por lo que "es factible el yerro al hacer la partición y adjudicación de los bienes relictos". Por eso es necesario ordenar que el trabajo de partición se haga teniendo en cuenta las reformas pedidas en la demanda, pretensiones que tiene derecho a formular el demandante por ser heredero forzoso y legitimario de Rafael Díaz como hijo extramatrimonial reconocido, ya que el testamento violó las normas jurídicas que le otorgan su derecho a la legítima y a mejoras.

3. Admitida la demanda, se ordenó correrla en traslado a los demandados quienes la respondieron en esta forma:

Rafael Antonio Sierra, María Oliva Sierra, Juan de Dios Sierra, María de Jesús Cárdenas, Dominga Sierra y Gabrielina Sierra de Mojica se opusieron a las pretensiones,

notando que el demandante no sustenta la primera en ninguna razón valedera según el artículo 1274 del Código Civil. Admitieron como ciertos los hechos primero, segundo, ya que Oliva Sierra, Gabrielina Sierra de Mojica y Juan de Jesús Sierra son hijos extramatrimoniales del causante quien los reconoció precisamente en el testamento y tienen por eso la calidad de legitimarios, así el testador les haya dado otra denominación. Admitieron el tercero; observaron al cuarto que no es un hecho sino una apreciación de derecho y que el único legitimario no es el demandante, pues lo son también los demandados. Admitieron el octavo, el noveno y el decimoprimero. Negaron el quinto, el sexto y el séptimo y el décimo que no es un hecho sino una solicitud improcedente como que en el sucesorio no se ha hecho la partición.

Propusieron como excepciones de fondo las que denominaron *indebida petición*, toda vez que el actor pretende que por haber dicho el causante que no dejaba herederos forzosos a quienes la ley les asigne el carácter de legitimarios y a los instituidos siendo legitimarios se les llame legatarios, se requiere reformar el testamento, pues de acuerdo con el artículo 1274 del Código Civil la pretensión de reforma la tienen los legitimarios a quienes el testador no les haya dejado lo que les corresponde legalmente. El caso se puede interpretar según el artículo 1276 como una preterición.

La de inadecuada pretensión, en cuanto se solicita la reforma como si el demandante fuera el único legitimario, aspirando a que se diga que le corresponde la totalidad de la mitad legitimaria y la totalidad de la cuarta de mejoras, cuando si los demandados son también legitimarios tienen derecho a esas partes de la herencia. Luego si las pretensiones prosperaren la partición tendrá que hacerse reconociendo a todos los legitimarios.

El demandado Joselyn Cendales Cortés respondió que se remitía a los elementos de juicio que se aportaren a la causa; admitió como ciertos los hechos primero, segundo, octavo y noveno. A los otros dijo que no se trataba de hechos y que se remitía a la liquidación y a lo que resolviera el Juzgado, advirtiendo al décimo que la partición no se había hecho.

La demandada Isabel Chacón Parra respondió como lo hicieron los demandados primeramente citados y alegó las mismas excepciones.

Las demandadas Nila, Luis, Nohemí del Sagrado Corazón, a Freyle Díaz y Blanca Díaz Miranda respondieron también como lo hicieron los primeros demandados y dijeron coadyuvar las excepciones por ellos propuestas.

La demandada Blanca Celina Díaz Sierra manifestó allanarse a la demanda admitiendo las pretensiones y aceptando todos los hechos. Por ello no alegó excepciones de ninguna índole.

La Parroquia de Guachetá respondió que los hechos debían demostrarse plenamente y en cuanto a las pretensiones que se atenía a lo que resultara demostrado indudablemente.

4. La primera instancia culminó con la sentencia del 8 de junio de 1989, por la cual el Juzgado Civil del Circuito de Ubaté declaró probadas las excepciones alegadas por los demandados, "que al demandante no se le ha menoscabado su legítima rigurosa" por lo que denegó las pretensiones y lo condenó en costas.

Apelado el pronunciamiento por la parte demandante, el Tribunal lo confirmó con el suyo del 31 de agosto de 1990.

II. APOYOS Y FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

5. El Tribunal en sus consideraciones aborda el asunto afirmando que son presupuestos de la pretensión de reforma del testamento, la preexistencia de un acto de esa naturaleza o de donaciones revocables bajo la forma del testamento: la muerte del testador, porque a partir de ese momento el testamento produce efectos y la existencia de una herencia, pues si se presume que existe la herencia del causante es necesario demostrar patrimonialmente la violación del derecho.

Titulares de la pretensión son quienes tienen derecho a la legítima, a la mejora o a la porción conyugal y se dirige contra quienes fueron favorecidos en el testamento que desconoció el derecho del actor, presupuestos que encontró cumplidos.

La causa de la pretensión es el desconocimiento de la legítima, de la mejora o de la porción conyugal, al tenor del artículo 1274 del Código Civil. Citando doctrina de eminente tratadista, reitera el fallador que la prosperidad de la reforma del testamento estriba en que la fuente del derecho invocado sea la ley; que ese derecho sea el de legítima, de mejora o la porción conyugal; por supuesto que se tenga derecho a ello; que "exista la intención manifiesta e inequívoca de desconocer los mencionados derechos, que es el exacto sentido de la expresión: 'El testador no haya dejado'", pues si esa intención no aparece "lo que puede presentarse es una preterición" o un olvido o ignorancia de algo que se pasó por alto' que exista una afectación patrimonial de las legítimas, de las mejoras o de la porción conyugal.

Se está indiscutiblemente, agrega el *ad quem*, ante una reforma de testamento, "que corresponde a la llamada sucesión mixta, porque conforme al acta de inventarios y avalúos no todos los bienes que conforman el acervo sucesoral" "fueron objeto de la disposición testamentaria, siendo aquellos que no lo fueron materia de las reglas de la sucesión intestada".

6. Tras encontrar cumplidos los presupuestos de la pretensión de reforma, concluyó empero que lo pedido en la demanda no podía prosperar, porque las calidades de legitimarios en el demandante y en los demandados "se las otorga la ley en virtud del parentesco con el causante reconocido por el mismo, mediante acto idóneo contenido en el testamento, el cual una vez producido no es susceptible de revocación". De modo que el derecho a recibir legítima y mejoras concurre en demandante y demandados. Si el testamento establece legados a algunos legitimarios y a otras personas que no lo son, si la asignación de algunos de esos "legados es insuficiente respecto de la legítima a que cada uno de ellos tiene derecho, ello constituye solamente una preterición en la disposición testamentaria, razón por la cual no procede la reforma del testamento, sino que será el trabajo de partición el que subsanará tal irregularidad acudiendo para complementar tales legítimas a los bienes no testados". Es decir, precisa el juzgador, que el objeto del testamento no es la adjudicación de la calidad de legitimario ni de heredero forzoso y por eso no es reformable el testamento. El derecho a percibir legítimas y mejoras por la calidad de hijo extramatrimonial reconocido en el testamento, es facultad

otorgada tambien por la ley. pudiendo el testamento disponer la manera de imputar las especies a las legítimas y a las mejoras, pero no es el que otorga el derecho a adquirirlas.

La solicitud de que se ordene que los legados establecidos en la cláusula séptima del testamento se paguen con los bienes relictos que sobraren una vez cubiertas la legítima y la cuarta de mejoras, le sirve al Tribunal para aludir a párrafos de ilustre tratadista de sucesiones en relación con imputaciones a legítimas ordenadas por la ley y los legados hechos al legitimario, dado que el testador teniendo que respetar las legítimas, para el asignatario la imputación es ineludible por el valor que a los bienes se les dé pericialmente, así como si el legado se establece con modalidades no siendo susceptible la legítima de éstas, su valor será el que resulte descontado el gravamen. Así mismo si el legado es inferior a la legítima, el legitimario tiene derecho a que se le complete y si aquél fuere superior debe restituir el exceso a la herencia, pero el legitimario no puede rechazar el legado o la donación para obligar a los demás asignatarios a que le cambien las especies o le den su valor en dinero (art. 1264-1).

De las demás pretensiones advirtió el Tribunal que como son consecuenciales de las estudiadas, tampoco pueden prosperar. Dijo finalmente que la complementación de las legítimas rigurosas que pudieren ser afectadas en su cuantía por el testamento, deberán completarse con la parte de los bienes no testados, a los cuales accederán todos los legitimarios por partes iguales conforme a las reglas de la sucesión intestada. De modo que los legados determinados en el testamento se adjudicarán conforme a lo dicho, respetando la voluntad del causante y las reglas del Código Civil.

III. La demanda de casación

Dos cargos le formula el demandante a la sentencia, ambos dentro del ámbito de la causal primera, que se resuelven en el orden propuesto.

Cargo primero

Acúsase la sentencia de quebrantar indirectamente, a causa de errores de derecho en la valoración probatoria, por falta de aplicación los artículos 1274, 1275, 1277, 1239, 1243, 1250, 1226 del C.C., 9° de la Ley 29 de 1982, 23 de la Ley 45 de 1936 y directamente los artículos 53, 101, 102, 105 y 106 del Decreto 1260 de 1970, 175, 187 y 251 del C. de P.C.

7. Bajo el título el *error* y su demostración, el impugnante afirma que equivocadamente el *ad quem* consideró que los demandados María Oliva Sierra, Rafael Antonio Sierra, Juan de Jesús Sierra, Gabrielina Sierra, Isabel Chacón y Blanca Celina Sierra son también legitimarios del causante Rafael Díaz, o que lo habían demostrado con el reconocimiento que de hijos extramatrimoniales se les hizo en la cláusula *tercera* del testamento, pero no se percató que dicho reconocimiento no constituye por sí solo la prueba del respectivo estado civil y menos si el mismo testador en la cláusula cuarta manifestó que no tenía herederos forzosos a quienes la ley diera el carácter de legitimarios. En efecto, continúa la objeción, para demostrar válidamente el parentesco es indispensable cumplir los requisitos del artículo 53 del Decreto 1260 de 1970 -que la censura transcribe- debiendo constar en el acta de registro si es hijo natural reconocido. Unese lo que prescriben los artículos 101, 102 y 105 de dicho estatuto

respecto al modo de probar los actos relacionados con el estado civil con posterioridad a la Ley 92 de 1938, cual es la copia o el certificado expedidos por la autoridad competente con las formalidades pertinentes, pero no el testamento. De ahí que si el Tribunal, argumental el censor, consideró que la calidad de legitimario o la condición de parentesco de los demandados respecto del causante se acreditaba con el testamento, cometió manifiesto error de derecho en la valoración de la prueba, pues no es esa escritura pública la idónea para demostrar el estado civil, conforme a las precitadas reglas del Decreto 1260.

8. En error de derecho cayó el *ad quem*, prosiguió la impugnación, al invocar las actas de nacimiento expedidas por el Alcalde de Guachetá para tener por demostrado el parentesco de los demandados con el causante Rafael Díaz, que se ven en los folios 27, 28, 29, 30 y 61 del cuaderno 4 o principal, pues allí "no figuran con el apellido *Díaz*, tal y conforme lo ordena inequivocamente el artículo 53 del Decreto 1260 de 1970, sino con el apellido de la madre, o sea *Sierra* (destacado), lo cual indica que siguen figurando como hijos extramatrimoniales sin que les cobije probatoriamente los efectos del reconocimiento, para acreditar así el parentesco frente al causante".

9. Igual es la situación, agrega la impugnación, en el reconocimiento hecho en el proceso de sucesión de Rafael Díaz, porque allí se tuvo también en cuenta de manera errónea la memoria testamentaria para demostrar el parentesco, como aparece del ordinal 5° del auto de 27 de enero de 1986 (fl. 2 c. principal), del inciso segundo del auto de 3 de marzo de ese año (fl. 5 c. principal) y del inciso final de la misma providencia, actos en que se reconoce la calidad de herederos de Rafael Díaz a personas con apellido *Sierra*.

10. El error de derecho entonces consistió en dar por demostrado el parentesco con apoyo en pruebas que no son las legalmente idóneas.

Al confirmar el Tribunal íntegramente lo resuelto por el *a quo*, prohijó la equivocación de tener por demostrada la calidad de "hijos o legitimarios" de los demandados respecto del causante Díaz con base en el testamento.

El error de valoración probatoria referido, llevó además al fallador a deducir que el demandante no fue afectado en su legítima ni en su cuarta de mejoras, cuando en la cláusula séptima el testador dispuso "de la mayoría de sus bienes para cubrir unos legados", razón torticera que condujo a negar la reforma suplicada.

Al no demostrar los demandados que son hijos extramatrimoniales de Rafael Díaz, como se ha hecho ver, hay que seguir teniéndolos como legatarios, como en la precitada cláusula lo dispuso el testador y, en esa forma, sus legados afectan la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras, por lo que es necesaria la reforma impetrada, máxime si se tienen en cuenta los valores de las partidas descritas en el acta de inventarios (fls. 113 a 120 c. principal). El recurrente copia al efecto los legados y sus valores para deducir que si el patrimonio herencial líquido, según dichos inventarios, vale $26.525.000.oo, la mitad legitimaria es de $13.262.500.oo y la cuarta de mejoras de $6.631.250.oo, resultando la legítima efectiva en $19.893.750.oo. Por lo tanto, como el demandante es el único que ha pedido la reforma y el único que probó su calidad de legitimario (fl. 11 c. principal), de aplicar el testamento los legados afectan su derecho de legitimario. Por eso la reforma

tiene que ordenarse, habiendo sido el error de derecho denunciado el que le impidió al Tribunal ordenarla.

Se ocupa luego la censura de demostrar la evidencia del error, para lo cual copia los párrafos que estimó pertinentes del fallo censurado, en los que el juzgador estimó que tanto demandante como demandados tienen la calidad de legitimarios que les otorga la ley en virtud del parentesco con el causante, reconocido por él mismo en el testamento, estimación basada equivocadamente en el acto testamentario y contraria a los preceptos de ley, artículo 53 del Decreto 1260 de 1970 y 105 del mismo estatuto.

La equivocación de tener a los demandados como parientes del causante con base en el testamento, determinó que el Tribunal acogiera la doctrina del tratadista Hernando Carrizosa Pardo, que en la sentencia se transcribe, y aceptar así que no apareciendo prueba en otro sentido lo dejado gratuitamente a los legitimarios debe imputarse primero a sus legítimas, siendo así que si no demostraron el parentesco, como se vio, son meros legatarios y si solamente legitimario es el demandante, la doctrina aceptada lesiona su derecho hereditario.

Pasa enseguida la objeción a precisar el quebranto de las normas materiales arriba enunciadas, así como el de las reglas señaladas como medios de quebranto, para aludir después a la trascendencia del error de derecho y concluir señalando el alcance que pretende con la censura.

Consideraciones de la Corte

El recurrente le achaca al Tribunal haber incurrido en el error de derecho al tomar como pruebas para admitir el parentesco de los demandados con el difunto Rafael Díaz y por consiguiente tenerlos como herederos legitimarios en su calidad de hijos extramatrimoniales reconocidos, estos documentos: el testamento en que el *de cujus* los reconoció como a sus hijos fuera de matrimonio; las copias de las actas de registro de nacimiento expedidas por el alcalde de Guachetá (fls. 27, 28, 29 y 61 del cuaderno principal) y las copias de los autos dictados en el proceso de sucesión, y por los cuales en ese asunto se les reconoció también como hijos y por ende legitimarios, pues ese reconocimiento se hizo tomando como prueba de parentesco el testamento.

Meridianamente claro es que el estado civil de las personas se demuestra tan sólo con los medios de convicción que el legislador señala, esto es que se necesita prueba legal determinada, como paladinamente lo ordena el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970, y lo advierte imperativamente el 106 de dicho estatuto y lo ha entendido uniformemente la jurisprudencia. De modo que ciertamente el testamento no es prueba adecuada que demuestre parentesco, y así lo entendió el Tribunal puesto que el estamento lo invocó para dar por demostrado el reconocimiento de hijos extramatrimoniales.

Se advierte, empero que el litigio no versa ciertamente sobre el estado civil de las personas, sino sobre la calidad de heredero, como se desprende de las pretensiones y sus contestaciones. Se ataca no el estado civil, sino la calidad de legitimarios de los contendientes y la extensión de las cláusulas testamentarias, en particular la séptima.

La jurisprudencia de la Corte viene diciendo que no deben identificarse el estado civil con la calidad que exige la ley para establecer una determinada relación jurídica. Así lo dijo, por ejemplo, en sentencia del 28 de noviembre de 1990:

"5. Para tal efecto, estima la Sala conveniente sentar las siguientes precisiones:

a) De conformidad con la doctrina de la Corte, apoyada desde luego en los textos legales que regulan la sucesión por causa de muerte, 'el título de heredero no constituye un estado civil; no determina para el asignatario a título universal una especial situación en su familia o frente a la sociedad... No puede, pues, confundirse el título de heredero con el estado civil que, en ocasiones, es la fuente del llamamiento a suceder a un difunto. Así, quien por ser hijo legítimo del causante tiene vocación legal hereditaria para ocupar el lugar que en el mundo jurídico deja vacante el de cujus, *no por ello, por ser hijo, una vez fallecido su padre, automáticamente se torna heredero de éste. Es cierto que en tal momento se le defiere la asignación (art. 1013 del Código Civil), delación que consiste solamente en el llamamiento a aceptarla o repudiarla; pero para que el hijo pueda llegar a tener la calidad de heredero de su progenitor premuerto, se requiere, además de su vocación sucesoral, que acepte la herencia expresa o texativamente. Sin esta aceptación, el llamado a suceder no adquiere el título de heredero, pues, como ya se dijo, no basta al asignatario poder suceder, sino que le es indispensable también quererlo. Es indispensable poder y querer. Fluye de lo anterior que si el difunto deja varios hijos legítimos con derecho a sucederlo, sólo tendrán la calidad de herederos suyos quienes hayan aceptado la herencia; y que quienes la repudian, aunque sigan conservando su estado civil de hijos legítimos, no adquieren la calidad de herederos. Una cosa es, pues, el estado civil del sucesor y otra muy distinta su título de heredero, aunque éste, en la mayoría de las veces tiene su fuente en la especial 'situación de parentesco entre él y la persona de cuya sucesión se trata . . .', (que la calidad de heredero se prueba '... demostrando que se tiene vocación a suceder en el patrimonio del causante, ya por llamamiento testamentario, ya por llamamiento de la ley y además, que se ha aceptado la herencia). Debe, pues quien invoca el título de heredero, aportar copia del testamento, debidamente registrada, en que se le instituyó asignatario, o copias de las actas de estado civil que demuestran su parentesco con el difunto, vínculo del que se deriva su derecho sucesorio, pues como lo estatuye el artículo 1298 del Código Civil, la herencia queda aceptada expresamente por quien toma el título de heredero...'" (Cas. Civ. de 26 de agosto de 1976, G.J. CLII).*

Y antes había dicho en sentencia de 30 de julio de 1980:

"a) No es posible confundir, por cuanto se trata de situaciones diferentes, el estado civil de una persona y la calidad de heredero que la misma pueda tener, pues según la noción legal, 'el estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad y determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones' (art. 1° Decreto 1260 de 1970); en cambio, el heredero 'es el asignatario de la herencia' (art. 1011 del C.C.) o, en otros términos, el asignatario a título universal que sucede al difunto en todos los derechos y obligaciones transmisibles (art. 1165 del C.C.);

"b) No sólo son ostensibles las diferencias existentes entre el estado civil de las personas y la calidad de heredero, sino que igualmente difieren en su prueba, pues la

primera situación, conforme a la nueva reglamentación, se tiene que 'los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938, se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos... En caso de pérdida o destrucción de ellos, los hechos o actos se probarán con las actas o los folios reconstruidos o con el folio resultante de la nueva inscripción'" (art. 105 Decreto 1260 de 1970); la segunda situación, o sea, la calidad de heredero, según doctrina reiterada de la Corte, se puede comprobar con copia de la providencia judicial dictada en proceso sucesorio y mediante la cual el sentenciador, luego de ponderar los elementos de convicción sobre la muerte del causante y sobre la vocación hereditaria, hace el reconocimiento de herederos. En el punto, ha sostenido la doctrina de la Corporación que 'por el carácter universal del proceso de sucesión, que en ningún caso se abre sino con la demostración de la muerte del causante y en el que encuentra inmediata oportunidad la determinación de sus sucesores universales, es apenas obvio que las resoluciones que en el mismo se dicten sobre reconocimiento de herederos, haya de servir, en cualquiera otro proceso en que sea parte la sucesión, para acreditar con relación a ésta la personería de quienes, en el proceso universal fueron reconocidos como herederos. Es así como la jurisprudencia ha admitido invariablemente que la calidad de heredero puede probarse en juicio con copia de la providencia declarativa de tal carácter, proferida en juicio de sucesión' (Sentencias de 6 de junio de 1945, LIX, 138; 22 de febrero de 1952, LXXI, 102; 6 de octubre de 1953, LXXVI, 632; 14 de julio de 1954, LXXVIII, 79; 22 de octubre de 1956, LXXXIII, 471; 13 de abril de 1959, CX, 308, 11 de agosto de 1964, CVIII, 160; 25 de julio de 1966, CXVII, 151; mayo 12 de 1967; noviembre 22 de 1967, aun no publicadas, 11 de abril de 1970, CXXXIV, 28; 16 de diciembre de 1970, CXXXVIII, 151; 9 de febrero de 1971, CXXXVIII, 95; 26 de agosto de 1976 y 22 de marzo de 1979, aun no publicadas)."

De modo que admitiendo que el Tribunal incurriera en el yerro de derecho que la impugnación le enrostra, su error se tornaría intrascendente, como quiera que la calidad de legitimario no se deduce de las pruebas del estado civil, sino de ostentar la persona la condición que prescribe el derecho material, en este asunto la de hijo extramatrimonial, que no se produce de los registros de nacimiento. Es por esto por lo que el ataque resulta inane, porque identifica estado civil y calidad de heredero.

El cargo no prospera.

Cargo segundo

Por éste se acusa la sentencia de ser directamente violatoria por falta de aplicación de los artículos 1274, 1275, 1277, 1239, 1250 y 1226 del C.C., 9 de la Ley 29 de 1982 y 23 de la Ley 45 de 1936, y por aplicación indebida del artículo 1276 del C.C.

II. Primeramente el recurrente afirma que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 1276 del C.C., porque consideró que al haberse adjudicado en la cláusula séptima del testamento bienes que afectan la conformación de la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras, esa circunstancia se sitúa en la hipótesis del citado artículo 1276, es decir, en la llamada preterición u omisión, concepto equivocado puesto que la preterición ocurre cuando el testador guardó absoluto silencio en relación con un legitimario, caso en que es jurídico aplicar dicha norma para tener al legitimario totalmente preterido

como instituido en su legítima y no es viable la reforma del testamento, desde luego que le basta al heredero pedir su reconocimiento para que en la partición se le adjudique su derecho. O sea que si el demandante a pesar de ser reconocido como heredero de Rafael Díaz y haber demostrado su parentesco *no hubiese sido mencionado* en el testamento, se encontraría en la previsión del mentado artículo 1276. Mas como esa omisión no sucedió sino que se instituyeron legados que vulneran su legítima y su cuarta de mejoras, la viable es la reforma del testamento conforme al artículo 1274 del C.C.

12. Cuando el Tribunal, agrega la censura, estimó que si a un legitimario se le asigna menos de su legítima, el silencio en el faltante es preterición y debe aplicarse el artículo 1276, comete error pues no hay absoluto silencio, como incurrió en yerro al considerar que es preterición en la legítima del demandante al instituirse en la cláusula séptima cuya reforma se deprecó unos legados que le afectan su legítima y debía completársela en la partición pero sin ordenar la reforma del artículo 1274. La equivocación descansa en que el *ad quem* no se percató que las desviaciones del testador no provienen de la omisión o silencio sino en la forma como distribuyó los bienes, que al afectar su legítima y su cuarta de mejoras conduce a la reforma pedida.

Luego de transcribir el recurrente el artículo 1274, sostiene que el precepto toca con el derecho de legitimario al que se le lesionó, como "sucede en el caso que nos ocupa", toda vez que en la cláusula séptima el testador adjudicó en legados la mayoría de sus bienes lesionando su legítima y su cuarta de mejoras, aunque sin omitir su nombre.

El impugnador, tras copiar el artículo 1276, sostiene que es el silencio total lo que constituye preterición, no el detrimento del derecho del legitimario. De modo que si no es el silencio total sino la violación de su derecho, se está frente a la reforma del testamento.

Se adentra enseguida la objeción a demostrar el quebranto de las normas y a señalar el concepto de su infracción, tarea en que reitera que fueron directamente infringidos por falta de aplicación los artículos 1274, 1275, 1277, 1239, 1250, 1226 del Código Civil, 9º de la Ley 29 de 1982 y el 23 de la Ley 45 de 1936 y por aplicación indebida el 1276 del C.C., todo por estimar que hubo preterición y no una situación que apoya la reforma del testamento.

Remata la explicación aseverando que si el Tribunal hubiera considerado que se estaba no ante una preterición sino acertadamente frente a una situación de reforma de testamento, en lugar de aplicar erradamente el artículo 1276, habría hecho actuar el 1274 y por supuesto revocado el pronunciamiento de primera para, en cambio, decretar la reforma suplicada. De ahí que, concluye el censor, pretenda el quiebre de la sentencia de segundo grado y en sede de instancia se revoque la de primero para, en su lugar, acceder a las pretensiones.

Consideraciones de la Corte

Para decidir el *ad quem* como lo hizo, interpretó el testamento y de aceptar su interpretación la conclusión es a la que llegó. El recurrente interpreta también el testamento y de aceptarla se llegaría a la conclusión contenida en las pretensiones. Si así es la cuestión que emerge del fallo y de la censura, se advierte que ésta discrepa entonces

de la situación fáctica que encontró el sentenciador de segunda instancia. Además, el Tribunal llegó a tener a las partes como legitimarias con base en las pruebas que valoró. Luego si el censor insiste que es el único legitimario, discrepa también de los hechos que dio por demostrados el fallador. Ha dicho desde vieja data la Corte, que cuando el juzgador se base en elementos de convicción, al recurrente para salir avante le es forzoso atacar la manera como aquél vio o valoró esos elementos probatorios de modo que si de ello discrepa, equivoca el camino cuando para impugnar se va por el de la vía directa.

Es pues innecesario repetir que una de las reglas fundamentales de técnica del recurso extraordinario de casación, es la de que si la censura opta por impugnar la sentencia del Tribunal por quebranto directo de normas sustanciales, ya por falta de aplicación, ora por aplicación indebida, forzoso le es en la demostración del quebranto que denuncia, expresar absoluta conformidad con la estimación fáctica que del asunto estructuró el sentenciador, como que los ataques de violación de las normas materiales como consecuencia de errada estimación de los hechos, exige la denuncia a través de equivocadas estimaciones en el campo de las pruebas, sea por errores evidentes de hecho, o por mal entendimiento de preceptos de índole probativa. Así que si erigido el cargo por la vía directa, esto es por errores puramente de juicio jurídico del fallador, se monta sin embargo en que la situación de hecho no es la que encontró el pronunciamiento sino la que ve el impugnador y es por eso por lo que afirma la violación del derecho material, es claro que ello conforma un defecto de técnica en la formulación del ataque, que por sí solo impide al juez de la casación entrar a examinar si hubo el quebranto que se le denuncia, simplemente porque este medio de impugnación extraordinario está gobernado por el principio dispositivo y por el de reglas de forma que aun la Corte no puede soslayar.

El recurrente sin embargo de afirmar que la acusación la encamina con prescindencia de disentir de la consideración que en torno a los hechos expuso el *ad quem*, es lo cierto que en sus explicaciones se aparte de tal estimación, como quiera que afirma que la situación fáctica es la reforma del testamento por cuanto por la manera como el causante instituyó los legados le disminuye su legítima y su cuarta de mejoras, de suerte que si el Tribunal hubiera visto esa situación y no la de preterición, habría aplicado los artículos 1274 del C.C. y concordantes, dado que la hipótesis en esas normas previstas es a la que corresponde la situación fáctica y lógicamente no habría aplicado la norma que subsume la situación que creyó ver el juzgador, aplicándola por tanto indebidamente porque su hipótesis no es la que encontró el fallador. Se advierte entonces que según el impugnador el yerro no está en la consecuencia jurídica meramente, sino en que la hipótesis o situación de hecho que expuso el juzgador no es la real, la verdadera, es la que presenta la impugnación. De modo disiente así del sentenciador.

La vía directa tiene que demostrar que el error estuvo en la consecuencia jurídica, porque siendo la hipótesis la que dedujo el fallador no aplicó la consecuencia pertinente sino una diversa dejando de aplicar la adecuada. Mientras el Tribunal vio un supuesto de hecho de preterición, el censor ve uno de reforma de testamento, de donde se advierte al rompe la discrepancia.

A ese defecto en la fundamentación del ataque, únese que si el fallo fue desestimatorio no pudo aplicar indebidamente el artículo 1276 del C.C., como que no se ordenó que el

derecho del demandante se tutelara adjudicándole lo que le correspondiera por concepto de legítima y de cuarta de mejoras, sino que apenas el fallador dijo, como motivación, que ésa podría ser la forma de garantizarle su derecho de heredero legitimario pero, reitérase, no lo mandó, pues que a ser así habría aplicado el prenombrado precepto.

Si, pues, la censura discrepa de la apreciación fáctica del sentenciador y éste no hizo actuar la norma que se denuncia como quebrantada por indebida aplicación, el cargo fue equivocadamente sustentado.

La acusación no se abre paso.

DECISIÓN

Con fundamento en lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia de 31 de agosto de 1990 pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en este proceso ordinario promovido por José Moisés Díaz Cristancho en frente de María Oliva Sierra y otros.

Costas del recurso a cargo de la parte demandante-recurrente. Liquídense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase oportunamente.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 152

NULIDAD PROCESAL - Principio de Protección / NULIDAD PROCESAL - Interés / NULIDAD PROCESAL - Saneamiento

Principios que ponen al descubierto su razón de ser. Con el de protección se trata de proteger a la parte cuyo derecho le fue cercenado por causa de la irregularidad. La proveniente de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma sólo podrá alegarse por la persona afectada. La nulidad de que trata el numeral 9 del artículo 140 del C. de P. C. es saneable. En tanto el vicio procesal no cause agravio a la parte, ésta no está asistida de interés para impetrar la nulidad.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de Hecho - Testimonio

Autonomía del Tribunal para apreciar la prueba testimonial. Si el Tribunal, al analizar los testimonios, tuvo por más convincentes los destinados a probar determinados hechos que los que tienden a acreditar lo contrario, este aspecto escapa en principio de la casación, porque es cuestión en que la autonomía en la valoración de los medios de convicción impide a la Corte variar la apreciación hecha por el fallador *ad quem*. Naturaleza del error de hecho en la apreciación de las pruebas.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho - Testimonio

Pretender el censor que hay error fáctico, porque se le debe creer más a un grupo de testigos que al opuesto, sin demostrar el desacierto evidente o manifiesto cometido por el Tribunal en el examen de dicha prueba, no pasa de ser un alegato de instancia.

MEDIO NUEVO

Fundamento para que sea inadmisible el medio nuevo en casación.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Rafael Romero Sierra.*

Santafé de Bogotá, ocho (8) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Decídese el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 7 de junio de 1990, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá en el proceso ordinario promovido por Luis Carlos Pedraza Guzmán contra el Banco Popular.

I. Antecedentes

1. Por la demanda con que se abrió paso el proceso ya mencionado, solicitó el actor que se declare que pertenece a su dominio, por haberlos adquirido mediante prescripción extraordinaria, los tres inmuebles que reseñados como los lotes números 1, 9 y 17 de la manzana B de la Urbanización "Las Acacias" del municipio de Usaquén, describe legalmente en los literales a, b y c del *petitum*. Que se ordene, en consecuencia, la inscripción de la sentencia estimativa en el registro inmobiliario competente.

2. Los hechos en que hace descansar sus pretensiones, consisten, básicamente, en que desde hace más de 23 años (la demanda se presentó el 21 de noviembre de 1985) viene poseyendo en forma pública y pacífica los referidos predios, ejecutando "actos a que sólo da derecho el dominio, como cultivarlos, cercarlos, mantenerlos, hacerle mejoras, explotarlos económicamente, arrendarlos, todo esto sin reconocer dominio ajeno".

3. Con la admisión de la demanda dispúsose el emplazamiento de las personas indeterminadas que pudieran tener interés en los bienes objeto de pertenencia, sin que nadie hubiese comparecido. El curador *ad litem* que se les designó contestó el libelo demandatorio aduciendo que el acogimiento de las pretensiones exige que la base fáctica del mismo sea demostrada plenamente.

4. El banco demandado, de su parte, opúsose a las súplicas, negó el basamento de las mismas, y excepcionó alegando imprescriptibilidad de los predios que pertenecen a "entidades de derecho público", ausencia de presupuestos legales para consolidar la usucapión y para invocar una posesión válida que a ella conduzca y, finalmente, la que denominó genérica apoyado en la preceptiva del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

Formuló así mismo demanda de reconvención en la que se suplica que se declare como de su dominio pleno los bienes objeto de controversia, ordenándose al contrademandado a restituírselos con todas las cosas que de ellos hacen parte, los frutos naturales o civiles percibidos y los que se hubieren podido percibir con mediana

inteligencia y cuidado, y declarándose que el Banco no está en el deber de pagar las expensas necesarias a que alude el artículo 965 del Código Civil, teniendo para ello en cuenta que se trata de un poseedor de mala fe.

Pretensión reivindicatoria esa que apoyó en los hechos que así se sintetizan:

a) Los "bienes materia del proceso" fueron transferidos por María Cristina Fernández de Murillo a Mario Salazar Vélez, de conformidad con la escritura pública número 5744 de 7 de diciembre de 1954, de la Notaría Séptima de Bogotá. Tal adquirente los transfirió luego al Fondo de Empleados del Banco Popular por virtud del acto escriturario 6343 de 24 de noviembre de 1955, de la Notaría Cuarta de Bogotá.

"Inversiones Rurales Limitada" transfirió el dominio de los "restantes bienes materia del Proceso" al Fondo de Empleados del Banco Popular, por medio de la escritura 4153 de 7 de septiembre de 1956 de la Notaría Séptima de Bogotá.

El Fondo de Empleados del Banco Popular los transfirió, a virtud de dación en pago, con arreglo a la escritura 1607 de 22 de marzo de 1960, de la Notaría Quinta de Bogotá -aclarada y complementada luego por la número 4514 de 27 de julio de 1960 de la misma notaría-, al Banco Popular;

b) Mario Salazar Vélez demandó en proceso ordinario al Banco Popular, resultando éste victorioso. "En dicho proceso se pudo probar que otro 'tercero diferente al demandado en reconvención' invocaba para sí *la posesión de los inmuebles materia del proceso* quedando por fuera la afirmación del hoy demandado en reconvención quien en su demanda principal sostiene lo contrario". Y no aparece que Luis Carlos Pedraza haya intentado acción alguna para recuperar la posesión que alegaban otros terceros. "Nunca incoó acción posesoria, y hubo por tanto *interrupción natural de la posesión* al tenor del artículo 2523 numeral 2° del C.C.";

c) Ante perturbaciones y ocupaciones de hecho del predio de mayor extensión al que pertenecen los de este litigio, el Banco Popular adelantó acciones policivas (los expedientes respectivos reposan en la Alcaldía Menor de Usaquén), "en los cuales jamás aparece siquiera el hoy demandado en reconvención";

d) El actor no tiene el tiempo suficiente de posesión que le permita usucapir.

5. El contrademandado se opuso a la pretensión reivindicatoria, para lo cual negó que el Banco Popular fuese entidad de derecho público, pues "es una simple empresa de economía mixta y como tal sometida al régimen privado".

Advirtió que no se ha visto en la necesidad de instaurar acción posesoria alguna, "puesto que su posesión de más de 24 años no ha sido molestada ni perturbada por nadie".

Alegó en su favor las mejoras que en el mismo libelo discriminó.

6. La primera instancia se clausuró el 29 de marzo de 1989, mediante sentencia que pronunció el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá, en la que dispuso: denegar las pretensiones de la demanda principal; acoger la pretensión reivindicatoria deducida en la de mutua petición, condenando por consiguiente al actor a restituir los predios al

Banco Popular, con el pago de los frutos a partir del año 1988, cuya tasación se haría por trámite del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil; y condenó al Banco a pagarle a Luis Carlos Pedraza por concepto de mejoras, la suma de $8.415.858.oo, reconociendo por esto derecho de retención a favor del demandante principal.

Dispuso por último compensar los valores de frutos y mejoras "hasta concurrencia del menor de estos valores".

7. De ese fallo apeló Pedraza. Por lo que el Tribunal Superior de Bogotá, al desatar el recurso, lo confirmó mediante su sentencia de 7 de junio de 1990. Recurrió entonces la misma parte en casación, impugnación que como atrás se advirtió se apresta la Corte a decidir.

II. La sentencia del Tribunal

Después del consabido proemio en torno a la parte histórica del litigio y su desenvolvimiento de carácter procesal, y de anunciar que la decisión es de mérito, se ocupó el sentenciador de estudiar separadamente las pretensiones contenidas en las demandas principal y de reconvención.

Tocante con lo primero, esto es, la pretensión de pertenencia, sentó los requisitos que exigen su prosperidad, deteniéndose en el análisis del atinente a que la cosa sea susceptible de ganarse por el modo de la usucapión, precisamente uno de los argumentos en que el Banco edificó su gestión defensiva. Sobre este particular enfatizó que la mencionada entidad bancaria es una sociedad de economía mixta y sus bienes son entonces susceptibles de adquirirse por el mencionado modo.

Despejado ese primer punto, pasó de inmediato a examinar el fenómeno posesorio que da pie a la pertenencia, señalando igualmente sus requisitos. Y para inquirir por su eventual concurrencia en el *sub lite*, auscultó los testimonios de Arquímedes Suárez Manrique, Luis Alejandro Cifuentes, Alberto Santos Cabrera, Féliz María Villanueva, Luis David Hermida Céspedes, María Teresa Vargas de Alfonso, Alfonso Pinzón Forero, Alejandro Alberto Salazar, Luis Alberto Reyes, Alberto Peñaloza Bonilla, José Isidro Redondo Plaza, Victoriano de Jesús Martínez, Pedro Antonio Castillo Morales y Luis María Vargas García, extractando sus versiones, al cabo de cuya tarea dio en afirmar tajantemente:

"Analizadas en su conjunto las declaraciones compendiadas, la Sala coincide con el *a quo* en que el demandante no demostró que hubiese ejercido posesión material por el lapso de 20 años en las condiciones de ley. Ciertamente son dispares y contradictorios los dichos de los testigos que fueron recepcionados por iniciativa de una o de la otra parte en litigio. Pero pesándolos en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que expresan, remotándose (sic) al pasado con continuidad histórica, se adquiere la convicción que la posesión del demandante apenas empezó a partir de 1975, aproximadamente."

Explanando tal aseveración, sostiene el *ad quem* que si bien las versiones de los mencionados Cifuentes, Santos, Villanueva, Hermida, Peñaloza, y aun de Rosa María Lott, señalan que la posesión del actor data desde 1963 o 1964, es lo cierto que se contradicen con las de los igualmente citados Pinzón, Salazar, Reyes, Redondo

Martínez, Castillo y María Teresa, de quienes expresó que "son testigos de excepción puesto que todos son residentes cercanos de la manzana 'B' de la Urbanización Las Acacias, algunos fueron tenedores parciales de la misma y uno actualmente tiene ese carácter'."

"De la exposición de los últimos declarantes -prosigue-, por su vivencia permanente de los eventos que narran, su coincidencia en ellos respecto de sus circunstancias y la manera espontánea como atestiguan, puédense reconstruir los siguientes hechos:

"Mario Salazar fue poseedor que (sic) la mencionada manzana más allá del año de 1970, y en esa virtud la entregó en tenencia a Rosa de Redondo, Martín Molano, Vallas de Colombia, Víctor o Victoriano de Jesús Martínez -declarante- y a otras personas que no identifican los testigos por sus nombres.

"Al inicio de la década de los años del 70, los lotes se encontraban desocupados con la sola excepción de un rancho donde habitaba Rosa de Redondo, vigilante que fue de Mario Salazar, en el cual todavía reside Luis Alberto Reyes, su hijo, lugar donde se realizó un bazar del Club de Leones de Usaquén -años de 1965 o 1966-.

"Santiago Vásquez Vásquez arrebató la tenencia a Victoriano de Jesús Martínez, y aquél con el demandante lo hicieron a Rosa de Redondo, en el año de 1973, aproximadamente.

"Santiago Vásquez Vásquez 'loteó' el terreno y lo vendió a diferentes personas, entre ellos, según parece, al demandante, quien a partir de ese momento efectuó construcciones y mejoras de distinta especie."

En ese marco de ideas, el juzgador precisó que la tacha de sospecha endilgada a Alfonso Pinzón Forero y Luis Alberto Reyes no hallaba asidero como que no existe "un factor que evidentemente conduzca a desechar su declaración". Parecer éste que fundó en que la exposición del primero es muy clara, y "no se informa por el hecho que se hubiera quejado a las autoridades policivas para que impidieran el 'tugurio', como lo pretende el demandante"; y, el segundo, "que siempre habitó el lote en controversia, o parte de él, es circunstancial en su dicho y testigo continuado y permanente de lo que ha ocurrido con la tenencia o posesión del terreno, y por lo mismo el hecho que esté en negociaciones con el Banco Popular para adquirir su dominio no lo convierte en testigo parcializado".

Y continuó con su crítica probatoria poniendo enseguida de presente los siguientes aspectos: que los deponentes citados por el actor no dieron cuenta de los hechos que conocen los de la contraparte que aunquando Alberto Peñaloza dijo ser arrendatario del demandante desde el año 1964, no se explica el sentenciador cómo no pudo indicar la calle ni la carrera en donde se halla el lote cuya parte dice tener en condición de tal, "lo que pone en duda la verdad del contenido del contrato, lo cual tampoco demuestra el dictamen pericial"; que de aceptarse el dicho de los testigos que declaran una posesión de Pedraza desde el año 1962, "resulta absolutamente inexplicable también que en el mes de junio de 1972, 10 años después, cuando se practicó una inspección judicial sobre los bienes ahora en litigio, en una querella posesoria del Banco Popular contra Salvador Rey, Mario Salazar, Víctor Martínez y Rosa Torres, no hubiera aparecido el demandante

como poseedor y sí Santiago Vásquez pero no como tal sino como declarante...", todo lo cual se halla concorde con lo expresado por los testigos de la parte demandada, "a propósito de que éstos se refieren a las personas que como tenedoras de los lotes en controversia y no identifican al demandante como poseedor de ellos sino con posterioridad a 1972...".

Razones todas que lo llevaron a confirmar esa parte del fallo.

Por manera que pasando ya a evaluar lo concerniente a la reivindicación deducida por el Banco en su demanda de mutua petición, enfatizó que la singularidad del bien, así como la posesión en el actor, encontraban respaldo demostrativo en el expediente: aquello con la determinación de los bienes hecha en ambos libelos demandatorios, la inspección judicial y el dictamen pericial practicados en la fase probatoria del proceso; y, lo segundo, con la postura misma que Luis Carlos Pedraza blandió en el libelo incoativo del proceso.

En lo que dice relación con la calidad de propietario que esgrimió el reconviniente, puntualizó:

"El Banco Popular aportó copia de la escritura 1607 del 22 de marzo de 1970 de la Notaría 5ª de Bogotá, registrada, a la cual acompañó el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, también de Bogotá, con lo que demuestra su dominio sobre los bienes en reivindicación, con fecha anterior a la de la posesión de Luis Carlos Pedraza Guzmán, probada después del año de 1972".

A lo que agregó finalmente:

"Y si no hay duda de la identidad entre los bienes que pretende el Banco Popular y los que posee Luis Carlos Pedraza Guzmán, como suficientemente está probado en el *sub judice* con la posición de las partes, la prueba documental toda, la inspección judicial y la prueba pericial, hay que concluir, como lo puntualizó el juez de instancia, en la prosperidad del libelo reivindicatorio.

"El *a quo* consideró al demandado en reconvención como poseedor de mala fe, a quien le reconoció mejoras y derecho de retención sobre las mismas, dándoles el carácter de permanentes y necesarias.

"La Sala coincide que Luis Carlos Pedraza es poseedor de mala fe. Pero en vista de que el Banco Popular no apeló de la sentencia de primera instancia, simplemente se confirmará el tema de mejoras y el derecho de retención."

III. La demanda de casación

Contra la sentencia resumida se han formulado dos cargos, uno dentro de la órbita de la causal quinta de casación del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y el otro con fundamento en la primera, los que se despacharán en el orden en que vienen propuestos.

Primer cargo

Dícese que en la tramitación del juicio se incurrió en la nulidad consagrada en el numeral 9 del artículo 140 del Código de procedimiento Civil "por no haberse practicado

en legal forma el emplazamiento de las personas indeterminadas que por mandato de la ley debían ser citadas al proceso".

Y ello porque, a juicio del censor, el edicto emplazatorio de los indeterminados no cumplió con los requisitos que ordenaba el numeral 6 del artículo 413 de tal ordenamiento que la sazón regía (hoy 407), por cuanto, de un lado, no se expresó la naturaleza de la prescripción alegada, esto es, si era la ordinaria o la extraordinaria, y, de otro, porque se les fijó como término para comparecer el de un mes y cinco días más, "cuando hubiera debido llamar a los indeterminados como lo dice el literal b) del numeral 6° del citado artículo, es decir para que comparecieran al proceso 'a más tardar dentro de los quince días siguientes a la última publicación' ".

Agrega luego que dicha nulidad es insaneable, "como lo ha sostenido reiteradamente la honorable Corte Suprema de Justicia (sentencia de casación de julio 19 de 1989)", ya que es de orden público y puede alegarla cualquiera de las partes y aun es obligatorio para el juez decretarla de oficio.

E hizo la siguiente adición:

"Las personas indeterminadas emplazadas indebidamente en este proceso, no han perdido el interés en comparecer al mismo por el hecho de que la sentencia acusada les haya sido favorable al haber sido negadas las pretensiones de la pertenencia, ya que la sentencia que se dicte en casación les puede ser *desfavorable* y esta sentencia quedará dictada entonces a espaldas de las personas edictalmente mal emplazadas. Por eso ellas tienen interés en que se decrete la nulidad.

"El recurrente en casación tiene interés en alegar la nulidad no solamente por ser insaneable y de orden público sino porque también se vería favorecido, puesto que desaparecería la sentencia en su contra y vería nacer la posibilidad de obtener una favorable, una vez repuesta la actuación anulada."

Consideraciones

1. *Por venir al caso, hácese pertinente reproducir a continuación lo que esta Sala sostuvo en reciente decisión en torno a la nulidad aquí planteada:*

"Las nulidades procesales no responden a un concepto de mero prurito formalista, pues entendidas más como remedio que como sanción, y provistas como están de un carácter preponderantemente preventivo, que no represivo, son gobernadas por principios básicos insoslayables, los que ponen al descubierto su razón de ser, su fundamento. Háblase de los postulados de especificidad, protección y convalidación.

"Aludiendo al segundo de ellos, o sea el de protección, dijo la Corte en sentencia de 22 de mayo de 1979 lo siguiente: 'Es pertinente recordar aquí, en primer término, que dentro de los principios que gobiernan el régimen de las nulidades procesales se enlista el de la protección, por virtud del cual se han consagrado las nulidades dichas con el fin de proteger a la parte cuyo derecho le fue cercenado por causa de la irregularidad'. Así entendidas las cosas, pues, siempre que se hable de nulidad es preciso suponer una parte agraviada con el vicio. No hay nulidad, como ocurre con los

recursos, sin interés, traducido principalmente en el perjuicio irrogado a quien lo invoca. Si, por tanto, la desviación procesal existe pero no es perniciosa para ninguna de las partes, no se justifica decretar la nulidad.

"De ahí precisamente que el artículo 143 del Código de Procedimiento Civil -el mismo que antes de la reforma llevaba por número el 155- establezca como exigencia la de que deba indicarse por quien aduce la nulidad, entre otras cosas, 'su interés para proponerla'; preceptiva que dio lugar a que esta Corporación enfatizara que 'cuando el inciso 2° del artículo 155 alude al interés (del verbo interesso) para la proposición de la nulidad, define el punto con toda exactitud porque, básicamente, de lo que se trata es de saber en frente de cuál de las partes del proceso es que media el hecho anómalo, y, por ende, a quién perjudica" (Sentencia de 4 de febrero de 1987).

"Dicho más concisamente, la nulidad sólo puede alegarse por la parte afectada con ella. Postulado que cubre por igual cualquiera que fuese la causal.

"Sin embargo de tan obvia conclusión, el legislador quiso ser más enfático todavía y dispuso, a renglón seguido, que la nulidad 'por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, sólo podrá alegarse por la persona afectada'" (Sentencia de 12 de junio de 1991, recaída en proceso de revisión interpuesto por Ritta Witt de María y otro).

Dijose que pertinente por cuanto de la transcripción fluyen dos cosas que, juntas y cada una por sí, empecen el interés del recurrente para formular la nulidad que cree ver en el emplazamiento efectuado a los indeterminados: primero, porque la causal alusiva a la falta o indebida notificación o emplazamiento sólo puede alegarla la persona directamente afectada, y acá la depreca es el demandante; y, segundo, dado que los indeterminados en este juicio no pudieron recibir perjuicio alguno con la decisión acusada, desde que en éste se denegó la pertenencia respecto de la cual fueron convocados a resistirla.

En relación con el primero de tales aspectos, conviene elucidar lo inexacto que es sostener, como aquí lo hace el casacionista, que la causal novena del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil sea de carácter insaneable y, por ende, carece de restricción en cuanto al interés para aducirla por cualesquiera de las partes, y que aun debe declararse de oficio. Jamás se ha predicado la insaneabilidad en el punto; por el contrario, el concepto es y ha sido unánime para entender, sin asomo alguno de vacilación, que se trata de una nulidad esencialmente saneable, como que es precisamente un motivo anulatorio que mira más bien al interés del indebidamente notificado, y éste en consecuencia perfectamente puede convalidarla expresa o tácitamente. Así aparece, por ejemplo, en múltiples sentencias de esta Corporación: .... incluyéndose la de 19 de julio de 1989 en que el actor pretende finar su pretensión anulatoria. Sobre este preciso punto es oportuno explanar, pues, que cuando la Corte, a vuelta de encontrar a la sazón defectuoso el emplazamiento de las personas indeterminadas, agregó que "como es obvio, tal nulidad no ha podido ser saneada", ni remotamente anduvo sosteniendo la insaneabilidad, pues que tal expresión está significando, sin embages como luego se verá, que la saneabilidad no pudo presentarse en ese caso en razón a que los afectados con el vicio eran las personas indeterminadas que, por

razones obvias, seguían ausentes del proceso y sin posibilidad de sanearla. Así resulta evidente de la lectura integral del párrafo a que pertenece la transcripción.

Dice efectivamente:

"Bueno es hacer notar que la nulidad avistada halla su génesis en el irregular llamado edictal de los indeterminados, sin que pueda verse infirmada con el argumento de que nadie en concreto se ha presentado a alegar un perjuicio también concreto, dado que es posible que ella sea así en virtud, precisamente, del menguado emplazamiento. Como es obvio tal nulidad no ha podido ser saneada, razón suficiente para determinar la prosperidad del cargo en estudio."

Patentízase así que lo transcrito hace alusión a la ausencia de los indeterminados en el juicio; por lo tanto, aquella expresión dice que "no ha podido ser saneada", no por la insaneabilidad misma de la causal, sino por la especial circunstancia de que los afectados no han comparecido al proceso.

2. Tornando al punto de partida, es de añadirse en lo tocante al segundo de los dos aspectos inicialmente mencionados, que en tanto el vicio procesal no cause agravio a la parte, ésta no está asistida de interés para impetrar la nulidad. Ocurre lo que con los recursos: sin menoscabo no hay interés para formularlos. Y, menos aún, puede hacerlo a su nombre la contraparte en el proceso.

Inadmisible, a todas luces, afirmar en contra que en el punto tienen interés los indeterminados a despecho de serles favorable la sentencia de segundo grado, sustentándose en que "la sentencia de casación les puede ser *desfavorable* y esta sentencia quedaría dictada entonces a espaldas de las personas edictalmente mal emplazadas. Por eso ellas tienen interés en que se decrete la nulidad". Todo porque es una reflexión que riñe con la lógica, pues siendo indiscutido que el perjuicio se debe examinar, como no puede ser de manera diversa, de cara a la resolución que se impugna, mal puede soslayarse este aspecto aguardando simplemente que una futura decisión y, por lo mismo aun inexistente, eventualmente venga en perjuicio de las personas indeterminadas. Por supuesto que, como es bien sabido, el interés a que frecuentemente se alude en el medio forense, es el actual y no el que está envuelto en la densa niebla del porvenir. En otros términos, insólito que se buscase a ultranza una decisión desfavorable para fincar así un interés del que entre tanto se carece.

Corolario de lo dicho es que el cargo no prospera.

Segundo cargo

Acúsase la sentencia de vulnerar indirectamente los artículos 669, 946, 947, 950, 952, 961, 964, 740, 756 y 1857 del Código Civil, pues los aplicó indebidamente; y también los artículos 673, 762, 764, 765, 769, 780, 786, 2512, 2518, 2522, 2531, 2532, 2533 y 2538 del Código Civil, 413 (hoy 407) del C. de P.C. y 1° de la Ley 50 de 1936, en tanto que los dejó de aplicar. Ambas cosas como secuela de errores manifiestos de hecho; e igualmente de derecho, con violación medio de los preceptos 981 del Código Civil, 174, 187, 183 inc. 2°, 217, 227 inc. 3°, 232, 258, 252, 244, 279 y 280 del Código de Procedimiento Civil.

Aplicándose a desarrollarlo, primeramente endilga el recurrente un error de derecho, consistente en haberse apreciado como prueba del dominio en cabeza de la entidad reivindicante, la escritura pública 1607 de 22 de marzo de 1960, de la Notaría Quinta de Bogotá, cuando este documento, no obstante haberse adjuntado a la demanda de reconvención y haberse invocado como prueba, nunca se decretó como tal, pues se olvidó hacerlo, sin que la parte interesada hubiese denotado inconformidad en el punto ya que el auto respectivo no fue recurrido. Por eso mismo, cuando el Tribunal apoyó la decisión en esa escritura, violó el precepto que sólo admite fincar decisiones sobre pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, desde luego que no es suficiente que la prueba documental se arrime con el libelo incoativo, sino que es de rigor, según lo previene el artículo 183 *in fine*, que el juez resuelva expresamente acerca de la admisión de dicha probanza.

La inobservancia de ese texto pugna abiertamente con los principios de la lealtad, la contradicción, la publicidad y la formalidad de las pruebas. Yerro que fue puesto de presente -dice el censor- "en mi alegato de conclusión en donde al folio 122 del cuaderno 1 del expediente dije:

"No quiero terminar mi exposición sin antes referirme a la demanda de reconvención propuesta por la demandada. Las pretensiones de la misma deben desecharse ya que la actora no demostró los elementos *axiomáticos* de la reivindicación" ".

Destaca, por último, lo decisivo del error, como que, en su sentir, de no haberse tenido en cuenta la escritura, no hubiese prosperado la acción de dominio.

Plasma a continuación el primero de los yerros fácticos que endilga al juzgador; consiste en que, a su juicio, el Tribunal dejó de lado el mérito probatorio de los testimonios rendidos por Arquímedes Suárez Manrique, Luis A. Cifuentes, Alberto Santos Cabrera, Félix María Villanueva, Luis David Hernnida Céspedes y Alberto Peñalosa Bonilla, "a pesar de ser ellos espontáneos, claros, responsivos y concordantes en circunstancias de tiempo, modo y lugar acerca de los hechos posesorios que sobre los lotes objeto del proceso ejecutó Luis Carlos Pedraza Guzmán desde los años de 1963 en adelante". Posesión que básicamente se tradujo -dice- en construcciones, cerramientos, mejoras y arrendamiento, todo lo cual expresan con la llamada ciencia del dicho, tal como se ve de las versiones que con tal fin extractó.

Erró también de hecho al darle credibilidad a los testimonios de María Teresa Vargas de Alfonso, Alfonso Pinzón Forero, Alejandro Alberto Salazar, José Isidro Redondo Plaza, Victoriano de Jesús Martínez, Pedro Antonio Castillo Morales y Luis María Vargas García, "a pesar de que estos testimonios son vagos, poco responsivos, y algunos de ellos tachados por sospechosos con sobrada razón". Como nota característica de todos destaca que anduvieron respondiendo preguntas sugestivas, y en forma particular los sopesa uno a uno, así: la primera desconoce el número de lotes que tiene Pedraza en su poder; el segundo, "da detalles tan exactos sobre cuestiones que no tenía porqué (sic) saberlas con tanta precisión, puesto que no eran de su directa incumbencia, por lo que su testimonio se hace sospechoso", a cuyo fin se aplicó a mostrar algunos de esos detalles y a observar que de su dicho se colige la animadversión hacia los invasores y como tal tiene al actor Pedraza; el tercero, cuya declaración califica de genérica, pese a tener 37 años de edad declaró sobre hechos ocurridos en 1955; el cuarto se refirió a

"ese terreno son dos manzanas", sin concretarse a los lotes del proceso, amén de tratarse de un testigo de oídas; el quinto dijo conocer la manzana en el año 1972 "en que la tomó en arriendo de Mario Salazar para poner (sic) un restaurante; el sexto, tras afirmar que Pedraza edificó "como del 72 al 78 o una cosa así", dijo después: "No recuerdo pero fue del 72 al 74 o una cosa así", y finalmente expresó en torno a lo mismo: "como en el 76 al 78", testigo que además reconoció que con el actor Luis Carlos hubo denuncias penales; y, el último, a despecho de vivir en frente de la manzana, no conoció a Rosa de Redondo, sino a una tal Rosario", testigo amañado y falaz.

Es el anterior un error trascendente -prosigue- "pues de ellos sacó el Tribunal el convencimiento de que Luis Carlos Pedraza Guzmán no tuvo la posesión de los lotes sino aproximadamente desde el año de 1978 y por esto se denegaron las pretensiones de la pertenencia...".

No vio el sentenciador, cometiendo en el punto nuevo yerro fáctico, que en la diligencia de entrega vista a folios 22 y siguientes del cuaderno 3, Pedraza Guzmán se opuso exitosamente a la entrega de los lotes 1, 9 y 17 aquí discutidos, triunfando entonces frente al Banco Popular "por haber demostrado con testimonios fehacientes la posesión de los mencionados lotes desde el año de 1963".

Así como se equivocó al dejar de ver que la inspección judicial que milita al folio 90, cuaderno 5, se "refirió a la ocupación de los lotes números 4, 5, 6, 7 y 8 y no a los de la controversia aquí planteada, error de hecho que lo condujo a determinar como inexplicable el que Pedraza no apareció a la sazón en los inmuebles.

Desatino en la modalidad de error de derecho se achaca igualmente, sobre la base de considerar el impugnante que no debió darse validez "a las inspecciones judiciales, declaraciones de construcción, y la de los contratos que obran en autos como parte de la querella posesoria (fls. 90 y ss. del cuaderno No. 5)", en primer lugar porque se trata de prueba trasladada y, conforme al artículo 185 del Código de Procedimiento Civil sólo puede apreciarse si fue pedida por la parte contra quien se aduce o con su audiencia; y, como es obvio, en tal querella no se demandó ni fue parte Luis Carlos Pedraza Guzmán. Y los contratos de arrendamiento que cita el juzgador, ni siquiera son prueba sumaria a la luz del artículo 279 *ejusdem*.

En desacierto de idéntico jaez al anterior incidió el Tribunal, al restarle valor demostrativo al contrato que aparece al folio 154 del cuaderno 1, a pesar de su autenticidad; frente a él ha debido tener en cuenta que "los documentos privados auténticos tienen el mismo valor que los públicos aun respecto de terceros y que la fecha del documento privado se cuenta como cierta desde el día en que haya tomado razón de él un funcionario competente en su carácter de tal y desde esa fecha vale contra terceros". De haberlo hecho, habría deducido que Pedraza tiene posesión desde 1964.

"El contrato de arrendamiento bien apreciado y en conjunto con el bloque de testimonios aportados por el demandante en pertenencia hubieran inclinado decisivamente la convicción del Tribunal a favor de las pretensiones del demandante."

Y, para finiquitar el desarrollo de la acusación, dióse luego a la tarea de puntualizar cómo de aquel modo resultaron quebrantadas las normas sustanciales enunciadas al comienzo.

CONSIDERACIONES

1. *Como buena parte de la censura se duele de que el sentenciador haya prestado mérito demostrativo al grupo de declarantes traído por el demandado, al paso que se lo desmereció al que invocó el demandante, conviene sobremanera recordar que "ha sido doctrina permanente de la Corporación la de que el juzgador goza de discreta autonomía para apreciar la prueba testimonial y, por consiguiente, para formar su convicción en cada caso. Por tal virtud, si el Tribunal, al analizar los testimonios, tuvo 'por más convincentes los destinados a probar determinados hechos que los que tienden a acreditar lo contrario, este aspecto escapa en principio de la casación, porque es cuestión en que la autonomía en la valoración de los medios de convicción, impide a la Corte variar la apreciación hecha por el fallador' ad quem" (CXI, 109) (Sentencia 164 de 2 de agosto de 1985).*

Es excepcional, pues, que la sentencia impugnada pueda ser por tal aspecto casada; lo cual acontecerá, de veras, cuando se demuestre que el juzgador anduvo por fuera de los confines de su discreta autonomía, riñendo con la más elemental de las lógicas, de tal suerte que sus conclusiones caigan en contraevidencia. "El error de hecho en la apreciación de las pruebas que conduce a la violación de la ley sustantiva y que permite la casación de un fallo, tiene que ser manifiesto, es decir, tan grave y notorio que a simple vista se imponga a la mente, sin mayor esfuerzo ni raciocinio, o, en otros términos, de tal magnitud que resulte absolutamente contrario a la evidencia del proceso" (LXXVIII, pág. 872).

2. Con el fin de establecer lo que pudo haber acontecido en esta especie judicial, se aplica la Corte a extractar en lo fundamental las versiones testificales que sirvieron de base al Tribunal para denegar la usucapión, así:

a) María Teresa Vargas de Alfonso, de 49 años de edad, dijo conocer a Pedraza Guzmán -el demandante- hace veinte años aproximadamente, en razón de la vecindad entrambos existente, exactamente en la calle 145 "tal vez con la carrera 16, creo es así, yo vivo en la avenida 7ª muy cerca de él". Dice vivir en el sector de la urbanización Las Acacias desde hace 25 años; dentro de la manzana 8 de esa urbanización hay una invasión "que primero la comenzó un señor Santiago Vásquez, hace unos trece años, después él fue vendiendo lotes a varia gente, entre ellos al señor Jorge Molina, a un señor Hurtado,... después hace como ocho años hicieron unos talleres". Expresó igualmente que no sabe exactamente cuántos lotes tiene allí Pedraza Guzmán; sabe sí que "tiene un lote que lo ha arrendado, ese lote lo tiene el señor Pedraza hace unos siete años, antes era de la manzana que decíamos todos era de Mario Salazar... Otro lote que tiene el señor Pedraza es en la calle 145 con la carrera de abajo y tiene un taller, ese lote lo ocupaba la señora Rosa de Redondo, donde cosechaba varias verduras y tenía para guardar sus vacas, ella lo ocupó hasta hace unos ocho años... De otro lote hasta ahora vengo a enterarme que lo tiene".

Más adelante hace nuevamente énfasis en el taller de mecánica que allí tiene el actor, agregando que hay una enramada y "lo cercaron con ladrillo, esto hará unos siete años cuando él tomó ese lote... en el otro lote lo tuvieron arrendado para chachas (sic) de tejo, para un restaurante y ahora lo están haciendo como para taller de carros".

Asevera luego una serie de gestiones que tuvieron que hacer ante el Banco Popular cuando "los vecinos nos preocupamos, mencionando al efecto algunas actuaciones de tipo policivo, relacionadas con la situación jurídica en que se hallaban frente a los lotes ocupados";

b) Alfonso Pinzón Forero, de 78 años de edad, dijo conocer a Pedraza Guzmán desde hace unos doce años. Paso seguido, refiriéndose a la manzana B de la urbanización Las Acacias, de cuya ubicación da cuenta, explicó que conoce como propietario de la misma al Banco Popular, dado que Mario Salazar, quien la urbanizó, "vendió ese terreno" al Fondo de Empleados de tal entidad en el año de 1955, y después el fondo se lo vendió al mismo banco. Dice constarle todo esto porque hace 28 años es residente en el lugar, habiendo sido miembro del Club de Leones de Usaquén y Presidente de la Defensa Civil del barrio Las Acacias; "por estas razones he tenido que trajinar en varias actividades comunitarias y también porque me di cuenta de la transformación que ha venido teniendo esta manzana".

Explana que dicha manzana era por el año 1957 un potrero desocupado, salvedad hecha de un ranchito pequeño que a la sazón ocupaba la madre de Luis Reyes; potrero en el que realizó bazares "por allá en el año 1965 a 1966, y posteriormente de la Defensa Civil, eso estaba libre, desocupado. Transcurrido el tiempo me di cuenta en el año 72 que un señor Santiago Vásquez en compañía de otra persona ... construyó un pequeño ranchito... y lo convirtió en un ventorrillo de comestibles... transcurrido algún tiempo por ahí en los años 77 o 78 llegaron otras personas, como Modesto Hurtado, un señor Quiñónez, un señor Molina y el señor Luis Pedraza". Afirma nuevamente que conoce a la perfección la mutación de que era el potrero desocupado de la manzana dicha, hasta cuando se convirtió en el tugurio que existe en la actualidad, incluso, ante la situación presentada, de ella dio cuenta al Alcalde Mayor de Bogotá.

Interrogado sobre la posesión de Pedraza en los lotes aludidos, aseguró: "No podría precisar la época pero sí para la época de 1978, cercó e hizo algunas paredes en el primer lote de la 145 y en los años posteriores ocupó los otros lotes, vi que estaban construyendo muros..., en el primer lote que ocupó el señor Pedraza hizo unas mediaguas y se organizó un taller de reparaciones entiendo que en el de la calle 146 también y que en el de la carrera 7ª igualmente...".

Al responder preguntas que venían de la parte actora aclaró que él no ha tenido nada contra ninguna de las personas ocupantes de la manzana, y que simplemente, dado el desempeño de los cargos que mencionó, puso al corriente de las autoridades el hecho del tugurio que allí se estaba formando sin atención a ninguna norma distrital;

c) Alejandro Alberto Salazar Gaviria, de 37 años de edad, conoce a Pedraza "hace unos dos o tres años, debido más que todo al pleito que tenía el Banco Popular con Mario Salazar. Tras referir alguna actuación judicial relacionada con la manzana B de la urbanización Las Acacias, dijo que en ésta ocupaba Pedraza unos lotes, uno que está situado en la carrera 7ª con calle 145 donde hay un taller; ese lote lo conozco hace unos treinta años, pero no ocupado por el señor Pedraza, pues hasta el año 72 en la posesión tranquila e ininterrumpida la tuvo Mario Salazar y la había arrendado a diferentes personas, a Martín Molano, Rosa Redondo, Vallas Colombianas y por último se la arrendó a Víctor Martínez". Después de esto, el mencionado Martínez empezó a

construir teniendo para ello como empleado a Santiago Vásquez, persona ésta que acabó por apropiarse de dicha construcción.

Reiteró que desde 1960 "hasta el año 72 y 73 la única persona que tenía la posesión... era Mario Salazar Vélez";

d) Victoriano de Jesús Martínez Osorio, de 70 años de edad, conoció la manzana B de la urbanización Las Acacias en el año 1972, "porque Mario Salazar me llevó allá y me arrendó esa manzana", época en la que "no había sino una casa que había de teja a la parte de la calle 145, no había más construcción sino ésa... lo demás era un potrero todo". Allí construí una caseta para restaurante y fue cuando Santiago Vásquez a quien efectivamente llevé a trabajar sobre ello se apoderó de eso;

e) Pedro Antonio Castillo Morales, de 52 años de edad, agricultor, conoció a Pedraza desde hace unos veinte años y ha trabajado con él. Conoció así mismo, desde hace 26 o 27 años, la manzana B de la urbanizacion Las Acacias, dado que fue administrador en el colegio Liceo de Colombia ubicado en la calle 147 con carrera 7ª "de ahí comencé a conocer esa manzana, esto fue como en el año de 1966".

Oyéndose interrogar acerca de los ocupantes o poseedores del lugar, tajantemente expresó: "A los únicos poseedores de esta manzana distingo y conocí a cargo de ellos a la señora Rosa de Redondo y a Luis Alberto Reyes a nadie más, así había una casita de teja de barro.

Por ahí como en el 72 aproximadamente llegó un señor Víctor Martínez de lo cual se oyó decir que le había tomado en arriendo a un señor Mario Salazar, él tomó esta posesión y me dijo que era para hacer un restaurante, llevando como obrero a un señor Santiago Vásquez Vásquez, el señor Vásquez me contrató a mí para trabajar y levantar esa habitación, en la cual más tarde... Martínez volvió cuando ya eso estaba levantado para el restaurante y ya el señor Vásquez no lo dejó entrar, lo amenazó de muerte, ... luego este señor Vásquez comenzó a lotear y a vender lotes..." siendo los primeros compradores Jorge Molina y Luis Avila. lotes que el testigo cercó de pinos, época para la cual (años 1970-1971) no conoció allí a nadie más que a la señora Rosa y después a Eusebio Montealegre quien lo cultivó, "lo tuvo en posesión un tiempo... y fue el que le vendió la agricultura a la misma señora Rosa, después lo entregó porque habían llegado unos señores, me contó ella que lo necesitaban para sembrar flores, de ahí del 78 para acá llegó el señor Luis Pedraza, levantó unos muros y se hizo un taller, también tiene por la calle 146 con la séptima y doce.

Preguntado por las construcciones de los lotes a que aludió el testigo respondió que "como lo he dicho, en el 78, él (se refiere a Pedraza) comenzó a edificar por escala, el primer lote que tomó fue el de frente a la señora Rosa, fue como del 72 al 78 o una cosa así, no lo recuerdo bien"; manifestó después que esto fue como en el año 72 al 74 "una cosa así", para terminar diciendo que fue como en el año 76 al 78. En todo caso expresa que en el año 1975 estuvo tapando goteras. no en esos lotes, sino en la casa de Pedraza que queda más abajo;

f) Por su parte, José Isidro Redondo Plaza, quien contaba con 70 años de edad al momento de declarar, señaló que ha oído nombrar a Pedraza hace más de quince años, porque este señor vive en la calle 145 con carrera 16, y posee un lote en la calle 145 con

carrera 10, el cual cercó hace unos 8 o 9 años, para montar un taller, terreno que tuvo como arrendataria la esposa del testigo y que entregó al arrendador Mario Salazar "más o menos por ahí en el año de 1971. Al aludir el declarante a las manzanas en que se hallaban los lotes, manifestó que ellas duraron unos meses sin que nadie hubiera llegado ni a vivir ni a cercar ni nada...". Después se oyó que el precitado Salazar se lo arrendó a un europeo para sembrar fresas. Luego, volvió a quedar ese terreno quieto "sin que nadie hubiera procedido ni a cercar ni a disponer de esos terrenos, meses posterior a esto del año 72 que yo recuerde se oyó decir de nuevo que Mario Salazar había arrendado la manzana que va de la calle 145 a 146 y entre carreras 7 a 12, sin saber nosotros a qué persona le hubiere arrendado, comprobamos que sí había arrendado Mario Salazar porque si no estoy equivocado finalizando el año de 1972 procedieron a construir un local por la avenida 7ª a mitad de cuadra dizque para negocio y comprobatorio hasta el momento ahí se encuentra dicho local construido, de ahí en adelante mi esposa y mi persona no teníamos nada que ver dentro de esa manzana... Por el lote que se me pregunta por sus dimensiones por allá en el año de 1975 si no estoy equivocado resultó mandando un señor de nombre Eusebio Montealegre que cultivaba cebolla y verduras que tenía cultivadas, ella procedió a comprarle dichas verduras porque él se retiraba de dicho sector, si no estoy mal un año posterior a dicha compra por ahí como en el año 77 le llegaron a mi hogar el señor Pedraza a mi esposa que le cediera ese lote de terreno para cultivar flores porque le iba a dar vida al barrio con ese cultivo, ella como la cogieron sorpresivamente y le manifestaron que le reconocían algo por el valor del cultivo que había, ella le manifestó al señor Pedraza que si era para sembrar flores ella aceptaba... como a ella le dieron cualquier centavo le cedió eso a don Pedraza, como ocho días después de habérselo quitado ese lote con todas las patrañas del señor Pedraza y del señor Vásquez procedió a rellenar eso... y fue cuando empezó a cercarlo con bloque tal como se encuentra en el momento".

Más adelante, enfatizó: "debo de aclarar que durante el año de 1957 al año de 1972 que me conste a mí, después de don Mario Salazar que era el que mandaba en esos terrenos nadie más reconozco que hubiere llegado a esos terrenos ni a construir ni a hacer cercas, sino las cercas posteriormente les hicieron un arreglo...".

Explicó también que en el interregno dicho lo único que existía en el terreno era un ranchito de teja que está ahí, "esos terrenos eran chircales y el ranchito era donde dormían los trabajadores y cocinaban los alimentos, ahí donde vive actualmente Luis Alberto Reyes".

g) Luis María Vargas García declaró que conoció la manzana B de la urbanización Las Acacias desde el año 1958 o 1960. No existía más que la casita de Rosa, quien tenía allí unas vacas, estaba "medio cercado el lote y había bastante maleza". Para el año 1972 procuró el testigo tomar en arrendamiento el terreno para adecuar allí canchas de fútbol, y se enteró que "eso don Mario Salazar le había arrendado a un señor Víctor para montar un restaurante", y luego de levantado éste, como en el año 1974 supo que un señor Santiago estaba vendiendo lotes de esa manzana.

Al ser interrogado acerca de si para el año 1974 poseía Pedraza algún lote de la manzana, dijo: "No, yo no sabía si le había comprado algo al señor Vásquez ni lo vi por ahí, después de varios años lo vi cercando lotes... y supe que le había comprado varios lotes al señor Vásquez".

3. Si, pues, de tales testimonios estableció el Tribunal que Mario Salazar fue poseedor de la manzana hasta más acá del año 1970, entregándolo en tenencia a Rosa de Redondo y a otras personas que mencionó expresamente, cuyos lotes estaban desocupados a la sazón, salvo un rancho que habitaba la prenombrada señora; que Santiago Vásquez Vásquez arrebató la tenencia a Victoriano de Jesús Martínez, y luego junto con Luis Carlos Pedraza lo hicieron con Rosa de Redondo en el año 1973; las cuales cosas lo impulsaron a "la convicción que la posesión del demandante empezó a poseer apenas a partir de 1975 aproximadamente", salta a la vista que la discreta autonomía que le compete para ponderar las pruebas estuvo lejos de caer en contraevidencia. Antes bien, aparece en un todo ajustada a la prueba testimonial que examinó y, por ende, no incurrió en la falencia probatoria que se le achaca.

Por lo demás, dicha persuasión partió del examen analítico que el sentenciador hizo de la ciencia del dicho, como que de un simple cotejo con las transcripciones anteriores brota apodíctico que según las propias expresiones del juzgador, "muchos de los deponentes fueron protagonistas de lo sucedido, varios por haber tenido la tenencia de los lotes de terreno y ayudado en las obras que se hicieron en ellos, diferentes a las del demandante, y aun en los de éste y otras personas, porque en presencia de lo que denominaron invasiones sucesivas sobre las mismas, particularmente la de Santiago Vásquez Vásquez, como vecinos o presidente de la Junta de Defensa Civil del barrio se quejaron a las autoridades correspondientes". En verdad, los declarantes fueron explícitos, acordes y, lo que es más importante, hicieron un relato pormenorizado en relación con la historia posesoria del inmueble, denotando coherencia en todo ello y dando precisa cuenta del por qué lo sabían.

Y la credibilidad de los testigos no puede verse menguada simplemente porque para el casacionista es sospecha lo que para el Tribunal no es; punto sobre el que el juzgador se pronunció expresamente y dio las razones que descartaban la mácula con que el recurrente pretendía empañar sus versiones.

Ya quedó dicho atrás que los razonamientos probatorios de los juzgadores de instancia es asunto que, en tanto no pise el umbral de la arbitrariedad, está vedado en casación; "*máxime cuando las conclusiones que saca de determinado grupo de declarantes no es contraria a la realidad objetiva del proceso. Pretender el censor, que hay yerro fáctico, porque se le debe creer más a un grupo de testigos que al opuesto, sin demostrar el desacierto evidente o manifiesto cometido por el Tribunal en el examen de dicha prueba, no pasa de ser un alegato de instancia (Cas. Civ. de 2 de agosto de 1985, ya citada anteriormente).*

4. Es patente así que saliendo ilesa tal prueba testimonial del ataque lanzado en casación, ella sola sirva de puntal a la denegatoria de la pertenencia deducida en la demanda principal por Luis Carlos Pedraza; y, por ahí mismo, se determina sin más la improsperidad de esa parte de la acusación. Tanto más cuanto que, como secuela de ello, igualmente cae dentro del marco de la autonomía del Tribunal el haber puesto en duda que Luis Carlos Pedraza hubiera celebrado contrato de arrendamiento con Alberto Peñaloza Bonilla, desde el año de 1964, alusivo al bien disputado, toda vez que la prueba por testigos que tuvo en mira es bastante convincente al afirmar que a aquél lo vieron poseyendo mucho tiempo después.

En suma, si de la casación sale indemne la prueba testimonial analizada, la cual, por sí sola, es fundamento suficiente para mantener en pie la sentencia, resulta inocuo, a ojos vista, el estudio de los demás yerros que se lanzan contra la decisión de desestimar la pertenencia incoada en la demanda principal.

5. Acometiendo ya el análisis del ataque que se dirige contra el acogimiento de la pretensión deducida en la demanda de reconvención, relativamente al error de derecho en torno a la reivindicación decretada, consistente él, recuérdase, en haberse tenido como prueba del dominio la escritura pública número 1607 de 22 de marzo de 1960 de la Notaría Quinta de Bogotá, ha de señalarse que es un cuestionamiento probatorio que súbitamente irrumpe en el escenario de la casación, pues brilla por su ausencia en las instancias; sin que esto resulte infirmado, como era de desear por el recurrente en casación, por el simple hecho de que el actor hubiese escrito en el alegato de conclusión que las pretensiones de la demanda de mutua petición "deben desecharse ya que la actora no demostró los elementos axiomáticos de la reivindicación". Porque, es lo cierto, que se trata de una afirmación sumamente genérica que en ninguna parte pone al descubierto, y ni siquiera lo deja ver a trasluz, que con solo ello se estuvo arguyendo el valor demostrativo del acto escriturario indicado; el enunciado transcrito dista, y con mucho, de ser una forma adecuada que deje a salvo los fines que se persiguen cuando se dice que en casación quedan fuera de lugar las argumentaciones que se califiquen de medios nuevos, cuales son precisamente los de propender que el debate de pruebas se adelante con estricto apego a los postulados de la lealtad y la contradicción, todo en aras del derecho de defensa de los litigantes.

Justifícase la inadmisibilidad de los llamados medios nuevos en casación, en vista de que el recurso extraordinario "va dirigido contra el fallo, en cuanto ha desatado una controversia teniendo en cuenta los elementos aducidos y los hechos invocados en ella y no elementos ni hechos ajenos al litigio, y por lo tanto desconocidos del juez... Sería, de lo contrario, una lucha desleal, no sólo entre las partes, sino también respecto del Tribunal fallador, a quien se le emplazaría a responder en relación con los hechos o planteamientos que no tuvo ante sus ojos, y aun respecto del fallo mismo, que tendría que defenderse de armas para él hasta entonces ignoradas" (LXXXIII, núm. 2169, pág. 76).

Justamente uno de los campos en que mejor proyección tiene la teoría de los medios nuevos, es el probatorio. Son muchas las ocasiones en que al recurso extraordinario se traen críticas a los elementos de persuasión que obran sin ellas en las instancias; por eso mismo ha sido menester que otras tantas veces se haya pronunciado la Corte, sin cesar, señalando lo inadmisibles que advienen, todas en el bien entendido de que el debate en materia de pruebas debe, normalmente, desencadenarse y clausurarse en las instancias, y que definitivamente lo que estuvo ausente allí aparece a deshora en casación (así puede constatarse en las siguientes decisiones: G.J. XXXIX, pág. 478; XLII, pág. 731' XCVI, pág. 101; CXXXI, pág. 144' sentencias 086 de 4 de febrero de 1984; 7 de febrero de 1983; 013 de 6 de marzo de 1976; 185 de 24 de mayo de 1989; 263 de 16 de julio de 1990; 032 de 12 de febrero de 1991; 077 de 10 de marzo de 1988; 216 de 22 de junio de 1988 y 108 de 4 de julio de 1989).

En la última de las citadas, que viene al caso, dijose en efecto:

"Fluye de lo anterior, que la inconformidad de la parte impugnante en lo tocante con la apreciación del Tribunal acerca de la prueba de la calidad de propietaria en la demandante, se ha venido a manifestar con ocasión del recurso de casación, lo que, según se anticipó, constituye la invocación de un medio nuevo que, por ser tal, resulta inadmisible a estas alturas del proceso."

En las condiciones referidas, tampoco se abre paso este cargo.

IV. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia proferida en este proceso el 7 de junio de 1990 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

Costas del recurso a cargo del demandante-recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 156

PATERNIDAD NATURAL - DEMANDA / DEMANDA - PATERNIDAD NATURAL

Frente a la autonomía e independencia de cada una de las causas enlistadas en la Ley 75 de 1968, es menester indicar con claridad las que se quieran aducir en juicio; pero la claridad así requerida no hace ecuación infalible con una determinada expresión o conjunto de palabras invariables. La precisión en el punto no sufre mengua cuando sin utilizarse tal o cual expresión, se da a entender perfectamente lo que se quiere, de suerte que no quede duda sobre el particular.

PATERNIDAD NATURAL - RELACIONES SEXUALES

Antecedente legal. A raíz de la Ley 75 de 1968, se eliminó la exigencia de que el trato carnal fuese notorio y estable; además se admitió que las relaciones de tal estirpe se pudiesen comprobar a través de la inferencia, de la deducción. Fundamento de la reforma. Es el juez, quien basado en los hechos de que dan cuenta los declarantes, debe sacar las presunciones de hombre y no el testigo. Viraje que en materia probatoria trae la Ley 75 de 1968, en relación con la causal de que se trata. Carga de la prueba que debe cumplir el actor. Las relaciones sexuales se pueden inferior del trato social y personal. Qué debe entenderse por tratamiento personal y social profesado entre la pareja. Las solas visitas sin ninguna otra circunstancia que permita deducir un acercamiento íntimo de los enamorados, no denuncian relaciones sexuales.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Rafael Romero Sierra.*

Santafé de Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 23 de agosto de 1990, proferida por el Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Medellín en el proceso ordinario que María Blanca, William de Jesús y Reinaldo de Jesús Jaramillo promovieron contra Nohemí Alzate de Mejía, Francisco, Martha Luz, Efraín, Bertha Oliva, Rodrigo, Daniel, Luz Nohemy, Juan Pablo, Rubén Darío, Dora Elena, José Luis, María Eugenia y Albertina Mejía Alzate, y además contra herederos indeterminados de Daniel Mejía López.

I. Antecedentes

1. En la demanda introductoria del referido proceso, que fue presentada ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Ceja (Antioquia), solicitaron los demandantes que, con audiencia de los demandados, se los declarase hijos extramatrimoniales del extinto Daniel Mejía López. Y que, en consecuencia, tienen vocación para sucederlo y derecho para que los demandados les restituyan, en la cuota que legalmente corresponda, los bienes que hayan recibido en dicha mortuoria, juntamente con los frutos que hayan producido o podido producir.

2. Tales aspiraciones hiciéronse descansar en los hechos que enseguida se recapitulan:

a) Por el año 1933 se conocieron, en La Unión (Antioquia), Daniel Mejía López y Sixta Tulia Jaramillo, quienes rápidamente formalizaron un prolongado noviazgo, que incluso contó con el convenio, fallido a la postre, de contraer nupcias. Empero, continuaron "sus relaciones amorosas, las que fueron de público conocimiento en el municipio de La Unión y perduraron hasta cuando ocurrió el fallecimiento del señor Daniel Mejía López", que lo fue el 28 de noviembre de 1986.

"Durante todo este tiempo el señor Mejía visitaba con frecuencia a la señorita Sixta Tulia, quedándose a pasar la noche en casa de ésta dos o tres veces por semana";

b) "De las relaciones existentes" entre ambos, nacieron María Blanca, William de Jesús y Reinaldo de Jesús, en su orden, el 27 de septiembre de 1934, 12 de octubre de 1937 y 12 de abril de 1940;

c) Daniel Mejía atendió las necesidades de Sixta Tulia durante su embarazo y el nacimiento de los tres hijos precitados; luego de los alumbramientos le obsequiaba a ella vestidos, aretes y otras joyas, y "situaba en casa de ésta una vaca productora de leche que permitiera satisfacer los requerimientos de la madre y el lactante";

d) Daniel Mejía López siempre se comportó como padre de los actores, "... y así los reconoció familiar y socialmente". Puede verse, por ejemplo, que Ana Justa López -madre del occiso Daniel- fue madrina de confirmación de María Blanca; y Pedro -el hermano de Daniel- padrino de bautismo de Reinaldo de Jesús. Así mismo, los demandantes se reunían en épocas de vacaciones con los familiares del desaparecido (incluyendo hijos legítimos demandados), en la finca Samaná; permanentemente recibían de Daniel productos agrícolas, "lo que no solamente ocurrió durante el período de crecimiento y desarrollo de los hijos, sino también cuando éstos formaron sus hogares y para atender las necesidades propias de éstos" y, en general, les colaboraba, les hacía regalos -a María Blanca le dio algún estudio en Marinilla en donde estuvo interna en el año de 1948-;

e) Daniel trató a Sixta Tulia como la progenitora de sus hijos;

f) Los familiares de Daniel han reconocido públicamente a los actores como sus parientes;

g) Daniel Mejía se casó con Nohemí Alzate el 24 de enero de 1944, "lo que no alteró en nada el comportamiento del señor Mejía para con la señora Sixta Tulia Jaramillo". Fueron hijos matrimoniales: Francisco, Martha Luz, Efraín, Bertha Oliva, Albertina, Rodrigo, Daniel, Luz Nohemí, Juan Pablo, Rubén Darío, Dora Elena, José Luis y María Eugenia Mejía Alzate; los mencionados cónyuges sobrevivientes e hijos legítimos "detentan los bienes que integran la herencia y desde la muerte del causante se benefician económicamente de los mismos".

3. Los demandados se opusieron a las pretensiones y, en cuanto a los fundamentos fácticos en que aparecen ellas edificadas, manifestaron no constarles la gran mayoría, al tiempo que negaron o calificaron de falsos los restantes. Hicieron notar que la madre de los demandantes vivía en un hotel, lo cual traduce la imposibilidad de establecer una paternidad.

Propusieron las excepciones que denominaron inexistencia de la relación filial; falta de reconocimiento y de prueba directa e inoperancia de las presunciones legales.

4. Impulsado el trámite por los cauces que legalmente son de rigor, finiquitóse la primera instancia mediante sentencia estimatoria de 25 de junio de 1989.

5. Apeló entonces la parte demandada, impugnación que desató el Tribunal Superior de Medellín en sentencia de 23 de agosto de 1990, por medio de la cual revocó el acogimiento que de las pretensiones habíase hecho frente a María Blanca Jaramillo, respecto de quien, por lo tanto, absolvió a los demandados. En lo demás, esto es, en relación con los codemandantes Reinaldo y William, se confirmó íntegramente la sentencia apelada.

6. Contra la decisión de segundo grado, bien se sabe, interpusieron los demandados recurso de casación, tal como se dejó advertido desde un comienzo. El mismo que, por haber agotado su trámite, se apresta la Corte a decidir.

II. La sentencia del Tribunal

Tras relatar las diversas incidencias que desembocaron en el litigio a estudio, así como el desenlace procesal del mismo, el sentenciador acometió el fondo de la controversia refiriendo primeramente al tema que, en punto de filiación extramatrimonial, toca con la legitimación en la causa, aspecto que encontró acreditado en el *sub lite*.

Paso seguido, advirtiendo que los actores invocaron como causal de la paternidad reclamada, "la determinada en el ordinal 4° del artículo 6° de la Ley 75 de 1968", y de resaltar que en tal evento es menester probar que entre el presunto padre y la madre del demandante existieron relaciones sexuales extramatrimoniales, fruto de las cuales nació el hijo "después de ciento ochenta días, contados desde cuando comenzaron las relaciones o dentro de los trescientos días siguientes a aquél en que comenzaron", recordó el Tribunal los fundamentos probatorios en que se basó el juzgador de primera instancia para acoger las súplicas de la demanda, de cara a lo cual observó de su parte que, "de acuerdo con varios testimonios recepcionados", las relaciones entre Daniel y

Tulia comenzaron en el año 1936 (que no en 1933 y 1934 como lo dedujo el *a quo*), puesto "que el mismo testigo *José Gabino Mejía Castro* en su declaración manifestó que el primer novio de *Tulia* fue *Pachito Castro* entre el año treinta y cuatro y treinta y cinco, y que luego vino el noviazgo de *Daniel* y *Tulia* que por esta época cuando logró se retirara *Pachito Castro*, vinieron las relaciones de *Daniel* con *Tulia* y consiguiente embarazo de William y Reinaldo (sic)".

Conclusión de la que dedujo a su vez que María Blanca, habiendo nacido el 27 de septiembre de 1934, vale decir, por la época en que Tulia tenía relaciones de noviazgo con Pacho Castro, "por consiguiente no podía tener como parte (sic) extramatrimonial a *Daniel Mejía*".

Prosiguió luego su examen analítico poniendo de relieve que Pedro Pablo Patiño (sic) declaró que cuando tenía 15 años de edad (según lo que manifestó allí mismo nació en el año 1922), Daniel y Tulia "iniciaron las relaciones amorosas y que duraron hasta cuando el testigo tenía 22 años de edad, vale decir hasta el año de 1944, el señor *Daniel Mejía* frecuentaba la casa de Tulia Jaramillo diariamente, en visitas amorosas, por aquella época únicamente entraba Daniel con toda la confianza, no como cualquier comensal, sino que se comportaba como si fuera el dueño".

Y de allí en adelante se dio el juzgador a la tarea de averiguar qué dijeron sobre ese particular los diversos testimonios recepcionados. Así, indicó que Juan Ignacio Guzmán Mejía, quien según los datos que se extraen de su dicho, nació en el año 1915, dio cuenta "de que cuando él tenía 22 años Daniel Mejía y Tulia Jaramillo iniciaron sus relaciones amorosas, pero sin determinar la época, igualmente manifestó que así mismo tuvo relaciones amorosas con Pacho Castro".

En relación con las versiones de Ana Rita Mejía de González y Bernardo Antonio Mejía López (ambos hermanos del fallecido Daniel), anotó que la primera dijo no constarle lo de las relaciones entre Daniel y Tulia, y el segundo manifestó no saber quién es el padre de los demandantes, aunque ambos escucharon decir en el pueblo que Reinaldo y William eran hijos de tal pareja.

Puntualizó que Juan Bautista Gil, tío de los demandantes, tras manifestar que tenía "mala memoria debido a un derrame cerebral que sufrió" y que su hermana Tulia "ha tenido muchos enredos", expresó que con ésta vivió Daniel, "no recuerdo hasta qué año, que hasta cuando se casó a los 25 años y hasta esta edad vivió con Tulia".

Frente a las narraciones de Jesús Orlando López García, María Nelly López de Ramírez, Félix María Martínez Valencia y Luis Alberto Guzmán Londoño, testigos citados por la parte demandada, afirma el *ad quem* que daba la edad de los mismos para la época de las posibles relaciones entre Daniel y Tulia, nada les podía constar, como así lo expresaron en efecto.

Por su parte, relativamente a lo que declararon Ana Eva Mejía de López y Luis Alfonso López Ocampo, también citados por los demandados, subrayó el Tribunal que no les consta quién sea el padre de los actores, ni han oído decir que entre Daniel y Tulia hubiese existido alguna relación, aunquando la primera de las mencionadas admitió que decían que los hijos William y Reinaldo "podrían ser de Daniel".

Luego de todo lo que se deja referido, acabó por afluir en el siguiente apotegma:

"En síntesis, de acuerdo con las pruebas allegadas se infiere que Daniel y Tulia en realidad tuvieron relaciones, el testigo José Gabino Mejía Castro de 66 años se refiere a que esas relaciones se iniciaron en el año de 1936, pues en el año 1934 y 1935 Tulia tuvo relaciones de noviazgo con el señor Francisco Castro y cabe anotar cómo la demandante María Blanca nació el 27 de septiembre de 1934."

Y elucidando al respecto prosiguió:

"El testigo señaló que las relaciones entre Daniel y Tulia se iniciaron en 1936 y continuaron hasta la época del matrimonio de Daniel (contrajo matrimonio el día 24 de enero de 1944).

"El testimonio del señor Pedro Pablo Patiño (sic) de 66 años coincidió con el testimonio de José Gabino Mejía (fls. 81 al 85 C. de Pruebas parte actora)."

Partiendo de esos supuestos fácticos, pues, dedujo que los demandantes William de Jesús y Reinaldo de Jesús Jaramillo, nacidos el 12 de octubre de 1937 y 14 de abril de 1940, respectivamente, fueron concebidos durante la época en que se presentan tales relaciones (art. 92 C.C.), mas no así la codemandante María Blanca.

Por todo ello anotó finalmente que "prosperan las pretensiones respecto de la primera causal invocada, consistente en que entre el presunto padre y la madre, existieron relaciones sexuales en la época en que según el artículo 93 C.C. (sic), pudo tener lugar la concepción.

Adentrándose a continuación a establecer si la segunda causal, la de posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial, habíase comprobado; y, a vuelta de citar los elementos estructurales y la forma ponderada como debe analizarse la prueba, acotó que ello no fue así. Tornó a decir, entonces, que la filiación se abría paso solamente en virtud de la otra causal.

III. La demanda de casación

Opúgnase la sentencia que se dejó abreviada, mediante la formulación de un cargo que, al amparo de la primera causal de casación del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, denuncia la transgresión indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 1° de la Ley 45 de 1936 y 6° de la Ley 75 de 1968, ordinal 4°, incisos primero y segundo, a lo cual se llegó por los manifiestos errores de hecho que incidieron sobre el análisis e interpretación de la demanda y las pruebas después discriminadas.

Desenvolviendo la censura, explícase delanteramente que se cometió error de hecho al creer el Tribunal que la causal de relaciones sexuales como presunción de paternidad había sido invocada en la demanda incoativa del proceso. "Leída párrafo a párrafo -anota el censor-, línea a línea, la demanda no emplea ni una sola vez la expresión 'relaciones sexuales'"; y, por lo demás, los hechos 6 a 10, "que parecen recoger el real fundamento fáctico, hacen referencia a situaciones relacionadas todas con posesión notoria, pues aluden al trato que Daniel daba a Tulia y los demandantes".

"Los hechos 1 a 3 hablan de 'noviazgo' y de 'relaciones amorosas', términos que no suponen necesariamente vínculo carnal...". El cuarto "alude a la pernoctación y visita

frecuente de Daniel a Tulia, que sin duda también se quiere hacer referir a trato para indicar que ésa sea su casa, o la de su familia. Y el quinto solamente afirma la filiación."

Del fundamento jurídico expresado en el libelo demandatorio, tampoco puede derivarse la alegación de la mentada causal, pues que como tal se cita indiscriminadamente la Ley 75 de 1968.

"Luego corresponde a la lógica -prosigue- interpretar la demanda en el sentido de que ésta se apuntala en la *posesión notoria del estado de hijos*, en tanto que resulta objetivamente forzado entenderla basada en las relaciones sexuales para la época de la concepción". Estas no pueden considerarse insitas con sólo aludir a la filiación como fuente indirecta y remota; amén de que, según la jurisprudencia, hay necesidad de alegarla concretamente, en apoyo de lo cual cita y transcribe parcialmente el censor la sentencia de esta Corporación calendada el 29 de septiembre de 1988.

Y dejando de lado ese preciso yerro que denuncia, el impugnador acometió la labor de indicar cuáles otros se cometieron al sopesar las pruebas. A este respecto señala que el juzgador, desde el propio instante que abre el análisis pertinente, suscita perplejidad ante "su liviandad de juicio", toda vez que sin concretar a cuáles declarantes se refería dijo, "en generalización insólita", que "de acuerdo con varios testimonios", las relaciones entre Daniel y Tulia se iniciaron en el año 1936.

A lo que estimó del caso glosar: "Si uno continúa la lectura del párrafo, encuentra que los `varios testimonios` se reducen a uno, pues tras citar y transcribir la declaración de José Gabino Mejía Castro, ya dice llegar a la `síntesis`, como si hubiera abarcado en su análisis muchas pruebas, y fuere menester resumir", a cuya comprobación reproduce textualmente el párrafo respectivo de la sentencia.

Paradójicamente, después de tal "síntesis", "empieza a aludir a los testimonios vertidos como para no aparecer tan lacónico, puesto que ninguno de ellos refuerza o viene en apoyo de la precitada convicción", y comenzó por el de Pedro Pablo Patiño (aquí insiste el censor en la ligereza que achaca al Tribunal, pues no hay testigo que así se llame, queriendo aludir seguramente al de Pedro Pablo Toro Patiño).

El recurrente apunta que la sentencia se basa en los testimonios de José Gabino Mejía Castro y Pedro Pablo Toro Patiño, pues en ellos cree ver el juzgador la prueba de estos aspectos:

"La existencia de relaciones de noviazgo entre Daniel Mejía y Tulia Jaramillo entre 1936 y 1944.

"Que esas relaciones de noviazgo implicaban relación sexual.

"Que esa relación sexual era exclusiva.

"Que de esa relación nacieron William y Reinaldo Jaramillo."

Lo que traduce -agrégase- que a esas pruebas les hizo decir lo que no revelan, "incurriendo así en lo que propiamente suele denominarse suposición, en tanto que desalienda otros aspectos de esas mismas pruebas y en integridad otras (que pasaré a precisar), que desdibujan, niegan existencia a los hechos en que se apoya la presunción legal de paternidad, por lo que cae también en preterición".

Así que, luego de resaltar algunos fallos jurisprudenciales sobre la materia, especialmente en cuanto tocan el aspecto probatorio de la causal de paternidad en cuestión, dedicóse al impugnador al análisis del testimonio del primero de los supradichos. En tal labor crítica su mérito demostrativo, poniendo de relieve que el declarante estima que el padre de los actores fue Daniel, creencia que funda solamente en ver que éste y Tulia "conversaban de cerquita"; en las "supuestas expresiones de la madre de Daniel y de su hermano Pedro; en el trato que de hermanos se ofrecía entre los demandantes y los hijos legítimos de Daniel; y, por último, en las ayudas que Daniel realizó a favor de William y Reinaldo".

El testigo cree en un noviazgo cuyos rasgos de la época diferían mucho de los de hoy, y lo basa en que charlaban de cerquita y Daniel se lo pasaba en casa de Tulia, a lo que replica el censor que "ciertamente las costumbres de esa época para el trato entre novios eran distintas. Pero lo que sí no ha podido cambiar es la forma de engendrar hijos, y la prueba tiene que conducir específicamente a este aspecto, no a demostrar simplemente noviazgo". Porque ya cuando es interrogado más adelante expresa cosas como: "que me hubiera tocado a mí alguna cosa de día o de noche no"; "que durmiera allá (Daniel) a mí no me consta"; "cuántas veces entré donde Tulia un momento encontré a Daniel en el patio o corredor unas veces hablando con ella otras veces con otra persona como muchas veces entre yo me entro al patio otras veces a la cocina otras veces al solar a ver qué hay y unas veces entro y me demoro y listo...".

Particularmente, a la pregunta de si podía asegurar que la pareja tuviera tratamiento sexual, respondió: "A mí no me consta nada porque Daniel únicamente entraba dos, tres veces o varias veces pero... otra cosa no me consta".

Encarando dichas transcripciones comenta el casacionista: "Un seguimiento a la totalidad del testimonio arroja la convicción de que la presencia de Daniel en casa de Tulia era equívoca en el sentido probatorio, es decir, que no permitía deducir racionalmente el trato carnal, pues no había intimidad, ya que las puertas permanecían abiertas, incluso las de las habitaciones, pudiendo entrar cualquier persona en cualquier momento...". De donde se deriva que la creencia de Gabino está más que todo fundada "por comentarios y por lo que me decía Justica la mamá de Daniel que eran hijos de Daniel no me consta", como lo expresara después el declarante. Cuestión que reiteró al responder que la creencia de la paternidad de los hijos de Tulia la basaba así: "De León sí porque Jorge mismo me dijo que era hijo de él, Rocío porque Pacho Castro me dijo que por fin se había desquitado de ella, y de Nelson dice que es pero nunca conversé con Pacho Castro, y de Oscar porque la misma Tulia me dijo que era de Israel y los otros porque Tulia me han dicho que son de Tulia porque Daniel nunca supe nada, y Justica que me dijo". Y llama la atención -asegura el recurrente- que ninguno de los tres hermanos de Daniel confirmara que Justica hiciera esos comentarios.

Por lo demás, "se observa la falsedad de la supuesta relación de hermandad entre los demandantes y los hijos legítimos de Daniel, y con los interrogatorios de Reinaldo y William se desvirtúan las supuestas ayudas de Daniel hacia ellos".

De tal testigo, en resumen, no puede inferirse relación de noviazgo y, mucho menos, de trato carnal. Es más: en la misma lógica del Tribunal al dar por establecida una relación en el período 1936 -1944, "forzosamente habría que daría también por

demostrada respecto de Francisco Castro, para idéntico lapso, o incluso uno más amplio no sólo hacia atrás sino hacia el futuro... pues según el mismo Gabino son hijos de Castro, Rocío que nació a fines de 1941, y Nelson, nacido el 15 de mayo de 1946".

Pasando en este punto al testimonio de Pedro Pablo Toro Patiño, apúntase que éste habló de relaciones amorosas entre la pareja, principalmente porque Daniel entraba y se la pasaba en casa de Tulia, a la que concurría como si fuera el que mandara en el hotel; más preguntado por el fundamento de ello, dijo: "Los veía en la cocina, conversando, charlaban nada más... vi como que se quieren nada más, simplemente ve que se quieren unas personas, simplemente malicia que se quieren, pero no más".

Acota la censura que el comportamiento que de dueño denotaba Daniel, "lo único que refleja es el temperamento del señor Mejía, su manera de ser, y no nada más". Advierte así mismo que es interesante mirar cómo el testigo recuerda sin ambages la relación dicha, siendo oscuro en otros aspectos de la misma época, como al afirmar que nunca vio en estado de embarazo a Tulia, o no saber qué personas vivían con ésta. Tanto más cuanto que dijo que a la casa de Tulia entró en la edad comprendida entre los 15 y 22 años, lo que significa que lo fue para los años 1937 a 1944. "Pues bien -argúyese- ha debido conocer a Juan Bautista Gil, hermano de Tulia y que vivió con ella hasta ese año, y a otras personas que residían en el hotel, y tendría que haberse enterado de la gestación y nacimiento de William (octubre 16 de 1937, fl. 59 cuaderno principal), Reinaldo (abril 12 de 1940, fl. 6 idem) y María Rocío (diciembre 27 de 1941, fl. 93)".

Siendo así, pregunta el recurrente: "¿Podrá decirse que el testimonio de Pedro coincide con el de Gabino? ¿Constituían entrambos esbozo siquiera mínimo de prueba de relación sexual?".

Eso lo que acontece con la prueba sobre la que se levantó la decisión combatida.

Mirando otros elementos persuasivos, dícese, se extraña la peritación de expertos en genética, que la parte actora solicitó pero que no se practicó "seguramente por absoluto desinterés del solicitante", lo que tiene que hablar en contra de los demandantes y en favor de los demandados.

Tocante con los demás declarantes, advirtiendo el censor que sólo pudieron conocer los hechos investigados las personas que hoy cuentan con 60 años de edad, por lo menos, se refiere en consecuencia a los de Alfonso López, Ana Eva Mejía, Adelfio, Juan Ignacio Guzmán, Juan Bautista Gil y Bernardo Mejía, de cuyos dichos nada viene en pos de la causal alusiva a las relaciones sexuales.

Para finalizar, la siguiente es la crítica probatoria del impugnador:

"Culminado el proceso de decantación de la prueba, lo único que aparece demostrado es que Daniel Mejía entraba al hotel de Tulia, y era su amigo. Amistad que no autoriza deducir otra cosa porque:

"1. Entraba a la casa cualquier persona, casi a cualquier hora. Con la misma asiduidad y confianza de Daniel entraba Gabino, antaño como hogaño, y no por eso van a imputársele paternidades. Si por eso fuera, todos los hijos de Tulia lo serían de Daniel, pues aparece que entró hasta el fin de sus días, y acarició y 'jonjolió' desde Blanca hasta León.

"2. Para la época de la gestación de Blanca aun vivía Delfinita, la madre, la cual era muy celosa del cuidado de Tulia y salía poco de la casa; lo primero hace difícil creer que alcahueteara una relación carnal con Daniel, mientras lo segundo imposibilita una relación a sus espaldas.

"3. Nadie nunca sorprendió a Daniel en actitud realmente digna de sospecha, a pesar de que todas las puertas del hotel se mantenían abiertas y cualquier persona podría entrar inopinadamente. (¿De dónde saca el Juzgado que en las visitas de Daniel había un carácter íntimo, 'que facilitaba el mismo tipo de negocio donde Tulia lo recibía, el hotel del pueblo'? Lo facilitaría en el sentido de que el ingreso no era motivo de sospecha; pero vaya si en esas condiciones era harto difícil una intimidad). Es más: En un período de 56 años, durante los cuales tuvo 7 vástagos, jamás nunca persona alguna, ni siquiera sus hijos, han sorprendido a Tulia compartiendo besos o caricias con alguien. De practicar la contracepción o de haber sido estéril, ésta sería la hora en que Tulia Jaramillo podría afirmar su virginidad sin que nadie distinto de sus esporádicos compañeros pudiera refutarle.

"4. De no ser por lo que acabamos de afirmar, William y Reinaldo tendrían que haberse dado cuenta de los amores de su madre con quienes son los padres de sus hermanos menores. Y véase que niegan cualquier conocimiento.

"5. Si *Gabino Mejía* dice verdad, no había que entrar por la puerta de la calle para ser amante de Tulia, sino que los que obtenían sus favores ingresaban por los solares, como *Jorge López*.

"Así como varios de los declarantes se erigen en auténticos modelos de lenguaraces, hay que decir que Tulia, a más de sus muchas cualidades reseñadas al contestar la demanda, es un verdadero portento de discreción (fls. 318 a 321 del cuaderno principal)".

Consideraciones

1. *Argumenta el casacionista que el Tribunal cometió yerro fáctico manifiesto cuando afirmó que en este proceso se invocó, entre las causales que presumen la paternidad extramatrimonial, la alusiva a las relaciones sexuales que consagra el numeral 4 del artículo 6° de la Ley 75 de 1968.*

El estudio de este aspecto de la censura adviene prioritario, pues de asistirle razón al recurrente, todo lo demás que se ensayara estaría de sobra.

Pues bien. Cierto que el libelo genitor del proceso no menciona explícitamente, en ninguno de sus acápites, las relaciones de carácter sexual que hubieran podido existir entre la pareja. Pero de aquí a sostener que dicha causal está excluida del tema a decidir, hay una distancia abismal; cuenta habida que de la interpretación en conjunto que se haga, brota nítidamente que los demandantes se quisieron también servir de la mentada causal, la que no necesariamente debe venir planteada con ciertas y determinadas fórmulas sacramentales o con una designación literal precisa sobre el trato carnal. Bien es verdad que se ha pregonado la autonomía e independencia de cada una de las causas enlistadas en la Ley 75 de 1968 y que, por consiguiente, es menester indicar con claridad las que se quieran aducir en juicio; pero la claridad así requerida

no hace ecuación infalible con una determinada expresión o conjunto de palabras invariables. La precisión en el punto no sufre mengua cuando sin utilizarse tal o cual expresión, se da a entender perfectamente lo que se quiere, de suerte que no quede duda sobre el particular.

Es precisamente lo que sucedió en esta especie judicial. El texto de la demanda con que se abrió paso el proceso, habla de que por el año 1933 se inició el noviazgo entre Daniel Mejía López y Sixta Tulia Jaramillo, "el cual se prolongó durante mucho tiempo"; que tales "relaciones amorosas" perdurarón hasta el fallecimiento de Daniel, y durante todas ellas "el señor Mejía visitaba con frecuencia a la señorita Sixta Tulia, quedándose a pasar la noche en casa de ésta dos o tres veces por semana". Manifestaciones todas que revelan que los demandantes ponen de presente una relación, no simplemente de pareja, sino de mayor entidad, en las que necesariamente se advierten perfiles de intimidad, como que de lo contrario no se entiende para qué aluden a la pernoctada periódica de Daniel en casa de Tulia.

Y si de abundar se tratase, más contundente aun es el hecho quinto de la demanda, en el que se enfatiza: "De las relaciones existentes entre los señores Daniel Mejía y Sixta Tulia Jaramillo" nacieron los tres demandantes. Hasta ingenuo fuera creer que se citan relaciones distintas de las sexuales.

Como quiera que ello sea, lo concluyente es que ni por asomo podría reprochársele al sentenciador la comisión de un yerro fáctico ostensible, único con virtualidad para dar paso exitoso a la casación.

2. Así que es de rigor examinar el otro aspecto de la impugnación, o sea el relativo a si el Tribunal cometió yerro fáctico evidente al tener por establecida la causal mencionada, no sin advertir, eso sí, que el alcance del recurso es parcial en cuanto tiende a desquiciar el reconocimiento de la filiación respecto de William y Reinaldo Jaramillo; como se recordará, tal filiación le fue denegada a María Blanca, la otra demandante.

Y como los desaciertos que en el punto le han sido enrostrados recaen sobre la prueba testimonial, nada más conveniente que, antes de compendiar lo pertinente de las diversas declaraciones recaudadas, se hagan algunas precisiones en torno a la causal que es objeto de pesquisa.

Dentro de las causales que dan lugar a presumir la paternidad natural, se reserva un lugar especial la que está dada por el hecho de que el pretendido padre haya accedido carnalmente a la madre del hijo, en el tiempo en que pudo ocurrir la concepción de éste, época que tiene definida el artículo 92 del Código Civil mediante el establecimiento de una presunción que repulsa prueba en contrario (art. 66 in fine).

Tal causal fue erigida desde la Ley 45 de 1936. Pero en la forma como estaba instituida, veíase en la práctica dificultad bastante para darla por cabalmente demostrada, pues sobre exigir la ley que las relaciones sexuales fuesen notorias y estables, el hecho mismo del contacto sexual de la pareja es asunto que, dada su propia naturaleza, casi siempre escapa a la mirada de los demás, y de ahí que probarlo era obra verdaderamente heroica, sin contar con que en algunas veces su obtención podría resultar escandalosa e inmoral. En condiciones tales, era apenas obvio que muy pocas paternidades pudieran establecerse por ese medio, siendo cada día más el número de

personas que quedaban abandonadas a su propia suerte ante la dificultad suma de conseguir semejante probanza, entre otras razones porque el propio interesado, el hijo, por razones obvias no puede tener más que un conocimiento histórico de lo acaecido con antelación a su concepción.

Los argumentos que se dejan referidos no fueron subestimados por el legislador colombiano, y fue entonces señalada la necesidad de expedir una norma que viniese a tomar razón de tales objeciones; la Ley 75 de 1968, en efecto, en cuanto concierne a la mentada causal, eliminó en su artículo 6°, numeral 4, las exigencias de que el trato carnal fuese notorio y estable. Pero más que eso, fue enfático en admitir que relaciones de tal estirpe pudiesen comprobarse a través de la inferencia, de la deducción. Sin ambages expresó que las relaciones sexuales "podrán inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad" (inc. 2° del numeral citado). Que ambos aspectos, y ante todo el segundo que es el que más viene al caso, se plasmaron con el inocultable propósito de atemperar en cierto modo la severidad probatoria hasta entonces predicada frente a la legislación precedente, es algo que la Corte ha puesto de relieve así:

"Dentro de las reformas que la Ley 75 de 1968 introdujo a la preceptiva legal anterior a su vigencia emergen con perfiles de singular relevancia las referentes a la acción de investigación de la paternidad natural, puesto que si bien es cierto que dicho estatuto aun conserva el sistema de la investigación restringida consagrado por la Ley 45 de 1936, también lo es que aumenta las causales al efecto y da mayor amplitud en el suministro de la prueba de los hechos que la estructuran", por todo lo cual se advierte que aquella ley "tiende a proteger los derechos de los hijos naturales, colocándolos en principio en situación mucho más ventajosa que la que les ofrece la Ley 45 de 1936..." (Sent. de 2 de noviembre de 1971, CXXXIX, pág. 196).

Y más exactamente ha puntualizado:

"Ahora bien, orientado el legislador sobre la idea de elaborar un estatuto más expedito y eficaz, ya que el anterior no se encontraba a tono con la conducta y forma de vida del pueblo colombiano, puesto que día a día proliferan incesantemente las relaciones sexuales extramatrimoniales y éstas tenían cumplimiento dentro de cierta discreción y sigilo que impedía la demostración directa de las mismas, estableció mediante la Ley 75 que las dichas relaciones podrán "inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar..." (Cas. Civ. 22 de octubre de 1976, ordinario de Guillermo Merino Visbal contra Myriam Rodríguez).

Acorde con ello ha precisado la Corte, de otro lado, la necesidad de no perder de mira la filosofía que movió al legislador de 1968, cuando de analizar el material probatorio se trata, aspecto sobre el que es imperioso regresar más adelante.

3. Es oportuno, ahora sí, conocidas suficientemente las directrices legales y jurisprudenciales anotadas, traer a cuento lo que relataron los testigos acerca de ese particular. Pero se hace notar que, con arreglo al resumen de la sentencia del Tribunal, éste, a despecho de haber extractado a su turno numerosos testimonios, es lo cierto que básicamente se apuntaló en dos de ellos, razón que justifica sopesarlos más a espacio.

José Gabino Mejía Castro, uno de ellos, de 66 años de edad (declaró en el año 1988), dijo haber conocido a Tulia Jaramillo "desde que estaba chiquito (...) porque yo he entrado a esa casa de seis años en adelante"; igualmente conoció a Daniel Mejía "toda una vida".

Enfrente de la pregunta que conlleva la averiguación por los amores de Sixta Tulia, respondió: "El primer novio que le conocí a Tulia fue Daniel Mejía el segundo Pacho Castro, a Israel Ospina y creo que el último fue el finado Jorge López"; particularmente, relativo al que dijo conocer con Daniel Mejía, expresó: "Pues la fecha no recuerdo pero sí de treinta y cinco en adelante eran novios, hasta que se caso con Nogemy (sic) ellos fueron novios la difunta Delfina y en esa época entraba mucho Daniel Mejía a conversar con Tulia, eso fue en el hotel en el centro de la plaza en la casa de la mamá donde es el hotel hoy"; "yo era muy amigo de la casa de Justica López la mamá de Daniel Mejía y Justica me contaba que Daniel se iba a casar con Tulia, y en alguna ocasión yo iba mucho por agua en la casa de Justica porque había una bomba, entonces Justica la mamá de Daniel me comentaba que cómo le parecía la parada del buen Daniel que ya tenía una niña, cuando nació Blanca no sé porqué no me consta nada. Que cómo me parecía a mí que el buen Daniel con una niña, la niña era hija de Tulia".

Prosiguiendo en su exposición relató que las relaciones entre Daniel y Tulia se presentaron "porque Daniel entraba de día y de noche, Daniel entraba allá pero que me hubiera tocado a mí alguna cosa de día o de noche no pero Daniel se mantenía allá (...) yo me mantenía allá porque ella hacía unas empanadas chiquiticas y a mí me gustaban mucho y entonces yo hacía mandado y ella me daba y entonces yo fui casi criado allá". Justa era la única de las parientes de Daniel que comentaba mucho "y lo que sí sé yo es que una vez Justica, fueron los muchachos allá Blanca allá y la recibieron muy bien y Justica le decía que si por ahí estaba el buen Daniel, le preguntaba a Blanca y ella contestaba que estaba en la casa con su mamá, eso fue como en dos ocasiones me tocó oír esa pregunta, Justica era muy partidaria doña Delfina demás que sí, cuando ella los alhuctiaba (sic) (...) pues creo que era partidaria porque Daniel allá se mantenía y ella nunca reprochaba".

Oyéndose interrogar sobre si la pareja se comportaba amorosamente, aseveró: "No, lo que pasa es que en esa época la situación que tenemos es muy distinta a la actual, él por ejemplo llegaba y conversaba de cerquita y en cambio uno por arrimársele a la novia tenía que ser a las tres cuadras en esa época, era que ahora años no se podía arrimar un hombre a una mujer y ellos se arrimaban y ellos conversaban de cerquita". Allá le daban comida a Daniel "pero que durmiera allá no me consta él era muy de la casa (...) él entraba o entró de soltero toda la vida allá, él no era comensal, a él le daban un tinto y nada más, pero no era cliente del hotel". Y añadió: "Cuántas veces entré donde Tulia un momento encontré a Daniel en el padio (sic) o corredor unas veces hablando con ella otras veces con otra persona como muchas veces entré yo me entré al patio otras veces a la cocina, otras veces al solar a ver qué hay y unas veces entro y me demoro y otras veces me demoro dige (sic) buenas tardes o noches y listo".

Después de que Daniel se casó con Nohemy, se retiró mucho de donde Tulia y fue cuando Israel se enamoró de Tulia; Daniel se retiró muchos años "hasta que murió el finado Jorge López que fue cliente de ella" y que le pedía permiso al testigo para entrar

por la parte del solar "... porque como él era casado (...) y en ese tiempo tuvo Tulia al hijo de Jorge, de nombre León (...) y luego que Daniel se retiró sí entraron varios ahí, como fue don Israel Ospina que tuvo hijo también, Pacho Castro también tuvo a Rocío y creo que hasta Nelson... porque Pacho Castro fue novio de Tulia antes de enmoviarse con Daniel y el hombre quedó muy herido y cuando Daniel se retiro entonces ya Pacho Castro (...) volvió y la enganzó (sic) y sólo le embutió dos muchachos más".

Por su parte, Pedro Pablo Toro Patiño (es verdad que el Tribunal se equivocó al citarlo, pues omitió su primer apellido), el otro de los declarantes sobre los que se hizo énfasis, de la misma edad del anterior, conoce a los actores "toda la vida"..

En cuanto a las eventuales relaciones entre Daniel y Sixta Tulia, aseveró que "se mantenían mucho juntos, él iba mucho allá donde ella, don Daniel iba mucho donde doña Tulia porque yo le cargaba mucha leña, le llevaba al hombro y don Daniel iba mucho donde esa señora (...) no se a qué, porqué se mantenía mucho allá"; "él iba muy frecuente. él iba a diario, yo entraba allá seguido porque yo iba porque yo entraba por la mañana y por la noche y le llevaba leña y el hombre estaba seguido donde ella"; "esas relaciones eran como de marido y mujer, porque esas amistades eran muy amorosas porque yo los veía más bien amorosos en ese tiempo, cuando yo les cargaba la leña y cuando iba a cobrar la platica los veía muy amorosos"; "los vía en la cocina, conversando, charlando nada más (...) vi como que se querían nada más, simplemente ve que se quieren unas personas, simplemente malicia que se quieren, pero no más".

Todo lo cual ocurrió "cuando yo tenía por ahí quince años (...) por ahí más o menos hasta la edad de veintidós años, que yo fui hombre y dejé de cargarle leña a esa señora (...) ya dejé de ir donde doña Tulia y no supe más".

Asegura, así mismo, que en el pueblo de La Unión se comentaba que los demandantes son hijos de Daniel "porque como don Daniel se mantenía mucho allá y don Daniel regañaba a William y se mantenía mucho con ellos allá en la casa de Tulia"; "El (Daniel) se comportaba (en el hotel) no como cualquier cliente, él entraba como si fuera el que mandara en el hotel, como por ejemplo dueño". Preguntado sobre si Daniel pasaba la noche en el hotel, dijo: "Eso sí no lo sé".

Añade luego que a Sixta Tulia "yo nunca la llegué a ver en embarazo, yo entraba y él estaba en la casa así también y no más".

Los demandantes llamaban a Daniel "papá. "El no se enojaba, es que él se mantenía con ellos seguido aquí en el pueblo (...) es que todo el pueblo lo veía con él".

4. Esos los testimonios en que edificó el Tribunal la declarada paternidad. Así se descubre sin mayor esfuerzo, dado que, pese a la generalización del juzgador, en ellos desembocó finalmente; pues, cuando estuvo en punto de definir la litis, solamente volvió sobre el dicho de esas dos personas; primero sentó que fue Gabino Mejía el que dio cuenta de las relaciones existentes, acaecidas entre los años 1936 y 1944; y, después afirmó que con él coincidía Pedro Pablo Patiño (sic).

5. *Y la verdad es que entre lo que objetivamente reflejan ese par de declaraciones y la conclusión del sentenciador media un contraste marcadísimo. Porque es diamantino que mientras los testigos no refieren más que al hecho de que a Daniel lo veían*

frecuentar la casa de Sixta Tulia, en la que se hallaba establecido un hotel, y que los veían "conversando de cerquita", "conversando, charlando nada más", el ad quem dedujo de ese comportamiento que la pareja había ido más allá: hasta el ayuntamiento carnal. Porque bien miradas las cosas, los declarantes supradichos no conocieron más que esos dos hechos, y se limitaron a construir su propia deducción de noviazgo, afirmando cosas como éstas: "vi como que se querían nada más"; "simplemente malicia que se quieren, pero no más". Empero, "es al juez -dice la Corte- y no al testigo a quien se le ha conferido la potestad para hacer esa deducción. Los declarantes deben ser objetivos en la narración de los hechos que han presenciado, sin que les esté concedido dar conceptos sobre los mismos. Por el contrario, el juez, basado en los hechos de que dan cuenta los declarantes, debe sacar las presunciones de hombre que, según la lógica, deben inferirse normalmente de esos antecedentes" (Cas. Civ. 3 de febrero de 1981, ordinario de Gerardina Castellanos -representando a Sandra Milena Castellanos- contra José del Carmen Jerez).

Ya quedó dicho arriba que en la Ley 75 de 1968 se descubre al rompe la intención de facilitar la investigación de la paternidad; y que, en tratándose de la específica causal de relaciones sexuales, se nota un importante viraje de orden probatorio, el cual fue puesto de presente en el debate parlamentario mismo, que antecedió a la expedición de la ley, al decirse allí que "como fuera en principio imposible demostrar la relación sexual, y sólo puede inferirse de otros hechos más o menos graves, permanentes, íntimos, conexos, etc., por eso al numeral o inciso primero se le agrega el segundo para expresar que tales relaciones sexuales sólo podrán inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre según las circunstancias en que tengan lugar; naturaleza y antecedentes, intimidad y continuidad, etc., que son hechos perceptibles por los sentidos, es decir, demostrables directa y objetivamente y en forma que no es común entre amigos y relacionados transitorios, por lo cual pueden llevar al juez a la convicción de paternidad" (Sentencia citada el 22 de octubre de 1976).

Y no solamente se ha tenido en cuenta ese cambio legal, sino que la jurisprudencia, de cara al singular problema de la prueba de las causales, ha dicho que la Ley 75 "no llega hasta consagrar e imponer un régimen de tan extremado rigor que haga prácticamente imposible la demostración de las causales que sirven para hacer la declaración judicial de hijo natural, y, por ende, inaplicable el mencionado estatuto" (Cas. Civ. de 21 de agosto de 1975).

Con todo, preciso es puntualizar que dicha filosofía e inteligencia de la ley no traduce, ni por lumbre, que las causales puedan verse establecidas donde no se prueben los hechos que las estructuran. Tan bondadoso sistema no lo concibió, ni lo ha podido concebir, el legislador, y, por lo mismo, el intérprete no puede extremarlo hasta límites insospechados. Demostrar los supuestos fácticos que sirven de huntanar a la presunción de paternidad es algo que, sin cesar, debe tenerse como insoslayable; de tal modo que la facilitación de prueba que se pregona en la ley no debe ni puede significar, en manera alguna, exención de prueba para quien pretenda conseguir la paternidad. Antes bien, aquí, como en cualquier otro campo jurídico, es menester que los hechos de los cuales parte la norma jurídica entren a la convicción del juzgador como verdaderamente cumplidos; tanto más cuanto que, de una parte, y como es sabido, acá se trata de algo que atañe al estado civil de las personas, cuyo rango de orden público

es incontrastable; y, de otra parte, cuanto que la ley ha acudido a un juego de presunciones, lo que hace menester que la inferencia arranque de la plena prueba del hecho conocido, que es en lo que a la postre halla fuerza o mérito probatorio.

Cumple anotar que cuando la Corte, atendiendo diversas circunstancias que en su momento ha señalado, sienta la orientación de que la prueba testimonial no debe analizarse con extremado rigor hasta llegar a convertir en inservible cualquier testimonio, necesariamente se ha referido a declaraciones que ciertamente dan cuenta de los hechos que configuran las causales; la amplitud ponderativa que ha sugerido no alude a testimonios que nada dicen sobre los hechos constitutivos de la causal, sino a aquellos que diciéndolos deban ser analizados en orden a descubrir el mérito o credibilidad que les asista.

En este marco de ideas, centrando aun más el estudio a lo que aquí es objeto de debate, conviene memorar que la Ley 75 de 1968, en su artículo 6°, establece los eventos en que se presume la paternidad natural y que, subsecuentemente, autorizan su declaratoria judicial; entre ellos, el alusivo al trato carnal que entre la pareja se remonte a la época de la concepción de la criatura.

Producida la unión sexual dentro del marco temporario anunciado, la ley presume que el hombre protagonista de la misma engendró ese hijo. Esto es, del hecho conocido (relaciones sexuales) extrae el investigado (la paternidad). Pero la ley no paró ahí. Permitió, además, que al hecho conocido se pueda llegar a su turno también por inferencia.

Paralelamente presumió, en efecto, que las relaciones sexuales (hecho investigado) se presumen por el trato social y personal que se prodiga la pareja, analizado de conformidad con sus antecedentes, naturaleza, continuidad e intimidad.

Puestas así las cosas, no puede menos de expresarse la afirmación irrecusable de que el hecho conocido (trato personal y social), que, como se dijo, conduce a creer fundadamente que la pareja llegó a la cópula carnal, debe aparecer plenamente probado. La probabilidad está es en el hecho que se investiga, pero no en el conocido; por manera que no se trata de establecer que probablemente se presentó un trato personal y social, sino de establecer que éste efectivamente aconteció.

Y al abordar el alcance del concepto de lo que debe entenderse por tratamiento personal y social profesado entre la pareja, ha de afirmarse que solamente tendrá tal virtud el que, por sus características, permite suponer razonablemente que hombre y mujer están ligados por un vínculo que supera los linderos de la mera amistad, el afecto y el aprecio, aisladas o conjuntamente considerados. Porque manifestaciones de esta índole las ofrece la vida cotidiana, sin que sea válido ver junto a ellas, necesariamente, relaciones de concúbito. Ha de guardarse el juzgador, por lo mismo, de refundir en un mismo concepto ambas cosas. De ahí que la ley haya atinado a establecer los perfiles que a tal trato le dan la fisonomía advertida, debe por tanto analizarse con arreglo a su naturaleza, antecedentes, continuidad e intimidad. Vale expresar, un trato que se traduzca en hechos que por su propia índole, tangibles y perceptibles por los sentidos, reiterados y no esporádicos o momentáneos, manifiestos, fuertes y persuasivos, denotadores de lazos de especial confianza, apego, adhesión y familiaridad, pongan en

evidencio que no han podido sino desembocar, por el grado mismo de causalidad que ofrecen, en el acceso carnal, porque precisamente son las que de ordinario anteceden a unión semejante. Como es comprensible, ingenuo e inútil fuese establecer una relación fáctica de esa estirpe, pues serán las condiciones propias de cada caso particular, examinando, por ejemplo, el grado de cultura de las gentes, el ámbito social, el medio ambiente y otras circunstancias, las que indiquen más o menos su realización. En compendio, es cuestión que debe entregarse al examen ponderado del juzgador.

Lo que sí resulta decisivo es no darle connotación a cualquier trato o aproximación de las personas, pues como esta Corporación lo ha prevenido, "los hechos indicadores deben estar revestidos de conexidad y reiteración, porque cuando se trata de una conducta ordinaria o común en las relaciones sociales, como la que se ofrece entre simples amigos o relacionados ocasionales, las manifestaciones no tienen la fuerza suficiente y certera para poner de manifiesto la existencia de trato sexual..." (Cas. Civ. de 22 de octubre de 1976; 7 de septiembre de 1978, CLVIII, 207 y 30 de julio de 1980).

5. Si los testimonios de José Gabino Mejía y Pedro Pablo Toro se ponen de cara a lo que viene de explicarse, no resisten mayor análisis, habida consideración que entonces se patentiza que ni por modo aludieron al trato personal y social aludido. Ni un solo hecho que deje siquiera ver a trasluz que entre Daniel Mejía y Sixta Tulia hubo acoplamiento de tipo sexual. Los hechos por ellos revelados, que son, repítese una vez más, que la pareja conversaba a menudo y de cerquita, son esencialmente equívocos, pues lo mismo se da en una relación de amistad, duradera o pasajera, en una relación afectuosa o de mera simpatía; qué distante de traducir por sí solos el trato carnal, puesto que no revelan la intimidad ya puesta de presente. A la pareja, ciertamente, no la vieron en lugares que por su privacidad hiciera propicia una relación íntima; por el contrario en los que la observaron estaban a la vista de no sólo los deponentes sino acaso de la clientela del hotel, a puertas abiertas, tales como la cocina y el patio. Ni descubren en ella actitudes que conduzcan seriamente a pensar en cosa semejante; aquí es significativo destacar que a pesar de que los testigos frecuentan dicha casa, de día y de noche, jamás la hubieran sorprendido en algo parecido, ni en lugares diferentes a la cocina y al patio, así y todo en la época se hiciera gala de mayor discreción que hoy.

Ni se probó que fuese verdad que Daniel pasara la noche o pernoctara en casa de Sixta Tulia, como se dijo en la demanda que aconteció periódicamente, ya que los mismos declarantes dicen no constarle, cosa que luego corroboraron los demandantes Reinaldo y William. Pero más: el testigo Pedro Pablo Toro Patiño, pese a que según su dicho, visitó asiduamente la casa de Tulia entre los años 1937 y 1944, manifestó categóricamente que nunca vio que ella estuviera grávida, no obstante que en ese interregno tuvo Sixta Tulia varios hijos.

Es que, como lo proclama la Corte, "las solas visitas sin ninguna otra circunstancia que permita deducir un acercamiento íntimo de los enamorados, no denuncian relaciones sexuales" (Sent. de 19 de junio de 1960, XCII, 357).

Y no debe perderse de vista, por lo demás, que tampoco es cierto que Daniel hubiese tratado como hijos a los demandantes, tal como en contrario se afirmó en la demanda y lo expresaron dichos testimonios; fueron los mismos actores quienes niegan esos

hechos, según se lee en los interrogatorios que absolvieron Reinaldo y William; de manera que la eventual credibilidad de los testigos se mengua obviamente. Y de paso se nota que en la demanda se afirmaron hechos que no corresponden a la realidad; además de los ya citados, figuran, en efecto, que tampoco es cierto que Daniel haya tratado a Sixta Tulia como la progenitora de sus hijos, ni que la haya atendido con regalos antes y después del nacimiento de éstos, como sin vacilación lo atestiguaron los mismos actores.

Todo sin contar con que en el presente caso la prueba del trato de pareja subía de punto, si se tiene en cuenta que Sixta Tulia tuvo varios amantes sucesivos, con quienes tuvo descendencia, merced uno de ellos lo fue antes y después de Daniel Mejía, procreando en ambas oportunidades.

6. De otra parte, si se dijese que por el solo hecho de haberlos resumido, el Tribunal también se apuntaló en los testimonios de Juan Ignacio Guzmán Mejía y Adelfio López Urrea, no parece atendible dicho argumento, pues que de sus versiones tampoco es dable inferir el trato averiguado, primeramente porque no da cuenta de hechos que, habiendo llegado a su conocimiento, revelen las características ya anotadas, y en segundo lugar porque cuando algunos afirman y son sometidos a la sana crítica se diluyen significativamente. Quizás por ambas cosas fue que el Tribunal se abstuvo de invocarlos expresamente cuando quiso darle apoyo a la sentencia.

Así, preguntado sobre si sabía que entre Daniel y Tulia existió alguna relación, dijo Guzmán Mejía: "En ese caso muy poco solamente conocí que don Daniel frecuentaba a esa señora, pero conversa de la gente por la calle (...); se decía que tenían amistades amorosas entre ellos, pero a mí no me consta nada absolutamente (...); eso hace tiempo, más de veinte años, podía yo tener por ahí unos veintidós años, cuando comenzaron esas cosas (...). Respondió que no se enteró cuándo nacieron los demandantes; que cuando entraba al hotel de Tulia, allí veía a Daniel "... y en ese momento no observaba qué hacían (...) como era un restaurante uno no mira qué hacen (...)"; "de William y Reinaldo se comentaba en público que el padre era don Daniel...". Más adelante aseveró: "Oí comentar que allá frecuentaba esa casa este señor Pacho Castro"; e interrogado sobre la fama de la señora Tulia, afirmó: "Pues en cuanto a eso se decía que tenía a don Daniel que la visitaba y a Pacho Castro...".

Por lo que toca con Adelfio, el segundo de los predichos declarantes, si bien abre diciendo, escuetamente por demás, que "Ellos (Daniel y Tulia) vivieron una relación marital por mucho tiempo", al averiguársele más adelante por la ciencia del dicho, ya no es tan categórico como pareció evidenciarlo de entrada, como que al efecto manifestó: "Así definitivamente ellos no vivieron juntos"; y culminó diciendo lo mismo que los demás, esto es, que le constaba era lo de las visitas, pues así lo dijo: "... sino que él la visitaba en la casa de ella (...). Particularmente por la noche, es decir en el día de pronto entraba a llevarle mercado o mandarle mercado pero no más, se puede decir que diario eran las visitas".

Luego de lo cual vuelve por la puntualización inicial, incluso queriendo ser más explícito, al aseverar: "Yo entiendo que para ser marido y mujer no tiene que amanecer (Daniel en casa de Tulia) todos los días, pero que iba allá y hacían el amor claro que sí". Y al ser sondeado acerca del conocimiento de esto último, replicó: "Claro que él me

decía, eso es muy difícil de decir que eso le consta, claro que él decía que reconocía esa familia por hijos, por algo será". Aquí está el quid del asunto: porque de esa respuesta y de otras más que adelante se traerán a colación, se descubre en forma palmar que el testigo, quien en realidad de verdad desconoce hechos que del juez tantas veces puesto de manifiesto inducen a creer en el trato sexual, pretende entonces dar fe de su convicción a través del supuesto trato que Daniel dio a Sixta Tulia y a los demandantes. En efecto, al rompe se experimenta la sensación que al testigo asiste en el siguiente sentido: si Daniel trataba a los últimos como sus hijos, "por algo será", vale decir, porque tuvo trato sexual con la progenitora de los mismos. Y así anduvo reiterándolo a lo largo de su versión, como puede verse de estas reproducciones textuales: "El reconocía a los dos hijos por hijos y a Blanca también"; "él los reconocía como hijos y los ayudaba económicamente..."; "él se afanaba por ellos (...) y ella le decía papá y a él le gustaba ese trato"; "él era especial con esos muchachos (...) él se afanaba mucho por mantener a Tulia, bien tenida y a los hijos les ayudaba colocándolos en las fincas"; "si él les ayudaba mucho, él se afanaba por llevarlos a una parte y otra a ponerles trabajito (...)".

Empero, lo que resulta concluyente es que tal forma de expresarse revela que el testigo, en su afán de consolidar sus respuestas, dijo cosas que ningún respaldo probatorio encuentra en los autos. Baste a este propósito resaltar que el declarante queda totalmente desmentido con lo que en contrario afirman, enfáticamente, los propios demandantes William y Reinaldo. Como después se apreciará claramente, éstos aseveraron que Daniel "'nunca nos dijo que era nuestro padre.... nunca trató a Tulia como nuestra madre, ni le suministró lo necesario, nunca tenía un día especial para con ella, nos trataba amigablemente como tratan a cualquiera".

De otro lado, afirmar que Daniel iba escasamente de día a la casa de Tulia, no a visitarla, sino esporádicamente a llevarle mercado, marca un contraste enorme con lo que de su parte dijeron José Gabino y Pedro Pablo, quienes siendo personas que frecuentemente entraban y salían en aquel lugar, veían indistintamente a Daniel en esa casa, de día y de noche. Sin duda el ánimo del declarante fue hacer más creíble su dicho, faltando en ello a la verdad.

Pero es más: la credibilidad del testigo parece diluirse decisivamente cuando examinado acerca de los diversos amores de Tulia, explicó *ab initio*: "Decía la gente que con Pachito Castro, pero primero fue con Daniel". Mas averiguando si también los tuvo con Jorge (hermano del testigo), se vio precisado a agregar: "Ellos sí tuvieron relaciones dicen también, que es hijo de él este muchacho León pero no sé". A renglón seguido se le auscultó el por qué de la omisión inicial en el punto, y respondió: "Es que es con las únicas personas que la vi conversando en el saguán (sic) con la otra gente no la vi".

De acuerdo con ello, lo que deja entrever el testigo, entonces, es que entre Tulia y Daniel -y también con Pacho- hubo relación sexual, porque los vio conversando en el zaguán; con los demás, por no haberlos visto allí conversando, no.

En conclusión, no es válido asegurar que de estos dos testimonios sí se deriva lo que de los otros no.

7. Ninguno de los demás testimonios recepcionados aluden al trato amoroso que se inquiere; así lo reconoció el mismo Tribunal al expresar que dijeron no constarle eso.

8. Sí, entonces, pese a todo el Tribunal vio en las versiones testificales hechos que configuran el trato personal y social del que, según la ley, se deducen relaciones sexuales, y por este sendero creyó estructurada la presunción de paternidad del numeral 4 del artículo 6° de la Ley 75 de 1968, no pudo ser sino mediante la comisión de yerro fáctico; y evidente, porque la relación causal entre las simples visitas y conversaciones, de una parte, y el trato carnal, de otra, se antoja débil sobremanera, y es un exceso manifiesto deducir de lo uno lo otro. "Si los declarantes -explana la jurisprudencia- que en este proceso rindieron testimonio no deponen, ni precisa ni enfáticamente, ni mucho menos sin vacilación sobre las pretensas relaciones carnales (...), no pueden ellas darse por establecidas judicialmente sin incurrir en error de hecho ostensible. Dice en efecto el testigo Alberto (...), al punto de las relaciones sexuales sobre las cuales se le interrogó, que 'ellos eran novios y todas las tardes iba donde ella por la noche y él (...) nos contaba que él se la había comido, estaban viendo unas palomitos o palomitas...'" (Cas. Civ. de 26 de abril de 1985).

9. Recapitulando, el cargo prospera. Y la Corte, por ello colocada en sede de instancia, dictará la sentencia de reemplazo.

IV. Sentencia sustitutiva

1. Respecto a los presupuestos procesales no hay objeción por hacer, y se está frente a una tramitación válida.

2. Rememórase aquí lo que bien arriba se dejó advertido, como el Tribunal revocó el reconocimiento que frente a María Blanca se hizo en primera instancia, decisión del *ad quem* que no fue atacada en casación, ha de permanecer incólume. Por lo tanto, el fallo sucedáneo que ahora se dicta, se contrae únicamente en los que respecta a la filiación paterno-natural que se declaró frente a William y Reinaldo Jaramillo, los otros codemandantes.

3. Pues bien. Empiézase por decir que todo, absolutamente todo, lo dicho en torno al despacho del cargo, es de recibo para indicar que la causal de paternidad del numeral 4 del artículo 6° de la multicitada Ley 75, la que, quedó también allí explicada, fue invocada en este juicio, no ha debido declararse probada por el *a quo*, sencillamente porque no está acreditada.

4. Y como la parte actora no recurrió en casación resulta intocable la conclusión a que llegó el Tribunal relativa a la inexistencia de la otra causal que también fue invocada, o sea la consagrada en el numeral 6 del artículo 6° de la Ley 75 de 1968, alusiva a la posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial.

5. En buenas cuentas, las súplicas de la demanda deben ser denegadas también respecto de William de Jesús y Reinaldo de Jesús Jaramillo, razón por la cual la sentencia apelada también debe ser revocada en esa parte y, en su lugar, absolver a los demandados. Decisión ésta que se suma a la revocatoria que ya el Tribunal hizo en relación con el reconocimiento de María Blanca Jaramillo.

Total que en la parte resolutiva de esta sentencia sustitutiva se hará el pronunciamiento global que comprenda ambas cosas, produciéndose, en consecuencia, la denegación total de las pretensiones de la demanda.

V. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín profirió el 23 de agosto de 1990, recaída en el proceso ordinario promovido por María Blanca, William de Jesús y Reinaldo de Jesús Jaramillo contra Nohemí Alzate de Mejía, Francisco, Martha Luz, Efraín, Bertha Oliva, Rodrigo, Daniel, Luz Nohemy, Juan pablo, Rubén Darío, Dora Elena, José Luis, María Eugenia y Albertina Mejía Alzate y, en reemplazo de la misma, decide:

Primero. Se revoca íntegramente la sentencia que el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Ceja pronunció en este asunto el 25 de julio de 1989.

Segundo. Se deniegan, a cambio, las pretensiones de la demanda introductoria del proceso referenciado.

Tercero. Se condena en costas de ambas instancias a la parte demandante. Tásense.

Sin costas en el recurso extraordinario de casación.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO A-095

COMPETENCIA - Conflicto / JURISDICCION - De Familia / COMPETENCIA - Menor - Hecho Punible / MENOR - Competencia

Jurisdicción de familia: objeto. Los Jueces Promiscuos de Familia como los de Menores son órganos integrantes de esta jurisdicción. En materia penal, la competencia de estos jueces la determina la edad del sindicado y territorialmente la tiene el juez donde se realizó el hecho punible. La competencia, en tratándose de falsedad documental.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Rafael Romero Sierra.*

Santafé de Bogotá, trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Decídese el conflicto de competencia surgido entre los Juzgados Cuarto (4º) de Menores de Cali (Valle) y Cuarto (4º) Promiscuo de Familia de Cúcuta (Norte de Santander), para asumir el conocimiento del proceso penal que por el delito d falsedad se adelanta contra Wilmer Núñez Ramos o Michael Londoño Restrepo.

I. Antecedentes

1. De conformidad con el expediente contentivo del referido proceso se sabe que "... según el informe de las autoridades del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, al menor le fue encontrado en su poder una cédula con la cual pretendía identificarse y expedida a nombre de Michael Londoño Restrepo, por lo cual se dejó a disposición de las autoridades respectivas..."; que "... el Juzgado de Instrucción Criminal que avocó el conocimiento al comprobar que el verdadero nombre del implicado es Wilmer Núñez Ramos, quien nació en Palmira (V.) el 6 de septiembre de 1973 y quien para la fecha de los hechos, julio de 1991, era menor de edad, remitió el proceso a esta jurisdicción..."; que "... oído en descargos el menor dijo que su verdadero nombre es Wilmer Núñez Ramos, aportando el respectivo registro civil. En relación con los hechos dijo que como pensaba viajar hasta México en plan de paseo, necesitaba conseguir el pasaporte y documento de identidad para salir del país y fue así como un

señor Marcos N. le consiguió estos documentos en esta ciudad por la suma de cuatrocientos mil pesos ($400.000.oo). Que no lo ha vuelto a ver y él simplemente se limitó a pagarle..."; que "... fuera de la cédula se anexó al expediente el pasaporte expedido en la ciudad de Bogotá a nombre de Michael Londoño Restrepo, y todavía no podemos hablar de una posible falsedad hasta tanto se confirme si éste es o no expedido legalmente, pues el otro hecho o sea el uso de documento público falso está demostrado y el mismo menor lo acepta en sus descargos" (Auto de 2 de octubre de 1991, proferido por el Juzgado Cuarto de Menores de Cali, para resolver la situación jurídica del precitado menor).

2. Mediante auto de 20 de octubre de 1991, el Juzgado Cuarto de Menores de Cali dispuso la remisión de las diligencias "... por competencia al señor Juez de Menores (reparto) de la ciudad de Cúcuta, y que por uso de documento público falso se ha venido adelantando contra Wilmer Núñez Ramos o Michael Londoño Restrepo", por cuanto al afirmar el menor, en sus descargos, que se había limitado a pagar dinero para obtener el documento de identidad falso "... su conducta encaja en el artículo 222 del Código Penal y por ahora no podemos hablar de falsedad en documento privado, en el caso del pasaporte, o documento público, en el caso de la cédula, ya que de lo traído a los autos se deduce que se trata de documentos extraviados...", razón por la cual se le debe "... dar aplicación al contenido del artículo 74 del Código de Procedimiento Penal..."; además también se da "... la competencia a prevención, pues fue en la ciudad de Cúcuta donde dieron inicio a la investigación y en consecuencia radica allá la competencia, pero ya no ante la justicia ordinaria, sino en la jurisdicción de menores, por ser el joven cuando realizó el hecho menor de 18 años".

3. El Juzgado Cuarto Promiscuo de Familia, al que correspondió por reparto el asunto, se negó a su vez a conocer de las preanotadas diligencias argumentando, en síntesis, que "... nos encontramos frente al delito de falsedad material en documento público por particular teniendo el menor el grado de determinador, con el agravante señalado, correspondiendo entonces la competencia al Juez de Menores de Cali, por ser allí donde se dio la falsificación de los documentos aludidos, pues, si bien el Código del Menor habla de responsabilidad, no es la material, ya que está proscrita, según el artículo 5º del Código Penal, ni tampoco la subjetiva, ya que es inimputable, pero sí en cuanto a la realización del hecho, de allí que no se habla de penas sino de medidas de rehabilitación..." (Auto de 29 de noviembre de 1991).

4. Remitido el asunto a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ésta se abstuvo de desatar el conflicto negativo de competencia suscitado entre aquellos despachos judiciales, aduciendo que "... los Jueces de Menores hacen parte de la Jurisdicción de Familia, tal como expresamente lo disponen los Decretos 2272 (art. 4º) y 2737 (art. 349) de 1989"; que lo anterior significa que "... en relación con tales jueces y por pertenecer a la jurisdicción de familia, ninguna competencia funcional tienen las Salas Penales de los Tribunales Superiores, ni tampoco la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, salvo, claro está, para su juzgamiento, en caso de que sean sindicados por la comisión de algún delito..."; agrega que "fue voluntad del legislador crear una jurisdicción especial, de familia, la cual tiene la competencia exclusiva para resolver todo lo concerniente al menor, incluso su eventual responsabilidad por la comisión de

infracciones penales (art. 163 y siguientes del Código del Menor), pues no se tuvo en cuenta para ello la naturaleza de los asuntos relacionados con él, sino la condición de la minoría de edad".

5. Agotado el trámite previsto por la codificación procesal civil para desatar el conflicto de competencia de que dan cuenta las presentes diligencias, procédese a definirlo.

II. Consideraciones

a) *La competencia*

1. *Sabido es que mediante el Decreto 2272 de 1989 se organizó la jurisdicción de familia, pretendiendo con ello, primordialmente, la unidad temática de los asuntos de familia y, consiguientemente, el estudio integrado de los temas a ella adscritos, incluidos, desde luego, todos los asuntos relacionados con menores de edad (art. 349 del Decreto 2737 de 1989), para lo cual se crearon los órganos competentes, entre ellos, los jueces promiscuos de familia y los de menores, de conformidad con el artículo cuarto (4º) del precitado estatuto, quienes al tenor de dicho texto legal "... seguirán ejerciendo sus funciones de acuerdo con la competencia establecida por la ley...", que fundamentalmente consisten en conocer, en única instancia "... de las infracciones a la ley penal en que intervengan como autores o partícipes los mayores de doce (12) años y menores de dieciocho (18) años..." (art. 167 Decreto 2737 de 1989).*

Así las cosas, no hay duda de que tanto los jueces promiscuos de familia como los de menores son órganos integrantes de la jurisdicción de familia, y, en ese orden de ideas, también es indudable que solamente dicha jurisdicción, por intermedio de sus otros órganos (Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y Salas de Familia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial), tiene competencia funcional para conocer de los asuntos que se ventilen ante aquellos jueces, cuando a ello hubiere lugar y, por ahí mismo, la tiene para conocer de asuntos como el conflicto de competencia que ahora ocupa la atención de la Sala, pues, como observa Chiovenda "... un conflicto de competencia es un conflicto de actividades, no de fallos. La actividad superior que lo dirime es por sí misma un acto administrativo que se convierte en acto jurisdiccional, porque se dirige al fin jurisdiccional, pero no obliga a los jueces inferiores como fallo sino como acto de autoridad superior" (Instituciones de Derecho Procesal Civil)

2. De manera que, por tratarse de un conflicto de competencia surgido entre dos jueces de la misma jurisdicción (familia) pero de distinto distrito judicial (Cali y Cúcuta), sea la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia la legalmente llamada a desatarlo, de conformidad con lo dispuesto en el punto por el artículo 28 del Código de Procedimiento Civil, pues, de un lado, es igualmente órgano integrante de jurisdicción de familia y, de otro, el antecitado texto le otorga competencia para tal efecto;

b) El conflicto de competencia

1. *Definido en el artículo 167 del Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor) que la competencia de los jueces promiscuos de familia y de menores, en materia penal, está*

determinada por la edad del sindicado y no por la naturaleza de la infracción, por cuanto conocen en única instancia de las infracciones a la ley penal "... en que intervengan como autores o partícipes 'los mayores' de doce (12) años y menores de dieciocho (18)...", el artículo 178 de la misma codificación, siguiendo el principio general de competencia consagrado en el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, fijó la competencia de tales jueces por razón del territorio señalando que es aquél en donde se realizó el hecho punible, al preceptuar que "... cuando el juez de menores o el promiscuo de familia del lugar *donde ocurrió el hecho tenga conocimiento de oficio, o por denuncia o informe de terceros, que un menor de dieciocho (18) años y un mayor de doce (12) años, ha incurrido en cualquiera de las conductas señaladas por la ley como delito, iniciará la correspondiente investigación, aplicando en forma provisional, si fuere el caso, las medidas que estime necesarias para la protección del menor consagradas en el artículo 204"; desde luego, sin perjuicio de la competencia o prevención de que trata el artículo 75 de la codificación procesal penal (destaca la Sala).*

Y teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción la doctrina de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que "... tratándose del delito de falsedad documental puede ser distinto el lugar de su consumación, según se trate de documento privado o público", pues "... es sabido y así lo tiene reconocido la jurisprudencia, que el delito de falsedad en documento privado es de dos actos: el de su alteración o falsificación y el de su uso, y que su consumación se realiza, no en el lugar donde se falsifica el documento, sino aquél en donde el sujeto agente lo usa o utiliza para el logro de sus propósitos, según se desprende de lo preceptuado en el artículo 221 del C.P. ...", mientras que "... la falsedad material en documento público, se consuma en el lugar en el cual se falsifica el escrito que puede servir de prueba, es decir, donde se crea el documento o se altera el verdadero, donde se realiza la editio falsi, *o se confecciona el documento falso o se altera uno verdadero" (Auto de 12 de septiembre de 1991. Delito: Falsedad. M.P. Jorge Carreño Luengas).*

2. Al amparo de las anteriores precisiones se establece que el juez competente para conocer de infracción penal presuntamente cometida por el menor Wilmer Núñez Ramos es uno cualquiera de los jueces de menores de Cali, como quiera que, según se deduce de la injurada rendida por el precitado menor, único elemento de convicción hasta ahora allegado al plenario, se incurrió en falsedad material de documento público por particular, teniendo el menor el grado de determinador, conducta punible que se realizó en esa ciudad, donde se elaboraron los documentos públicos (cédula de ciudadanía y pasaporte), para que aquél, con otro nombre y apellidos, se trasladase de la ciudad de Cali a Cúcuta, de allí a San Antonio del Táchira y, finalmente a Caracas, de donde fue remitido nuevamente a Cúcuta, en vista de la falsedad que exhibían tales documentos, frustrándose su aspiración de arribar a México.

En efecto: en la declaración rendida ante el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal radicado en la ciudad de Cúcuta, el acusado Wilmer Núñez Ramos (a. el negro), dijo, luego de advertir que conocía los motivos por los cuales iba a rendir tal declaración, que "... yo quería salir del país a pasear a México, los papeles yo no los tramité, yo en eso estoy sano, no sé el nombre de la persona que lo (sic) tramitó pues ese señor me lo presentó un conocido al cual no le sé el nombre tampoco, ese trámite lo hice por teléfono,

personalmente no hice nada, simplemente el tipo fue a la casa de un amigo y el amigo ya no estaba ahí, no sé para dónde fue, el trámite no sé dónde lo hicieron, ni cómo lo hicieron, me tomaron unas huellas como en un papel calcante, me pidieron cuatrocientos mil pesos, yo les entregué esos cuatrocientos mil pesos al señor que me dio el pasaporte y la cédula *toda esa tramitación se llevó a cabo en Cali*, yo inicié el trámite para sacar esos papeles como que fue el 24 de junio, yo le dije a mi conocido que cómo hacía yo para irme a viajar pues quería pasear, y él me respondió que él me sacaba todos los papeles legalmente, me pidió tres fotos, cuatrocientos mil pesos, me tomaron huellas, como en ocho días yo hice entrega de las fotos y la plata, *como a los ocho días él me entregó el pasaporte y la cédula*"; puntualiza que sabía que tales documentos eran falsos, pues al preguntársele sobre el particular respondió que "... sí, sí me di cuenta, a mí me lo entregaron váyase con ese nombre que eso no pasa nada" (destacados de la Sala), versión que, en términos generales, coincidió con la rendida posteriormente ante el Juzgado Cuarto de Menores de Cali (fls. 21 a 23 v/to. y 59 a 61 del Cdno. No. 1).

3. Así las cosas, los argumentos del Juez Cuarto de Menores de Cali para rehusar el conocimiento del presente asunto carecen de fundamento legal, pues de un lado, es claro que conforme al artículo 178 del Decreto 2737 de 1989, el asunto es de su competencia, según lo anotado; y de otro lado, aparece impertinente la invocación del artículo 75 del Código de Procedimiento Penal para el mismo efecto, pues no se está en presencia de un hecho punible "... realizado en varios sitios o en lugar incierto o en el extranjero".

4. Además, siendo el menor vecino de la ciudad de Cali, donde reside con sus padres bajo libertad asistida (art. 207 Decreto 2737 de 1989) con la presente determinación se facilita el cumplimiento de los fines perseguidos por el Código del Menor, entre ellos el de "... lograr su plena formación y su normal integración a la familia y a la comunidad" (art. 167 *ibidem*).

III. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, dirime la presente colisión atribuyendo al Juzgado Cuarto de Menores de Cali el conocimiento de este asunto, despacho al cual se remitirá el expediente.

Por la Secretaría, infórmese al Juzgado Promiscuo de Familia de Cúcuta la determinación aquí adoptada. Líbrese el oficio respectivo.

Notifíquese y oportunamente devuélvase.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 165

SOCIEDAD DE HECHO - Clases / SOCIEDAD DE HECHO - Entre herederos

Tanto la legislación civil como la comercial, admiten la existencia de sociedades de hecho. Hay dos especies de sociedades de hecho: Las que nacen "por la expresión de un consentimiento manifiesto de las partes" y las "originadas en la colaboración de dos o más personas que aunan sus esfuerzos en la realización de determinadas operaciones de carácter económico o de explotación pecuniaria, encaminadas a obtener beneficios comunes". El consentimiento implícito de los socios para constituirse, no puede darse por demostrado cuando "se trate de un estado de indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes". Por el contrario, "el *consortium* entre los que han heredado del pater familias únicamente puede transformarse en societas cuando los hermanos adoptan la decisión de explotar en común los bienes heredados". Autonomía que tiene el juzgador para apreciar las pruebas que obren en el expediente en orden a establecer la existencia del *animus contraherdi societatis*.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Pedro Lafont Pianetta.*

Santafé de Bogotá, D.C., 14 de mayo de 1992.

Expediente No. 3404

Se decide por la Corte el recurso extraordinario de casación, interpuesto por María Elvia Díaz de Manjarrés, quien actúa en su propio nombre y como representante legal del menor Néstor Manjarrés Díaz y por Helbert Manjarrés Díaz, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 12 de octubre de 1990, en el proceso ordinario promovido contra los recurrentes, como cónyuge supérstite e hijos legítimos de José Miguel Manjarrés Quesada, por Crispín, Ernesto, Roque José, Francisco y Carmen Rosa Manjarrés Quesada.

I. Antecedentes

1. Mediante demanda presentada ante el Juzgado Civil del Circuito de Purificación (Tolima), que obra a folios 28 a 37 del cuaderno 1, Crispín, Ernesto, Roque José, Francisco y Carmen Rosa Manjarrés Quesada, convocaron a un proceso ordinario de mayor cuantía a María Elvia Díaz de Manjarrés, Néstor Adolfo y Helbert Manjarrés, la primera cónyuge supérstite y los dos restantes, herederos de José Miguel Manjarrés Quesada, para que surtida la tramitación legal de este proceso, se hicieren las siguientes declaraciones:

1.1 Que desde el año de 1960 existe una sociedad de hecho, de carácter civil, de la que fueron socios inicialmente Crispín, Ernesto, Roque José y José Miguel Manjarrés Quesada, y posteriormente también Francisco y Carmen Rosa Manjarrés Quesada, por haber ingresado como socios desde 1966 y marzo de 1969, respectivamente, sociedad ésta a la cual pertenecen, como dueña los bienes de que da cuenta la demanda en los hechos 14 y 24.

1.2 Que se declare disuelta esa sociedad por la muerte de José Miguel Manjarrés Quesada y por voluntad de los socios restantes.

1.3 Que se ordene la liquidación de la referida sociedad de hecho y se disponga que, al practicarla previo avalúo comercial de los bienes sociales, éstos se distribuyan por partes iguales entre los socios, teniendo en cuenta "que la parte perteneciente a José Miguel Manjarrés Quesada la recogen los representantes de la sucesión".

1.4 Que se ordene la protocolización del expediente en la Notaría del lugar, así como la inscripción de la sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Purificación, en los folios de matrícula inmobiliaria pertinentes.

2. Fundaron sus pretensiones los demandantes, en síntesis, en los siguientes hechos:

2.1 En el año de 1960, Crispín, Ernesto, Roque José y José Miguel Manjarrés Quesada, hermanos legítimos entre sí, constituyeron una sociedad de hecho, a la cual ingresaron al alcanzar la mayoría de edad Carmen Rosa y Francisco Manjarrés Quesada, hijos legítimos, -como los demás socios-, de Pastor Manjarrés Castañeda y María Antonia Quesada Cruz.

2.2 La sociedad de hecho aludida, era de duración indefinida y tenía por objeto el desarrollo de actividades agrícolas, tales como "la preparación de terrenos para cultivos, servicios que ella prestaba a través de sus socios o de trabajadores de la sociedad" (fl. 29, C-1), e igualmente, el cultivo de productos propios de la región en terrenos tomados en arrendamiento.

2.3 Los socios, al decir de la demanda, aportaron "los ahorros que cada uno tenía" (fl. 28, C-1), y durante el desarrollo de las actividades de la sociedad, además, "aportaban efectos tales como su trabajo y colaboración (fl. 28, C-1), todo con el fin de "repartirse entre sí las utilidades obtenidas de la actividad social, por iguales partes" (fl. 28, Cdno. citado).

2.4 "Los socios, como tales, también adquirieron bienes para la sociedad en desarrollo del objeto social, con capital social, bienes cuyo producido era y es para la sociedad" (fl. 29, cuaderno N° 1) y entre los que figuran:

a) La finca San Vicente o La Virginia, "ubicada en la vereda La Mata - La Virginia, comprensión municipal de Prado, comprada a Arcadio Villaveces Yate, por medio de escritura publica N° 107 de fecha 27 de marzo de 1969, Notaría de Purificación y la cual aparece a nombre de Crispín y José Miguel Manjarrés Quesada" (fl. 30, cuaderno 1);

b) "El predio denominado Santa Bárbara, ubicado en la vereda La Mata - La Virginia, comprensión municipal de Prado, de una extensión aproximada de 17 Has., comprado a Jorge Arcadio Villaveces Yate, según la escritura pública N° 410 de octubre 14 de 1970, Notaria de Purificación, el cual aparece a nombre de Ernesto Manjarrés Quesada (fl. 30, cuaderno citado);

c) El predio o vega denominado "Granadillo" ubicado en la vega El Fraile, vereda La Mata, comprensión municipal de Purificación, de aproximadamente dos hectáreas de extensión, comprado a Luis Globerty González según escritura pública número 181 de marzo 31 de 1980" de la Notaría de Purificación, el cual aparece a nombre de Francisco Manjarrés Quesada (fl. 30, cuaderno citado).

2.5 El 18 de abril de 1986 falleció en Bogotá el socio José Miguel Manjarrés Quesada.

2.6 Los socios restantes acordaron la disolución y liquidación de la sociedad de hecho existente con José Miguel Manjarrés Quesada.

2.7 En el proceso de sucesión del causante José Miguel Manjarrés Quesada, se relacionó entre los bienes relictos el 50% de la finca denominada San Vicente, matrícula inmobiliaria N° 3680005513, comprado mediante escritura pública N° 107 de 1969, Notaría de Purificación, inmueble que no pertenece a ninguno de los socios en particular sino a la sociedad de hecho a que se refiere la demanda.

3. Cumplida la notificación personal del auto admisorio de la demanda, la parte demandada le dio contestación en escrito que aparece a folios 118 a 125 del cuaderno 1, en el cual expresamente se niega que el *de cujus* José Miguel Manjarrés Quesada hubiese tenido sociedad alguna con los demandantes y se afirma que las actividades económicas realizadas por el causante, siempre fueron de carácter individual y "para su propio peculio" (fl. 118). En consecuencia, se opusieron los demandados a la prosperidad de las pretensiones y expresaron no constarles los hechos relacionados con la sociedad a que se refiere la parte actora.

4. Agotado el trámite propio de la primera instancia, el juzgado le puso fin a ésta mediante sentencia proferida el 24 de octubre de 1989 (fls. 182 a 191), en la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

5. Apelado el fallo de primer grado por la parte actora, el Tribunal, luego de surtido el trámite del recurso, desató la apelación con su sentencia de 12 de octubre de 1990 (fls. 50 a 59, cuaderno 4), en la que se declaró la existencia de una sociedad de hecho entre José Miguel Manjarrés Quesada y los demandantes, sociedad cuya disolución se decretó

y se ordena liquidar conforme a las normas del título XXXI, Capítulo I, Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil, "por el juez de primera instancia".

6. Interpuesto entonces el recurso extraordinario de casación por la parte demandada, éste fue concedido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, por auto fechado el 8 de febrero de 1991 (fl. 77, cuaderno 4), recurso que, admitido por la Corte, luego de su tramitación se decide en esta providencia por la Corporación.

II. La sentencia del Tribunal

1. El Tribunal, tras sintetizar el litigio, expresa que son elementos esenciales para la existencia de la sociedad de hecho, los aportes de los socios para conformar el patrimonio social inicial, el propósito de repartirse entre sí las utilidades o las pérdidas derivadas de la actividad de la sociedad y, desde luego, la intención de constituirla, es decir, la *affectio societatis*.

2. A continuación manifiesta el sentenciador que, como quiera que en la demanda se afirma la existencia de una sociedad de hecho entre los hermanos Manjarrés Quesada, ha de procederse al análisis del acervo probatorio, a fin de establecer si se encuentran demostrados sus elementos esenciales.

En ese orden de ideas, expresa el Tribunal que "numerosos fueron los testimonios recibidos en el proceso en la primera instancia" y que, junto con otros decretados de oficio por el Tribunal y con las demás pruebas que obran en el expediente, se "llega a la conclusión, que entre los hermanos del extinto José Miguel Manjarrés Quesada y éste, se creó una sociedad de hecho" (fls. 53 y 54, cuaderno 4).

2.1 Funda tal conclusión, en la afirmación de que "todos los testigos que declararon en la primera instancia expresan: que conocieron a los padres de los hermanos Manjarrés, y que es de conocimiento público que éstos inclusive antes de que alcanzaran la mayoría de edad, porque eran muy unidos trabajaron juntos, que siempre oyeron hablar en la región "de la sociedad de los hermanos Manjarrés", constándoles no precisamente la constitución de la sociedad pero sí que los hermanos estaban dedicados a la actividad agrícola y con la venta de esos productos adquirieron maquinaria, algunos predios y ganado" (fl. 54, cuaderno 4).

2.2 A renglón seguido, sintetiza el Tribunal el testimonio de José Ramiro Grimaldo, quien al decir de la sentencia manifestó en su declaración que le consta "la compra del predio San Vicente" y que supo además que el abogado que asesoraba a los hermanos Manjarrés "les aconsejó que la escritura se la hicieran a Crispín y a Miguel, porque el papá de los Manjarrés había conseguido otra señora, y por esa razón lo que trabajaban y conseguían lo fueron escriturando entre ellos mismos" (fl. 54, cuaderno 4).

2.3 De manera similar, resume el Tribunal la declaración testimonial de Alvaro Percomo Montilla, quien da cuenta de la celebración de un contrato de arrendamiento de un lote de terreno en 1981 y 1982 con Ernesto, "pero quienes fueron a firmar el documento de arrendamiento fueron Crispín y Miguel". Este testigo -prosigue el Tribunal- "afirma que los hermanos Manjarrés han trabajado en sociedad hace unos 25 a 30 años (fl. 54, cuaderno 4) y aseveró en su declaración que "Miguel antes de morirse le pidió, interviniera para que se liquidara la sociedad (fl. 54, cuaderno 4), solicitud que

también le formuló Crispín Manjarrés, para que hablase sobre el particular con Ernesto, porque los hijos de los dos "ya venían a trabajar y no sabían por quién hacerlo" (fl. 55, C-4).

2.4 Agrega el sentenciador, que no tiene reparo alguno que formular a los testimonios decretados oficiosamente, en cuya recepción estuvieron presentes los apoderados de las partes y de los cuales se concluye que "corroboraron lo dicho por los otros testigos en el sentido de que entre los hermanos Manjarrés sí existió una sociedad, conocida notoriamente en toda la región, la cual tuvo por objeto la exploración de la actividad agrícola y por medio de ella la consecución de los bienes que se relacionan en la demanda" (fl. 55, cuaderno citado).

2.5 De otro lado, expresa el Tribunal que con la prueba documental que obra en el expediente se demuestra que "Crispín es condueño del inmueble La Virginia o San Vicente con el extinto José Miguel; Ernesto es dueño del inmueble Santa Bárbara y Francisco lo es del predio Granadillo" (fl. 55, C-4); y añade que, en la misma forma se encuentra probado que "Ernesto, José Miguel y Crispín", solicitaron créditos a la Caja Agraria, agencia de Purificación, "para ser invertidos en los inmuebles San Juan y San Vicente de la vereda La Virginia del municipio de Prado (fls. 104 a 107, C-1)" (fl. 56, C-4).

2.6 Asevera igualmente el fallador que, por haber sido relacionados tales inmuebles como sociales en la demanda, ello le permite "deducir al Tribunal, que en verdad entre ésos (los hermanos Manjarrés) existió una sociedad de hecho, pues si no fuera así, Crispín, Ernesto y Francisco, demandantes en este asunto, no hubieran solicitado la inclusión al patrimonio de la sociedad de predios que tienen a su nombre, hecho que por el contrario los estaría desmejorando en sus patrimonios" (fl. 56, cuaderno 4), sociedad que tuvo existencia "en un período superior a los veinticinco (25) años de labores" (fl. 56, cuaderno citado).

2.7 Agrega el Tribunal que, si bien es verdad que aunque "no se demostró en forma muy clara cuáles fueron los aportes que cada uno de ellos hizo a la sociedad", de los testimonios que obran en el expediente se concluye que "como el objeto de la sociedad fue la agricultura, necesariamente con el esfuerzo que aportaron todos en esa labor fue que poco a poco fueron haciendo el capital que les permitió adquirir los bienes" (fl. 56, cuaderno 4), sin que sea exigible a los socios de hecho haberle dado publicidad a la constitución de la sociedad ya que "es absurdo pensar" que para el efecto "se tenga que llamar a los vecinos y a los amigos para que se den cuenta en los más mínimos detalles de cómo funciona, cómo se dividirán las ganancias o las pérdidas y los aportes que se hagan" (fl. 56, cuaderno 4).

De lo expuesto -en criterio del sentenciador de segundo grado- "queda claro sin asomo de duda, que lo que tuvieron los hermanos Manjarrés Quesada fue una sociedad de hecho y no una simple comunidad" (fl. 57, cuaderno 4), por lo que se revocará la sentencia apelada y se accederá, como en efecto se hizo, a las súplicas de la demanda, en cuanto a decretar la existencia de la sociedad de hecho a que ella se refiere, declarar su disolución y ordenar su liquidación.

III. La demanda de casación

1. Con apoyo en la primera de las causales de casación (art. 368 C. de P.C.), en cargo único, acusa el recurrente la sentencia impugnada, de ser "violatoria de normas de derecho sustancial: los artículos 2079, 2124, 2129 y 2083 del Código Civil y 627 del Código de Procedimiento Civil, por aplicación indebida, como consecuencia de error manifiesto en la apreciación de las pruebas" que se puntualizan adelante (fl. 10, cuaderno Corte).

2. En procura de sustentar el cargo propuesto, expresa el impugnador que no obstante los presupuestos lógicos y normativos de la existencia de la sociedad de hecho, el sentenciador, "cuando pasó al examen de las pretensiones y hechos de la demanda y debía calificar las pruebas aportadas para la demostración de éstos, resultó atribuyendo a algunas pruebas un contenido del que carecen, perdiendo de vista varias de ellas, y, a la postre se mostró inusitadamente crédula en obsequio de los planteamientos y pruebas de la parte demandante" (fl. 11, cuaderno Corte).

3. Transcribe luego el censor algunos apartes de la sentencia combatida y expresa que no obstante su afirmación en contrario, el análisis "tanto de los testimonios, como de los demás medios, no se dio nunca. Al repasar los pocos párrafos dedicados a los testimonios, se observa cómo el sentenciador no los analiza, sino que se limita a una versión ligera y superficial -a más de incompleta parcial- de su contenido, que desfigura, a más de no haberse dado cuenta de la falta de ciencia y razón del dicho de los deponentes o haberse desentendido de ella" (fl. 11, cuaderno Corte).

4. A renglón seguido, manifiesta el recurrente que, en cuanto a la prueba documental el Tribunal "toma las escrituras de compra sucesiva de tres fundos distintos uno por José Miguel y Crispín en común y proindiviso, otro por Ernesto y otro por Francisco, estos dos en propiedad exclusiva y, sin más, los convierte en indicio de la sociedad cuya existencia ya había decidido, y menciona apenas las constancias documentales de créditos de la Caja Agraria, con tergiversación de su contenido, para extraer conclusiones reñidas con éste" (fl. 12, cuaderno Corte).

5. Por último -prosigue el recurrente, "el Tribunal crea un indicio en favor de los demandantes, consistente en el hecho mismo de la demanda, y termina por confundir la no exigibilidad de detalles minuciosos en los testimonios acerca del funcionamiento de la supuesta sociedad, con la posibilidad de que ésta sea declarada o, mejor, creada judicialmente en ausencia de toda prueba, como el propio Tribunal lo acepta, y, por lo mismo, cual si estuviera dispensada de prueba y la sentencia pudiera ser discrecional" (fl. 12, cuaderno Corte).

6. Formulados los anteriores planteamientos procede el recurrente, en acápites separados, al análisis de las pruebas documentales, testimoniales e indiciarias, a fin de demostrar la existencia de los errores de hecho que enrostra a la sentencia acusada, así:

6.1 No obstante que las escrituras públicas de compraventa de los bienes y a los cuales se refiere la demanda, demuestran en cada caso quién fue el comprador de cada uno de tales inmuebles, el Tribunal, sin que se haya "impetrado una declaración diferente a propósito" (fl. 12, cuaderno Corte) y, en el trámite de esa pretensión demostrada "una realidad distinta", incurrió en error de hecho al afirmar que los contratos de compraventa

de los inmuebles denominados "San Vicente" (escritura pública Nº 107 de marzo 27 de 1969, cuaderno 1, fls. 12-13 y cuaderno 4, fls. 8 y 9), "Santa Bárbara" (escritura pública Nº 430 del 14 de octubre de 1970, cuaderno 1, fls. 14 y 15) y "Granadillo" (escritura pública Nº 181 del 31 de marzo de 1980, cuaderno 1, fls. 16 a 20), prueban que en ellos actuaron los compradores como adquirentes para la sociedad de hecho, pues ello no se desprende de los contratos celebrados mediante las escrituras aludidas, de tal suerte que el yerro del fallador es evidente porque "es absurdo tomar las declaraciones escriturarias a que, en un caso los compradores fueron Crispín y José Miguel, en otro solo Ernesto y en otro solo Francisco, como indicio de que las compras se hicieron no para quienes figuran como compradores, sino para una supuesta sociedad de hecho formada por ellos más otros tres hermanos" (fl. 12, cuaderno Corte).

6.2 El sentenciador no tuvo en cuenta el contrato de promesa de compra de mejoras en el fundo "San Vicente", celebrado el 24 de febrero de 1971 (C-1, folio 103), entre José Miguel Manjarrés y Pablo Trujillo, el cual "acredita un ejercicio autónomo de actividad relativa a ese predio, por parte de uno de sus condueños ciertos y titulados, sin participación de alguien más, ni mención de sociedad de hecho, en abundamiento de la ausencia de ésta" (fls. 12 y 13, Cdno. Corte).

6.3 Los documentos aducidos como prueba de obligaciones contraídas con la Caja Agraria, "para inversiones y gastos para cultivos en las fincas "San Vicente" y "San Juan" (fracción de La Virginia, Prado), de fechas que corren entre 18 de noviembre de 1982 y 12 de abril de 1984 (C-1, fls. 104 a 117 y C-4), demuestran que en algunos de ellos Ernesto sirvió como garante o fiador pero "no aparece en ninguno como solicitante de créditos para inversiones en esos fundos, como tampoco Francisco", lo que quiere decir que de allí no puede inferirse la existencia de la sociedad de hecho declarada en la sentencia ya que "el indicio no es tal en este caso porque sus bases son falsas. Fueron José miguel y Crispín los únicos solicitantes y destinatarios de los Créditos de la Caja Agraria relativos al predio San Vicente, conforme a la certificación de ésta a 18 de julio de 1987 (C-1, fl. 100), que tampoco advirtió el Tribunal", como igualmente ignoró el contrato de asistencia técnica-agrícola celebrado con la misma entidad por José Miguel y Crispín Manjarrés el 8 de marzo de 1983 (fl. 87, C-1), lo que "refuerza la autonomía con que procedieron los dos en la explotación del fundo" (cuaderno Corte, fls. 13).

6.4 El Tribunal no tuvo en cuenta los documentos relacionados con créditos de fomento solicitados por José Miguel y Crispín Manjarrés para la explotación del predio San Vicente "que abarcan el arco de tiempo que va del 10 de febrero de 1976 (solicitud de crédito, C-4, fls. 18-32), al 2 de diciembre de 1981..." (fl. 13, cuaderno Corte), créditos en cuyo trámite, concesión y cancelación, "figuran exclusivamente los propietarios: José Miguel y Crispín Manjarrés, sin que en ninguna actividad, ni de administración del crédito, ni de inversión de su producto en mejoras de la finca, aparezca alguien distinto y, mucho menos, una sociedad familiar" (fl. 13 y 14, cuaderno Corte).

6.5 Ignoró igualmente el Tribunal los documentos que obran a folios 54 a 86 y 88 a 99 del cuaderno 1, relacionados con la explotación del fundo "San Vicente", "que van de abril de 1983 a enero de 1984; órdenes de trabajo de fumigación aérea, compra de insecticidas, asistencia técnica, control de cultivos y recomendaciones", documentos

éstos en los cuales "es patente" la explotación "autónoma y exclusiva" del predio por parte de Miguel Manjarrés (fl. 14, cuaderno Corte).

6.6 De igual manera el sentenciador no tuvo en cuenta que, según certificación de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos (fls. 3 y 61, C-1) fechada el 7 de marzo de 1988, algunos bienes destinados a la explotación del predio "Santa Bárbara", de propiedad de Ernesto Manjarrés Quesada, fueron gravados con prenda agraria el 23 de diciembre de 1971, a favor de la Caja Agraria, por Ernesto Manjarrés Quesada y Pastor Manjarrés Castañeda, "esto es por persona que no figura como propietaria del inmueble, ni tampoco aparece incluida dentro del elenco de socios de la pretendida sociedad de hecho, pero sí con bienes en él y, naturalmente incorporados a la explotación de aquél" (fl. 14, cuaderno Corte).

6.7 El Tribunal, tampoco atendió "el documento de 15 de septiembre de 1982 en el cual se hizo constar el arrendamiento del predio 'San Juan' (La Virginia - Prado), con cabida de 10 hectáreas, de Ernesto, Roque y Francisco Manjarrés Quesada a Miguel y Crispín Manjarrés", lo cual excluye la sociedad de hecho entre arrendadores y arrendatarios, pues éste es "un hecho incompatible con la sociedad" (fl. 14, cuaderno Corte).

6.8 El Tribunal pasó también por alto la certificación expedida por la Administración de Hacienda que figura en el expediente a folio 46, cuaderno 4, según la cual "ni Carmen Rosa ni Roque José Manjarrés Q. figuran como declarantes de renta y patrimonio", de donde "se sigue un dato que no puede perderse de vista, como es la ausencia ingresos de tales personas" (fl. 15, cuaderno Corte).

6.9 En el análisis de los testimonios recibidos, algunos durante la primera instancia y otros por decreto oficioso durante la segunda, el Tribunal "sólo da cuenta de dos nombres (de los catorce declarantes): José Ramiro y Alvaro Perdomo Montilla" (fl. 15, cuaderno Corte).

A continuación, como aparece a folios 16 a 24 de este cuaderno, analiza el censor los testimonios rendidos por Fabio González (C-3, fls. 28 A 30), Marcos Velásquez (C-3, fls. 30 a 32), Jorge Arcadio Villaveces (C-3, fls. 49 Vto. 51), Hernán Sánchez (C-2, fls. 64-65), Hernán Quimbayo Rodríguez (C-2, fls. 78-80), José Ramiro Grimaldo (C-3, fls. 38-46 Vto.), Luis Carlos Almanza (C-2, fls. 65-67), Diógenes Hernández Lozano (C-2, fls. 67-68), Luis María Díaz Zarta (C-2, fls. 69-72), Armando Criollo (C-2, fls. 72-75), Alvaro Perdomo Montilla (C-3, fls. 46 Vto. 50), José Avelino Murillo (C-4, fl. 42 Vto. 43) y Jesús Elías Manjarrés Acosta (C-4, fl. 43 Vto. 44).

De ese análisis concluye el censor que el Tribunal erró en la apreciación de la prueba, como quiera que, algunos testigos expresamente declararon sobre la explotación directa de los predios por sus propietarios, como ocurre con los deponentes Hernán Sánchez, Hernán Quimbayo, Diógenes Hernández Lozano y Luis María Díaz Zarta, en tanto que ninguno pudo declarar expresamente sobre los supuestos aportes a la sociedad, ni sobre el reparto de utilidades, ni en fin sobre la existencia misma de ella; por lo que, en conjunto puede decirse que, "cuando más, entre los hermanos Manjarrés pudo haber una comunidad sucesoral o presucesoral, minúscula y fugaz: con la explotación del predio San Juan, cuyo destino se desconoce. Y que en lo que hace a los fundos San Vicente y Santa Bárbara nunca hubo explotación conjunta por parte de todos ellos, sino

separada de sus respectivos propietarios..., todo bien distinto de lo sostenido por el Tribunal a propósito de estas disposiciones" (fl. 24, cuaderno Corte).

6.10 Yerra igualmente el Tribunal al apreciar la demanda como indicio en pro de la existencia de la supuesta sociedad de hecho -al decir del recurrente- por cuanto según ella aparecen los hermanos Manjarrés sobrevivientes de Miguel, con bienes individuales, al paso que los adquiridos por el fallecido eran todos pertenecientes a la sociedad, lo que resulta en contraevidencia con los testimonios y la prueba documental que obra en el proceso.

En resumen -dice el impugnador- "sólo el error de hecho múltiple y perseverante, denunciado y probado atrás, permitió al Tribunal afirmar que hubo sociedad de hecho entre los Manjarrés, localizada en el tiempo a la medida de la pretensión de los demandantes, ayuna de cualquier respaldo, y atribuirle los bienes que éstos mismos quisieron señalar para su ventaja, con exclusión de los 'suyos propios', puestos a buen recaudo. Que si el Tribunal hubiera analizado los testimonios de la parte demandante, hubiera tenido en cuenta los aportados por la parte demandada, hubiera examinado la documentación relativa a la compra de las fincas y, sobre todo, a los créditos otorgados por la Caja Agraria y, además, hubiera tenido en cuenta los demás documentos: facturas, certificados de registro de Instrumentos Públicos, arrendamiento de San Juan, crédito de la Corporación Financiera del Tolima, hipoteca a favor de ésta, y, por último, hubiera observado entera la demanda y la hubiera relacionado con las escrituras de adquisición de los inmuebles y los testimonios, con absoluta seguridad su conclusión hubiera sido la que ineludiblemente imponen las distintas pruebas que obran en el proceso: que entre Miguel y los otros Manjarrés Quesada no hubo jamás sociedad alguna..." (fls. 27 y 28, cuaderno Corte).

Así las cosas, concluye el recurrente, el sentenciador, al declarar la existencia de una sociedad de hecho aludida en la demanda, violó las normas sustanciales que se denuncian como quebrantadas y, por ello, ha de casarse la sentencia recurrida y, en su lugar, en instancia, confirmarse la del *a quo*.

Consideraciones

1. *Ante todo, en relación con la regulación legal de las sociedades de hecho, se precisa por la Corte:*

1.1 *Tanto nuestra legislación civil (título XXVII, arts. 2079 y ss. C.C.) como la comercial (Título IX, Libro Segundo, arts. 478 y s.s. C. de Co.), admiten la existencia de sociedades de hecho, diferentes desde luego de las constituidas conforme a derecho, esto es, con observancia de la plenitud de los requisitos y solemnidades prescritas por la ley. Para unas y otras, exigen pluralidad de socios, aportes en común, propósito de lucro para repartir utilidades o pérdidas e intención de constituir la sociedad.*

1.2 *Las sociedades de hecho, tal cual lo reiteró la Corte en sentencia de la Sala de Casación Civil de 30 de noviembre d 1967, pueden ser de dos especies: las que "nacen por la expresión de un consentimiento manifiesto de las partes, pero que no alcanzan a formar en la categoría de las sociedades de derecho por falta de alguna de las solemnidades requeridas por la ley o de alguno de los factores esenciales para la*

formación del contrato social", y las "originadas en la colaboración de dos o más personas que aunan sus esfuerzos en la realización de determinadas operaciones de carácter económico o de explotación pecuniaria, encaminadas a obtener comunes beneficios, y que de tales circunstancias puede deducirse el consentimiento implícito de formar la sociedad" (G J. Tomo CXLX, números 2285 y 2286, pág. 332).

1.3 *De la misma manera, esta Corporación, a efecto de señalar con absoluta claridad la diferencia entre la comunidad y la sociedad de hecho, en sentencia de 30 de noviembre de 1935 (G.J. Tomo XLII, pág. 476), al fijar los requisitos que ha de recurrir para su existencia la segunda, expresó que ese consentimiento implícito de los socios para constituirla, no puede darse por demostrado cuando "se trata de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes", ya que, como resulta obvio, en tales casos se encuentra ausente el* animus contrahendae societatis. *Es decir, que cuando quiera que falte la voluntad -expresa o tácita- de crear una sociedad, así sea ésta de hecho, no puede darse por existente el acto jurídico indispensable para darle nacimiento, criterio éste recientemente reiterado por la Corte, en sentencia de 23 de mayo de 1989, aun no publicada, en la que se dijo que "el* consortium *entre los que han heredado del* pater familias *únicamente puede transformarse en societas cuando los hermanos adoptan la decisión de explotar en común los bienes heredados... En efecto, si se pacta que los bienes poseídos por un causante seguirán explotándose en conjunto por sus sucesores, al dejar en común esos activos con el fin de vincularlos a negocios industriales o comerciales existentes o apenas proyectados, concertando así la iniciación o la continuación de esa empresa para obtener un lucro común partible, que no la mera conservación de los bienes para su aprovechamiento económico por uno o varios de los asignatarios, la relación jurídica así creada es de sociedad; dentro de tan precisas condiciones, es claro que los herederos contratantes contraen la obligación específica de ejercer para beneficio común una determinada actividad, cosa que en la otra hipótesis no sucede pues el uso de los haberes hereditales no es en modo alguno el resultado de una obligación de origen convencional, sino más bien la consecuencia natural del derecho que a cada heredero compete y que, igualmente, le permite participar en la administración hasta que la comunidad desaparezca" (ordinario Georgina Viveros de Bolaños y otros, contra Olga Marina Viveros Astudillo y otros, como sucesores de Pastor Viveros).*

2. *Significa lo dicho precedentemente que cuando se trata de sociedades de hecho formadas en virtud de un consentimiento implícito, llamadas también por ello "sociedades formadas por los hechos" de los cuales se concluye el* animus contrahendi societatis- *la existencia de este factor esencial de ellas sólo puede deducirse por el juzgador de instancia mediante la apreciación autónoma de las pruebas que obren en el expediente, tarea en la que actúa el fallador con la autonomía que le es propia a la función jurisdiccional que desempeña, sin que la Corte pueda variarla, a menos que en casación el recurrente demuestre que se ha incurrido por el Tribunal en error de derecho o de hecho, manifiesto y trascendente, en la apreciación de las pruebas en que se apoya la sentencia censurada.*

3. En el caso de autos, procede la Corte a examinar si el error de hecho en la apreciación probatoria testimonial y documental de que el censor acusa al sentenciador, reúne los requisitos exigidos por la ley (arts. 368, num. 1 y 374, num. 3), para aniquilar

el fallo atacado. Y sobre el punto, la Sala advierte que, conforme a la regulación existente, el error de hecho ha de ser manifiesto; esto es, evidente, es decir, que surja a la mente con claridad tal de la simple comparación entre la sentencia y las pruebas que se dice fueron ignoradas o alteradas en su contenido por el fallador, que el yerro pueda establecerse sin necesidad de esforzados razonamientos, lo que necesariamente conduzca "al convencimiento de la contraevidencia, inconcebible cuando el resultado que se censura es producto de una labor de sopesar distintas posibilidades que termina con la escogencia de la más probable, sin que ninguna de ellas esté plenamente contradicha por otras pruebas del proceso..." (G.J. Tomo CXXIV, pág. 95).

3.1 Pues bien, en cuanto al primer yerro de hecho que se acusa en la sentencia censurada, no aparece demostrada la evidencia que de él exige la ley.

3.1.1 En efecto, primeramente observa la Sala que del contenido de las declaraciones testimoniales que obran en el proceso y de la propia transcripción y análisis que de esos testimonios realiza el recurrente en casación (fls. 16 a 24), sin dificultad alguna se observa que existen dos grupos de testigos: el primero, del que hacen parte, entre otros, los deponentes en primera instancia, los señores Fabio González, Marcos Vásquez, Armando Criollo Ortiz, Alvaro Perdomo Montilla y José Ramiro Grimaldo; y los recogidos en segunda, los señores José Avelino Murillo, José Domingo Torres y Jesús Elías Manjarrés. Unos y otros en sus declaraciones manifiestan que existió la sociedad de que trata la demanda, entre los hermanos Manjarrés Quesada, si bien los tres primeros hacen tal afirmación, parcialmente como testigos de oídas (lo que no excluye su credibilidad), y los demás dando cuenta de la razón de su dicho, por percepción directa. Pero al lado de ese grupo de testigos, se encuentra el segundo, conformado por Hernán Quimbayo Rodríguez, Diógenes Hernández Lozano y Hernán Sánchez, quienes, a contrario de los anteriores, afirman que tal sociedad de hecho no existía, o que por lo menos a ellos no les consta.

3.1.2 Dentro de aquéllos (los del primer grupo) se encuentran los testimonios decretados y practicados en primera instancia quienes deponen, de acuerdo con sus condiciones (principalmente de carácter personal, social, cultural, etc.) lo que pudieron percibir de la actividad de los hermanos Manjarrés Quesada, en torno a la formación y desarrollo de una sociedad de hecho. En efecto, el señor *Fabio González* (conocido de los hermanos Manjarrés Quesada desde hace más de veinticinco años) a lo largo de su declaración, manifiesta que entre tales hermanos "tenían esa sociedad todos, y trabajaban todos". Y en algunos de sus apartes, expresa que habían "comprado una maquinaria", y que "ellos se entendían únicamente todos". Y señala que dichos hermanos vivían con el padre y que "ahí duraron trabajando hasta cuando el finado Miguel Manjarrés murió", y que era Ernesto Manjarrés "quien anteriormente manejaba la sociedad hasta la muerte de Miguel". Agrega que esta se dedicó a la agricultura y que: "los cultivos son en la vereda La Virginia de este municipio donde tienen los lotes San Vicente y Santa Bárbara que son de propiedad, el de San Vicente que figura a nombre de Miguel y Crispín Manjarrés y el Santa Bárbara, que figura a nombre de Francisco y Ernesto Manjarrés ...". Luego dice que "eso lo cultivaban entre ellos o sea la sociedad de los hermanos Manjarrés y el producido considero que era para ellos, pero ahí sí no sé yo muy bien quién cogía eso". Más adelante expresa que "a ellos se les podía decir que la

sociedad de los Manjarrés, que la sociedad de ellos ... pero le escuché decir a él (refiriéndose a José Miguel Manjarrés) que ésos "eran trabajos entre todos"...

Por otra parte *el testigo Marcos Vásquez* (conocido de los hermanos Manjarrés Quesada y vecino de la misma vereda de La Virginia) declara que esos cultivos y ganados eran de "los trabajos que ellos realizaban y trabajando con las máquinas por fuera en contratos que les salieran", que "les oía únicamente decir que ellos se repartían las utilidades, entre todos ahí o compraban una tierra o compraban ganado, repuestos para la maquinaria", lo mismo que los lotes San Vicente y Santa Bárbara "y un lotecito que yo les vendí donde tienen una casa. .", y que "unas veces cultivan de cuenta de ellos, otras veces han arrendado... yo les arrendé la finca para ganado y cuando pasaba la cosecha ellos podían meter el ganado y a mí me pagaban el arriendo... y... después de pagar trabajadores, combustibles y repuestos para las máquinas de ahí repartían ellos que eso yo se lo oía decir a los Manjarrés"... Así mismo *el testigo Alvaro Perdomo Mantilla* (nacido y agricultor de la vereda La Virginia) señala refiriéndose a los señores Manjarrés Quesada, que "toda una vida ellos han trabajado para todos... eso desde hace unos veinticinco años o treinta años... toda una vida don Pastor Manjarrés que era el papá de ellos... hizo y dispuso que los hijos de él fueran una sola familia", y "conozco una sociedad familiar, han sido tractoristas, ordeñadores, vaqueros, cultivadores...", teniendo como bienes de propiedad "d esa sociedad la finca San Vicente, la finca Santa Bárbara..." y que no obstante que "el finado Miguel antes de morirse me solicitó como intermedio que liquidara esa sociedad... y no tener ... problemas" (refiriéndose a las escrituras hechas); sin embargo, (previo llamado a Ernesto Manjarrés) "Ernesto Manjarrés me contestó que no había para liquidar esa sociedad y que los cultivos estaban dando pérdida y que no había plata" ... Y finalmente el Tribunal resalta del testigo *José Ramiro Grimaldo* que expresa claramente, entre otras cosas, el origen de la escrituración en favor d Crispín y Miguel, debido a un consejo del abogado Diego Castilla Durán y a que el papá de los Manjarrés había conseguido otra señora (C-4, fl. 54).

Sin embargo, en la declaración de este testigo (agricultor residenciando en la vereda La Mata municipio de Purificación, conocido desde hace 35 años de los hermanos Manjarrés y con tratos relacionados con asuntos de cultivos, etc.) se expone, en alguno de sus apartes, que "ellos sí trabajan en conjunto, menos la hermana Carmen Rosa ... quien dirige la cosa es el señor Ernesto Manjarrés y los otros, pues administran y ayudan a ... dirigir los cultivos, en compras de tierra y de maquinaria ... es una sociedad de hermanos ... y esto lo digo porque los conozco hace mucho tiempo y que los he visto es trabajando honradamente a todos ... y que lo que han conseguido con el beneficio del trabajo ha sido para el mejoramiento de ellos mismos ... ellos trabajan para un mismo fondo ... porque la compra de San Vicente yo fui muy fiel testigo de que el señor José Arcadio Villaveces estaba vendiendo porque lo estaba mortificando el Incora ...". Expresa igualmente que Alvaro Perdomo, al no poder hacer negocio con el señor Villaveces, "le cedió el negocio a los señores Manjarrés, y aun el abogado que ayudaba a dirigir esas cosas era el doctor Diego Castilla Durán, ya fallecido, les dijo háganle la escritura a Crispín y Miguel, porque había de por medio, que el papá de los Manjarrés había conseguido otra señora". Igualmente señala que el pacto "fue ponerse de acuerdo y trabajar todos en común, yo los vi trabajando, pero no los vi pactando sociedad ... el que siempre ha estado a la cabeza de esa sociedad ha sido el señor Ernesto Manjarrés

... los bienes que conozco como de propiedad de esa sociedad, es el lote de San Vicente, el lote de Santa Bárbara y el lote que tienen en La Vega en el municipio de Purificación que se llama El Granadillo ... Ellos amistosamente convinieron o compactaron esta escritura ... para Miguel y Crispín, la otra para Ernesto, la otra para Francisco Manjarrés ... siempre lo coordinaban con el doctor Castilla ... esa finca San Vicente ha sido de los señores Manjarrés Quesada ... yo la tuve en arriendo ... yo no los vi reunidos (para formar la sociedad), pero sí los vi trabajando en comunidad ... no me consta que el padre de los Manjarrés, cada uno tuviera su derecho de tierra o su compra por aparte, pero sí ellos en un común acuerdo sí trabajaban para obtener sus bienes ..." (Cdno. 3).

3.1.3 Por otra parte, en la segunda instancia se decretaron los testimonios de José Avelino Murillo Devia, José Domingo torres y Jesús Elías Manjarrés Acosta, sobre los cuales el Tribunal dice que "no tiene que hacerles ningún reparo" y que "no hacen otra cosa que corroborar lo dicho por los otros testigos en el sentido de que entre los hermanos Manjarrés sí existió una sociedad, conocida notoriamente en la región" (Cdno. 4, fl. 55). Ahora bien, veamos sus declaraciones: *El señor José Avelino Murillo Devia* reitera, en cuanto a la participación que "los señores Manjarrés Quesada (refiriéndose genéricamente a todos los hermanos) desde que yo los conozco han trabajado todos en sociedad para un beneficio de todos" y, después de prestar el servicio en el ejército (entre 1970 y 1971) señala aspectos de la explotación con el tractor (lo manejaba Roque, Ernesto, Miguel, Crispín), así como la de que "ellos estaban trabajando todavía unidos" y de que "el lote San Vicente que se lo compraron a José Arcadio Villaveces", habiendo dicho entonces que "ellos se lo habían comprado para todos" con una cosecha en el "lote denominado El Milagro". Después el testigo relata aspectos de su trabajo, como la vocería de Ernesto, el arreglo de cuentas con él, las reuniones de los Manjarrés para establecer pérdidas y ganancias, las visitas a las casas del finado Pastor, el comentario de ellos sobre los trabajos de la semana, las adquisiciones de los lotes de "San Vicente" y "Santa Bárbara" y el acuerdo sobre la figuración de la escritura a nombre de algunos de ellos, etc. Luego, el declarante expresa que "yo nunca les conocí que ellos compraran nada aparte ... Ellos son muy hermanables a veces tenían por ahí roces unos con otros ... adquirían préstamos en la Caja o en el Banco ... hacía el préstamo Roque y lo fiaba Ernesto"... Por su lado, *el testigo José Domingo Torres Aroca* (conocido de los hermanos Manjarrés desde hace veinticinco años y vecinos en la vereda, habiendo "sido trabajador de ellos coinciden en muchos de los aspectos antes mencionados. Porque, después de precisar el conocimiento de algunos de los hermanos, refiriéndose genéricamente a todos los vinculados al proceso, en algunos de los apartes de sus respuestas se lee: "Durante el tiempo en que yo llegué a trabajar en compañía de ellos, tanto en agricultura como en ebanistería ... ellos nunca se han separado de los trabajos en compañía y ellos acuerdan qué trabajo van a hacer, qué cultivo van a sembrar, cuándo es recolección de cosecha, se reúnen, hacen sus cuentas y liquidado todo el producto de las cosechas las ganancias las invierten en compra de tierras, en ganado, en maquinaria ... ahí trabajando de acuerdo ... hace unos 25 años que ellos se reunieron y acordaron constituir la sociedad ... ellos venían trabajando .... ellos aportaron la fuerza de trabajo, el capital que tenían no era sino un lote de tierra que se llama San Juan ... eran dos casas y el lote ... unificarón todo el capital; ellos tenían un tractor ... en representación de esta sociedad el que ha llevado la vocería es don Ernesto Manjarrés, pero desde luego que los otros también tienen su vocería, porque desde que ellos no den el concepto don

Ernesto no puede hacer nada ... ellos se reúnen y ordenan el pago de los trabajadores, pero don Ernesto es el que paga ... ellos se reunían y hacían la repartición de ganancias ... y pérdidas ... tuvieron unas pérdidas porque les robaron todo el arroz (en San Vicente) ... Ellos tenían un ganado que eran más de 30 reses, acordaron venderlo, y vendieron un tractor que tenían para cubrir las deudas ... han comprado unos bienes inmuebles ... el uno llama Santa Bárbara y el otro San Vicente.

Estos lotes han sido comprados con dineros de la sociedad, aunque pueden hacer escritura a nombre del uno o del otro, pero son lotes de la sociedad y explotados en unidad con la sociedad mencionada ... Ellos han tenido créditos en la Caja Agraria ... han sido invertidos en la misma sociedad en atención de cultivos, mejoramiento ... no ha sido liquidada todavía, he visto y he trabajado los últimos días y la han mantenido los mismos como comenzaron a constituir la sociedad ...

Así mismo, el testigo *José Elías Manjarrés Acosta* pariente del papá de Crispín Manjarrés, de profesión jornalero y residente en la vereda La Virginia también depone que "me crié trabajando con ellos" (refiriéndose genéricamente a todos los hermanos Manjarrés Quesada) ... yo estuve muchas veces en reunión con ellos cuando acordaban cualquier negocio ... para comprar ganado, comprar tierra ... yo les manejaba la gente en el cultivo ... he trabajado con ellos para el arreglo de cercas ... hacían préstamos y créditos. Pues ellos aportaban dinero para comprar lo que necesitaban ... Ernesto ... ha sido el representante ...". También hicieron muchas reuniones, porque, agrega, "yo presenciaba eso, inclusive una vez que echaron un cultivo de algodón en El Milagro, se ganaron $150.000.oo, con esa plata compraron ganado... Después en La Aurora hicieron una cosecha y se ganaron $80.000.oo y a mí me participaron varias veces ... Eso se compraba a nombre de todos ellos Crispín, Ernesto, Francisco, Roque José, Carmen Rosa y Miguel Manjarrés ... hicieron las escrituras por confianzas ... ellos a veces hacían crédito, el finado Crispín, Roque o cualquiera de ellos ... invertían en los cultivos y si habían ganancias partían las utilidades, si habían pérdidas tenían que reunirse para repartirlas ... en el predio San Vicente le robaron todo el arroz que fueron como $700.000.oo ... no está liquidado, la sociedad está vigente" (C-4, fls. 41 y ss.).

3.1.4 Pues bien, el anterior relato pone de presente las condiciones relativas a este grupo de testigos principalmente las de carácter físico, mental, narrativo, social y personal; y las referentes a sus declaraciones, como los pertinentes a su percepción, reproducción, comunicación y contenido (exacto, claro, responsivo, espontáneo, fiel, etc.). Y sobre este último, la visión en conjunto con los testimonios de Fabio González, Marcos Vásquez, Armando Criollo, Alvaro Perdomo Montilla y José Ramiro Grimaldo, recepcionados en primera instancia, pero principalmente de los testimonios de José Avelino Murillo Devia, José Domingo Torres y Jesús Elías Manjarrés Acosta, decretados y recepcionados por el Tribunal, pueden extraerse los siguientes hechos: Que el padre de los Manjarrés quiso que se formara una sociedad entre sus hijos; que éstos expresaron su voluntad de hacerla; que aportaron trabajo y capital en tierra; que organizaron su intervención con la representación de Ernesto y la dirección de todos; que desarrollaron labores de explotación en agricultura y ganadería; que tuvieron ánimo de participar en ganancias y pérdidas, lo que efectuaron periódicamente, invirtiendo las utilidades en adquisición de otros bienes, como los inmuebles denominados San Vicente y Santa Bárbara; que su desarrollo era coordinado en las labores, decisiones y fines de

fuero; que acordaron la forma de escrituración de los bienes, a nombre de algunos de ellos, etc.

Es decir, los testigos mencionados, principalmente los últimos, deponen armónicamente no sólo sobre la voluntad de formación de una sociedad sino también sobre su ejecución en la práctica mediante la realización de actos y servicios (como aporte principal, tomando como base lo escriturado por el padre), de explotación (acción desplegada) conjunta (con ánimo social, como era reconocido en el vecindario, etc.) y diversa (arrendamiento, trabajos personales y a través de sus hijos, etc.), con fines de utilidad, que permitieran la consecución de otros bienes (representativa de su contenido). Y todo ello en conjunto representa los elementos fácticos constitutivos de la existencia de una sociedad de hecho civil de carácter agropecuario entre hermanos.

3.1.5 Ahora bien, es cierto que el Tribunal sólo hizo mención expresa de los declaraciones de José Ramiro Grimaldo y Alvaro Perdomo, y de que más adelante se refirió a los testimonios decretados de oficio en segunda instancia, y luego genéricamente a las declaraciones de todos los testigos de los que concluye la existencia de la sociedad de hecho a que aluden las pretensiones de la demanda. Pero es claro que esa exagerada generalización no es bastante para desecharlos: En primer lugar, porque la sola generalización, fruto comúnmente de la simplificación o mera ligereza gramatical, si bien resulta antitécnica por la dificultad que pueda presentar en su entendimiento, no es menos cierto que, en el caso *sub lite*, expresa la fundamentación global de la apreciación, la que, por sí sola, es decir, por la circunstancia de efectuarse en esta forma global, tampoco demuestra la contraevidencia de los testimonios, esto es, de que su apreciación contradice la realidad del proceso. Porque, como se vio, aquel grupo de testimonios, aun ante una severa crítica probatoria, refleja, en contra de lo expuesto por el recurrente, la existencia de una sociedad de hecho entre los hermanos Manjarrés Quesada. Y en segundo término, porque la insuficiencia descriptiva en forma pormenorizada del análisis crítico individual y conjunto de los testimonios apreciados, reiterada por el casacionista, sólo demuestra que el fallo atacado no fue lo suficiente expresivo en el análisis probatorio, pero de ninguna manera demuestra que se hubiera errado en la actividad mental correspondiente. De allí que sea necesario que el recurrente demuestre en forma concreta el yerro endilgado al fallador, so pena de estarse a la conclusión probatoria del *ad quem*, que, por lo demás en este evento, por resultar (de acuerdo con lo expuesto) razonablemente posible, debe estarse a ella, la cual es suficiente para sostener la conclusión de la existencia de la sociedad de hecho mencionada. Y ello obedece a que tal estimación razonable excluye entonces yerro evidente, protuberante, manifiesto a la convicción que el juez asigne a los medios de prueba, que, en el caso *sub examine*, no aparece demostrado.

3.2 En cuanto hace referencia a la prueba documental, ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

3.2.1 En principio debe sostenerse que como la sociedad de hecho no es persona jurídica, es obvio que en ningún caso puede figurar como titular de derechos reales, ni tampoco como sujeto pasivo de obligación alguna, por lo que no es de extrañar que en casos tales, los bienes sociales se radiquen entonces en las personas naturales que se han asociado "por los hechos", precisamente cuando han obrado como socios de hecho y no

como personas individualmente consideradas. Pero como esta intervención adquisitiva constituye una circunstancia de la actividad fáctica de la sociedad de hecho, sobre la cual no se exige prueba solemne, se concluye en la posibilidad del juzgador, dentro del análisis crítico probatorio, de apreciar el acervo probatorio pertinente, particularmente, el testimonial, que lo conduzca a la existencia de una sociedad de hecho, cuyas adquisiciones aparezcan documentalmente a nombre de uno, varios o todos los socios, excluyéndose por lo tanto la posibilidad de una adquisición estrictamente individual. Pero en tal evento, el ataque en casación debe hacerse impugnándose la apreciación de los testimonios que condujera a la errónea o falta estimación de la prueba documental, mas no limitarse al ataque aislado de esta última, so pena de quedarse incompleto el cargo o sin demostración el yerro endilgado o su trascendencia.

3.2.2 Ahora bien, como quiera que el fallo atacado tiene su fundamento probatorio central en la prueba testimonial, a tal punto de que fuera la determinante para estimar como sociales y no como particulares los bienes que aparecían indicados en los documentos mencionados por el recurrente como erróneamente estimados, era necesario su ataque en forma conjunta y no aislada, so pena de no alcanzar éxito, por las razones arriba expuestas. Y ello es precisamente lo que acontece con la mayoría de los defectos que el censor le endilga al *ad quem* sobre la apreciación probatoria documental. Porque ciertamente el Tribunal, al tomar como fundamento "la prueba documental que se aportó con la demanda y alguna de la contestación de ella" y la solicitud de crédito de la Caja Agraria (C-4, fls. 55 y 56) y concluir que hubo una sociedad de hecho entre los hermanos Manjarrés Quesada, en la cual, aquellas pruebas señalaban el carácter social de dichos bienes, estaba, sin duda, apreciando dicha prueba documental bajo el efecto de la convicción testimonial. De allí que fracase la censura al omitir combatir totalmente esta apreciación, además de ser desacertada, por cuanto el Tribunal sí tuvo en cuenta tales documentaciones, aunque, lo hizo en forma global y genérica, y, bajo el espectro de la convicción testimonial.

Además, observa la Sala que en este aspecto, en virtud de lo dicho, y en armonía con los testimonios en los cuales se afirma que existió la sociedad de hecho, que merecieron la credibilidad razonable del Tribunal, bien podía esta Corporación arribar a la conclusión a que llegó, sin que ella pugne de manera abrupta con la lógica, ni choque abiertamente con la realidad procesal, ni la sana crítica. De donde forzoso es aceptar que el yerro a que alude el recurrente, por lo menos tampoco resultaría evidente en este aspecto, lo que de por sí lo hace inane para el propósito que persigue el cargo propuesto

3.3 De otra parte, en cuanto al indicio de haber relacionado en la demanda como sociales algunos bienes que figuran a nombre de los demandantes, la inferencia del Tribunal que funda en ese hecho indiciario la deducción de que existió la sociedad, si bien es distinta de la conclusión del recurrente, quien lejos de aceptar la del Tribunal, señala que ese hecho es demostrativo del "ánimo ávido" de los demandantes para despojar a los sucesores de Miguel Manjarrés de parte de los bienes relictos, la Sala tampoco lo encuentra contundente. En efecto, ciertamente fue desafortunado el Tribunal al señalar esa afirmación de la demanda para "deducir ... que existió una sociedad de hecho ...", porque no alcanza a constituir confesión, ni la prueba de un indicio en contra de los *demandados*. Sin embargo, de haberse entendido en esta forma, dicho eventual yerro resultaría, frente al acervo probatorio restante, intrascendente para

quebrar por sí solo el fallo atacado, pues la apreciación de aquél sería suficiente para sostenerlo, pero leyendo todas las partes de esta argumentación, más bien puede entenderse que lo que quiso decir el *ad quem* fue la de que era un indicio en contra del *demandante* en cuanto a la eventual calidad de sociales de los bienes radicados en su nombre y que fueron señalados como sociales en la demanda, pues esa afirmación desmejoraba su patrimonio (destaca la Sala).

3.4 Finalmente, agrégase a lo dicho que, si el error de hecho de que se acusa a la sentencia no resulta evidente por las razones expuestas, con mucha mayor razón carece entonces de la trascendencia indispensable para la infirmación del fallo atacado, pues, se repite, "para la prosperidad del ataque en casación por la violación de la ley sustancial por la vía indirecta, cuando para ello se acusa el fallo por error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas "no es suficiente la presentación de conclusiones empíricas distintas a las que llegó el Tribunal, pues la mera divergencia conceptual no demuestra por sí sola error de hecho" y tampoco es suficiente a ese propósito "la crítica general del manejo que se haya hecho de la prueba, pues en casación no ocurre revisar el desarrollo lógico de la argumentación jurisdiccional, sino examinar la inteligencia que allí se haya dado a las normas y, en su caso, la dicha contradicción palmaria entre el juicio y la realidad vertida en el proceso" (Sentencia del 23 de mayo de 1989, ordinario de Georgina Viveros Bolaños y otros, contra Olga marina Viveros Estudillo y otros, como herederos de Pastor Viveros, no publicada aún).

El cargo, en consecuencia, no prospera.

IV. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 12 de octubre de 1990, en el proceso ordinario iniciado por Crispín, Ernesto, Roque José, Francisco y Carmen Rosa Manjarrés Quesada contra María Elvia Díaz de Manjarrés, Néstor y Helbert Manjarrés Díaz, cónyuge supérstite la primera y herederos los segundos de Miguel Manjarrés Quesada.

Costas a cargo de los recurrentes. Tásense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 167

INCONGRUENCIA / CONGRUENCIA / NULIDAD - FALTA DE INSINUACIÓN / SIMULACION

Son incongruentes por *extra petita* las sentencias que condenan a "cosa distinta", expresión ésta, que no se refiere exclusivamente a los bienes objeto de la controversia, sino que concierne al contenido en derecho del litigio. Por el contrario, son congruentes, los fallos que condenan "a cosa distinta de lo pretendido", cuando un proveimiento de tal estirpe venga impuesto por normas legales de carácter imperativo, por ejemplo: en aquellos eventos en que sin haberlo pedido los litigantes, los Tribunales declaran la nulidad absoluta que aparece de manifiesto en un acto o contrato. La nulidad por falta de insinuación, sólo procede cuando está probada la simulación en el sentido de que no hubo venta sino aquella figura. De forma, que si se niega la simulación, no puede decretarse la mencionada nulidad.

DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS

Sólo se dan cuando en la parte resolutiva hay decisiones incompatibles. que hagan imposible la ejecución simultánea de ellas. La incompatibilidad tiene que ser de tal envergadura, tan absoluta y notoria, que no sea factible saber cuál es el genuino mandato jurisdiccional que debe ser objeto de cumplimiento. En la sentencia no es posible desligar de lo dispositivo de ella, su parte resolutiva.

SIMULACION

Noción. Clasificación. En la absoluta, los estipulantes convienen que entre ellos no haya vínculo contractual de ninguna especie y por lo tanto el único acto en realidad celebrado consiste en el pacto consensual en mérito del cual se le da vida a una apariencia que engañe públicamente demostrando ante terceros la existencia de un negocio que las partes nunca se han propuesto ajustar. En la relativa, los contratantes aparentan un contrato distinto del que verdaderamente celebraron o fingen no haber

concertado entre ellos el que si realizaron. Para los terceros el acto simulado le es inoponible. La invalidez de una donación encubierta bajo la apariencia de un negocio simulado, requiere previamente la declaración de la simulación.

DONACION

Definición. Requisitos. La nulidad de que trata el artículo 1458 del C.C. se radica en aquella parte que no cumple con la exigencia legal de la insinuación pero no vicia la totalidad de la donación. Cuando se ha donado sin insinuación un bien raíz que valga más de la referida cantidad, el donatario conserva un derecho proindiviso en la finca, equivalente a aquella suma.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Sentencia número 167

Magistrado Ponente: *Carlos Esteban Jaramillo Shloss*

Santafé de Bogotá, D.C, quince (15) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992)

Referencia: Expediente número 3114

Decide la Corte los recursos de casación interpuestos por la parte actora y varios de los demandados contra la sentencia de fecha veintiuno (21) de junio de 1990, aclarada posteriormente por auto de fecha diecinueve (19) de julio del mismo año, sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario de mayor cuantía seguido por Leonel de Jesús y Flor Teresa Velásquez Piedrahita, junto con Martha Ligia, Nelson Guillermo y Alba Nelly Velásquez Restrepo, contra Blanca Luz, Sigifredo del Socorro y Alicia Eugenia Velásquez Piedrahita, Carlos Enrique Posada Marín, Juan David y Luis Fernando Posada Velásquez, Bayardo Ríos González, la sociedad Inversiones Casablanca Velásquez Posada & Cía. S. en C., Francisco Luis Vélez Sierra y Manuel Salvador Vélez Sierra.

I. Los antecedentes del litigio

1. De la unión matrimonial entre Noé de Jesús Velásquez Cadavid y María Margarita Piedrahita Tobón nacieron siete hijos a quienes se les dieron los nombres de Sigifredo del Socorro, Blanca Luz, María Rubiela, Alicia Eugenia, Flor Teresa, Leonel de Jesús y José Guillermo, este último fallecido varios años atrás y a quien le sucedieron sus hijos legítimos Marta Ligia, Alba Nelly y Nelson Guillermo Velásquez Restrepo. Y de otra parte, en el año de 1984 Alicia Eugenia Velásquez Piedrahita contrajo nupcias con Carlos Enrique Posada Marín, matrimonio del cual nacieron dos hijos de nombres Juan David y Luis Fernando Posada Velásquez.

2. Habiendo acumulado bienes "... de alguna consideración..." dentro de los cuales hacía parte un predio rural de 32 hectáreas situado en la localidad de San Pedro, Antioquia, vereda "Ovejas" del Municipio de Bello, predio antes llamado "La Vega" y después "La meseta", los esposos Velásquez Piedrahita, dada su avanzada edad pues ambos pasaban de los 70 años, se radicaron en la ciudad de Medellín en compañía de dos de sus hijas, Blanca Luz y Alicia Eugenia, así como del cónyuge y de los hijos de esta última; y existiendo en aquella finca una explotación lechera con fines comerciales, no obstante su edad Noé Velásquez Cadavid mantuvo siempre el control directo de la administración, menester para el cual contaba con la "...asesoría y ayuda, de las dos hijas con quienes vivía y de su yerno, el señor Carlos Enrique Posada Marín.

3. Con estos antecedentes, el 8 de junio de 1984 y mediante la escritura pública 2388 corrida en la Notaría 4ª del círculo notarial de Medellín, Noé Velásquez Cadavid declaró su voluntad de transferirle a título de venta al citado Carlos Enrique Posada Marín una parte del predio rural al que se viene haciendo referencia, segmento con cabida de 5.12 hectáreas y al cual se le dio la denominación de "El Teatro", reservándose el vendedor par sí el resto, es decir 26.88 hectáreas, luego se crearon así dos unidades inmobiliarias distintas a las cuales se les asignaron los respectivos folios de matrícula en el competente registro de la propiedad raíz, folios que en su orden son los distinguidos con los números 001.0352820 y 001.0352821.

Y dos meses después, el 16 de agosto de 1984 según se lee en la escritura 4068 otorgada en la Notaría 6ª de Medellín, entre los mismos comprador y vendedor se llevó a cabo una segunda venta por cuya virtud aquella parte de la finca "La Meseta" que se había reservado Noé de Jesús Velásquez Cadavid, también le fue enajenada a su yerno, siendo de advertir que el precio acordado, $700.000 en el primer contrato y $800.000 en el segundo, se declaró pagado en efectivo y recibido a entera satisfacción por el vendedor. En cuanto a la mención del título de propiedad de este último, la escritura pública 4068 fue objeto de aclaración mediante la escritura 4653 de la misma Notaría 6ª, otorgada por Noé de Jesús Velásquez y Carlos Enrique Posada Marín el día 14 de septiembre de 1984.

4. Al año siguiente, el 23 de junio de 1985 y también ante el Notario Sexto de la ciudad de Medellín, en la escritura pública 3154 Carlos Enrique Posada Marín dijo venderle a su cuñada Blanca Luz Velásquez Piedrahita, junto con algunas anexidades allí descritas, una parte del inmueble que, al tenor de cuanto se lleva dicho, en dos etapas sucesivas le había transferido Noé de Jesús Velásquez, segmento que los estipulantes convinieron en darle el nombre de "Casa Blanca" y que tiene una extensión de 12 hectáreas; del resto, el vendedor Posada Marín se reservó para sí el dominio, luego por segunda vez y como consecuencia del acto contractual que acaba de describirse, la finca de marras quedó dividida en unidades independientes, identificadas en el registro inmobiliario de Medellín con los folios de matrícula 001.0391870 y 001.0391871.

5. Puestas en tal estado las cosas, mediante la escritura pública 2827 de 12 de septiembre de 1985, autorizada por el Notario 7º del Círculo de Medellín e inscrita de acuerdo con la ley en el registro mercantil, se constituyó la sociedad comanditaria denominada Inversiones Casablanca Velásquez Posada & Cía. S. en C., entidad a cuya fundación concurrieron como socios gestores o colectivos Noé de Jesús Velásquez

Cadavid, Carlos Enrique Posada Marín y el abogado Bayardo Ríos González, mientras que con el carácter de comanditarios hicieron lo propio los hermanos Sigifredo, Blanca Luz y Alicia Eugenia Velásquez Piedrahíta junto con los dos hijos de esta última, Luis Fernando y Juan David Posada Velásquez. y por efecto de los aportes que en especie y a través de ese mismo instrumento efectuaron los socios Carlos Enrique Posada Marín y Blanca Luz Velásquez Piedrahíta, la titularidad registral del derecho de propiedad sobre las tres porciones en que para aquel entonces se hallaba dividido el predio rural que en mayor extensión se llamara "La Vega" o "La Meseta" y del cual fuera dueño exclusivo hasta junio de 1984 Noé de Jesús Velásquez Piedrahíta, es decir sobre las tres unidades inmobiliarias identificadas con los folios de matrícula números 001.0352820, 001.0391870 y 001.0391.871, quedó en cabeza de la sociedad quien adquirió por el concepto indicado, incluyendo naturalmente semovientes, "... instalaciones locativas y agropecuarias..." y un tractor que se dijo fue aportado por el socio Bayardo Ríos González, elementos todos éstos definidos en los estatutos como integrantes del "capital" de la empresa asociativa así creada.

6. En fin, después del fallecimiento accidental de Noé de Jesús Velásquez Cadavid, hecho acaecido a finales de noviembre de 1985, e iniciados los procesos de liquidación de los haberes sucesorales dejados por aquél y por su esposa María Margarita Piedrahíta Tobón, por medio de la escritura pública 432 de 18 de marzo de 1987 corrida ante la Notaría 5ª de Medellín y con posterioridad aclarada por la escritura pública 568 otorgada en la misma oficina el día 9 de abril siguiente, la sociedad Inversiones Casablanca Velásquez Posada & Cía. S. en C. le vendió a Francisco Luis del Socorro y Manuel Salvador Vélez Sierra los bienes raíces y muebles reseñados en el punto anterior, siendo el precio convenido la cantidad de $4.000.000 que los compradores pagarían "... haciéndose cargo de una deuda hipotecaria que la vendedora tenía contraída para con la Caja de Crédito Agrario...", título éste de enajenación onerosa que al decir de la demanda fue objeto de asientos registrales efectuados en los folios reales de matrícula números 001.0352820, 001.0352821, 001.0391870 y 001.0391871.

II. El litigio

1. Invocando su condición de sucesores con derecho a heredar forzosamente a los causantes Noé de Jesús Velásquez Cadavid y María Margarita Piedrahíta, y aduciendo que todas las atribuciones patrimoniales de las que se hizo mérito en el capítulo anterior fueron fruto de actos simulados que trajeron como consecuencia el desconocimiento de aquel derecho, los hermanos Leonel de Jesús y Flor Teresa Velásquez Piedrahíta junto con sus sobrinos María Ligia, Nelson Guillermo y Alba Nelly Velásquez Restrepo, todos mayores de edad y domiciliados en Medellín, actuando a través de apoderado especial y mediante demanda repartida al Juzgado 14 Civil del Circuito de Medellín el día 3 de abril de 1987, citaron a proceso ordinario a Blanca Luz, Alicia Eugenia y Sigifredo Velásquez Piedrahíta "... en sus propios nombres, como personas naturales, y como representantes de las sucesiones de Noé de Jesús Velásquez y María Margarita Piedrahíta de Velásquez...", a Carlos Enrique Posada Marín junto con sus hijos Juan David y Luis Fernando Posada, a Bayardo Ríos González "... en su propio nombre y como persona natural", a la sociedad Inversiones Casablanca Velásquez Posada & Cía. S. en C. y a los señores Francisco Luis del Socorro Vélez Sierra para que en sentencia de fondo que haga tránsito a cosa juzgada se declare, como pretensión deducida en forma

principal, que son simulados, "...de simulación absoluta...", los contratos de compraventa y el aporte de bienes raíces en sociedad de los que dan cuenta las escrituras públicas 2388 de 8 de junio de 1984 otorgada en la Notaría 4ª de Medellín, 4068 de 16 de agosto de 1984 de la Notaría 6ª de Medellín y que fue aclarada mediante la escritura pública 4653 de 14 de septiembre de 1984 corrida en la misma oficina notarial, 3154 de 28 de junio de 1985 otorgada también en la Notaría 6ª de Medellín, 2827 de 12 de septiembre de 1985 otorgada en la Notaría 7ª de la misma ciudad y, en fin, las escrituras 432 de 18 de marzo de 1987 y 568 de 9 de abril del mismo año, estas últimas autorizadas por el Notario Quinto del Círculo Notarial de Medellín.

En subsidio y para el evento de que la acción de simulación incoada no tenga éxito, solicitaron los demandantes que esos mismos contratos de compraventa y de aporte en sociedad se declaren rescindidos por lesión enorme, añadiendo que en cualquier caso y a manera de proveimientos consecuenciales, se decrete la restitución de los bienes fingidamente negociados al patrimonio sucesoral "... para que en ellos concurran como herederos todos los descendientes (...) por iguales partes..." y se condene a los demandados a las prestaciones mutuas a que haya lugar "... teniéndolos como poseedores de mala fe...".

2. Por grupos y oponiéndose todos al reconocimiento en sentencia de las pretensiones deducidas, a la demanda le dieron oportuna respuesta los demandados. Primeramente lo hicieron los esposos Posada Velásquez en su propio nombre y en el de sus dos hijos, invocando varias defensas que denominaron "falta de causa", "carencia de acción" y "falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva", solicitando además que se tengan en cuenta mejoras que elevaron el valor de la finca; los hermanos Blanca Luz y Sigifredo Velásquez, junto con el abogado Bayardo Ríos González, alegaron la prescripción y, finalmente, los terceros adquirentes Francisco Luis y Manuel Salvador Vélez Sierra adujeron ser de buena fe y haber pagado por el inmueble la suma de $70.000.000; en su defensa formularon varias excepciones que en los escritos de contestación llamaron "carencia de acción para demandar", y "falta de legitimación sustancial para obrar en ambas partes", y "prescripción", manifestaron que en el inmueble existen obras que el fallo en todo caso debe reconocer y, dada la índole de las pretensiones contenidas en la demanda, llamaron en garantía a la sociedad Inversiones Casablanca Velásquez Posada & Cía. S. en C. así como también a los socios gestores Carlos Enrique Posada Marín y Bayardo Ríos González.

3. Planteada la cuestión litigiosa dentro de los extremos que se dejan resumidos, el primer grado del proceso culminó con sentencia de fecha cuatro (4) de agosto de 1989 en la cual, después de un extenso estudio, el juzgado del conocimiento declaró simulados, "...porque en el fondo lo que se pretendía era una donación...", los contratos de compraventa celebrados entre Noé de Jesús Velásquez Cadavid y el demandado Carlos Enrique Posada Marín, contenidos en las escrituras 2388 de 8 de junio de 1984 y 4068 de 16 de agosto de 1984 aclarada por la escritura 4653 de 14 de septiembre siguiente, y el contrato de compraventa que el mismo Carlos Enrique Posada Marín dijo celebrar con la demandada Blanca Luz Velásquez Piedrahíta, contrato éste cuyas cláusulas se hicieron constar en la escritura pública 3154 de 28 de junio de 1985, declarando a renglón seguido la providencia que esas simulaciones no les son oponibles a la sociedad Inversiones Casablanca Velásquez Posada & Cía. S. en C. ni menos aún

a los demandados Francisco Luis y Manuel Salvador Vélez Sierra "... por ser terceros en la negociación..."; sobre los actos de enajenación instrumentados mediante las escrituras 2827 de 12 de septiembre de 1985 (aportes en especie a una sociedad) y 432 de 18 de marzo de 1987 (transferencia a título de venta a los hermanos Vélez Sierra), dijo el juzgador en su providencia que no son simulados, estimó así mismo, improcedente hacer pronunciamiento alguno acerca de la acción rescisoria por lesión enorme entablada de modo eventual por la parte actora y en lo que a las costas respecta, condenó a esta última a pagar las causadas en favor de la sociedad Inversiones Casablanca Velásquez Posada & Cía. S. en C. y de los terceros que de ella adquirieron, mientras que a los demandados Carlos Enrique Posada Marín y Blanca Luz Velásquez Piedrahita les impuso la obligación de pagarlas a los demandantes.

A virtud de apelación interpuesta por estos últimos y que contó posteriormente con la adhesión de varios de los demandados quienes hoy son también recurrentes en casación, a la segunda instancia le puso término el Tribunal Superior de Medellín mediante sentencia de fecha veintiuno (21) de junio de 1990 que fue aclarada por auto complementario proferido el diecinueve (19) de julio siguiente; luego de revocar en su integridad el fallo recurrido, en lo dispositivo estas providencias son del siguiente tenor:

"... 1° No se hacen las declaraciones de simulación absoluta invocada como principal, ni la de rescisión por lesión enorme en relación con los contratos señalados por la parte actora.

2° Declárase la nulidad absoluta en relación con los contratos de compraventa que a continuación se determinan, toda vez que la verdadera intención fue la de donar sin reunir el requisito previo de la insinuación:

a) La compraventa contenida en la escritura pública 2388 de 8 de junio de 1984 otorgada en la Notaría Cuarta de Medellín en donde aparece como vendedor Noé de Jesús Velásquez Cadavid y como comprador su yerno Carlos Enrique Posada Marín;

b) La compraventa contenida en la escritura pública 4068 de 16 de agosto de 1984 otorgada en la Notaría Sexta de Medellín en donde aparece como vendedor Noé de Jesús Velásquez y como comprador su yerno Carlos Enrique Posada Marín, al igual que la aclaración de la escritura pública 4653 otorgada el 14 de septiembre de 1984, de la Notaría Sexta de Medellín;

c) El contrato de compraventa contenido en la escritura 3154 de 28 de junio de 1985 de la Notaría Sexta de Medellín por medio de la cual Carlos Enrique Posada Marín dijo venderle a su cuñada Blanca Luz Velásquez Piedrahita parte de los inmuebles que le fueron vendidos por Noé de Jesús Velásquez Cadavid. Se dispone oficiar al señor Notario Sexto del Círculo de Medellín y al registrador de I.I. P.P. para que procedan a cancelar las escrituras indicadas y sus registros (Ley 50 de 1936, artículo 2°).

3° Se declara que es nulo de nulidad absoluta los aportes (sic) hechos a la sociedad Inversiones Casablanca Velásquez Posada & Cía. S. en C. y en lo que supere los dos mil pesos para cada socio, aportes hechos por escritura pública 2827 de 12 de septiembre de 1985 otorgada en la Notaría Séptima de Medellín. No hay lugar a declarar la simulación de la constitución de la sociedad. Se dispone oficiar al señor Notario Séptimo

del Círculo de Medellín y al registrador de I.I. P.P. para los efectos legales (Ley 50 de 1936, artículo 2°).

4° Se declara que las escrituras 432 de 18 de marzo de 1987 y 568 de 9 de abril de 1987 de la Notaría Quinta de Medellín, en donde aparece como vendedora la sociedad Inversiones Casablanca Velásquez Posada & Cía. S. en C. y como compradores Francisco Luis del Socorro Vélez Sierra y Manuel Salvador Vélez Sierra, se consideran válidas por tratarse de terceros de buena fe.

5° La declaración señalada en el numeral primero de la parte resolutiva del presente fallo no les es oponible a los señores Vélez Sierra.

6° Como consecuencia de las anteriores declaraciones, la sociedad Inversiones Casablanca Velásquez Posada & Cía. S. en C. está obligada, previa la deducción de los dos mil pesos para cada socio, a depositar en favor de la sucesión de Noé de Jesús Velásquez C. el valor correspondiente a las ventas efectuadas en favor de los señores Vélez Sierra, teniendo en cuenta los valores señalados en las promesas de venta determinadas en los folios 162 a 165 del cuaderno principal. Por setenta millones de pesos, dos millones de pesos y tres millones doscientos cuarenta mil pesos que serán consignados a órdenes del juzgado de instancia una vez ejecutoriado este proveído; a partir de este momento pagarán los intereses legales sobre las sumas hasta la fecha en que se haga su cancelación total.

7° Los demandados Vélez Sierra consignarán a órdenes del juzgado de instancia y a favor de la sucesión de Noé de Jesús Velásquez Cadavid, los dineros que aún adeudan a la sociedad Inversiones Casablanca Velásquez Posada & Cía. S. en C. a medida que se venzan las obligaciones pendientes. Las sumas que cancelen los señores Vélez Sierra en favor de la sucesión, serán descargadas de las que tienen que cancelar (sic) la sociedad en favor de la sucesión, para evitar un doble pago.

8° No prosperan las excepciones de fondo propuestas por los demás codemandados.

9° Por sustracción de materia, no prospera el llamamiento en garantía (...).

10. Costas a cargo de los codemandantes en favor de los codemandados Francisco Luis Vélez Sierra y Manuel Salvador Vélez Sierra.

11. Costas a cargo de los codemandados, exclusión hecha por los señores Vélez Sierra, y a favor de los actores (artículo 392 del C. de P.C.)...", mientras que el auto complementario aclara la sentencia en el sentido de señalar que la inoponibilidad puesta de presente en el numeral 5° de la parte resolutiva, alude no a la decisión desestimatoria que contiene el numeral primero, sino a la declaración de nulidad absoluta que de oficio el Tribunal sentenciador efectuó en el numeral segundo.

III. Los fundamentos de la sentencia impugnada

A vuelta de relacionar los antecedentes y el desarrollo pormenorizado del proceso hasta llegar al fallo apelado, en orden a justificar las decisiones que atrás se transcribieron el Tribunal, luego de advertir que no se incurrió en irregularidad alguna capaz de invalidar lo actuado, comienza sus consideraciones rememorando algunos conceptos

doctrinario: acerca del fenómeno simulatorio en los negocios jurídicos y las modalidades que él mismo puede ofrecer, ello como preámbulo para pasar enseguida a ocuparse del tema de la legitimación sustancial para obrar, tanto por activa como por pasiva, frente a la acción de simulación, aspectos por cierto discutidos en este caso a instancia de varios de los demandados y que, refiriéndolos por ende a la especie litigiosa concreta que fue materia de debate en este proceso, no ofrecen dificultad en su tratamiento pues al decir de la Sala sentenciadora, "se encuentran perfectamente legitimados en la causa por el aspecto activo los hijos legítimos de un vendedor para solicitar la declaratoria de la simulación de un contrato, una vez fallecido el tradente, por estimar que el acto es perjudicial para los herederos demandantes, al ver menguadas sus legítimas rigurosas a que tienen derecho...", mientras que desde el punto de vista pasivo "... la demanda aparece dirigida frente a las personas a quienes se le hizo (sic) el traspaso de los inmuebles traditados inicialmente por el señor Noé de Jesús Velásquez Cadavid y para tal efecto se allegaron las copias de las escrituras públicas censuradas de simuladas.. ", luego en tales condiciones también aparecen legitimadas en la causa los citados al proceso.

A continuación y acogiendo básicamente las apreciaciones del *a quo* acerca de las circunstancias indiciarias que, por hallarlas plenamente demostradas en el expediente, inducen a creer en la simulación alegada por los demandantes, afirma el Tribunal que mediante "... los presuntos contratos" contenidos en los títulos escriturarios que Noé de Jesús Velásquez otorgó el favor de los parientes de quienes quiso mejorar lo que en realidad hizo fue sustraer parte importante de sus bienes en beneficio de dichos parientes "...pero con detrimento de sus demás hijos legítimos...", o sea que en el fondo -prosigue la corporación sentenciadora- "... la verdadera intención del señor Noé de Jesús Velásquez fue la de hacer unas donaciones y para ello se valió de un testaferro, el yerno Carlos Enrique Posada, quien sirvió de intermediario...".

Y sobre esta premisa que juega papel preponderante para entender el sentido general de la decisión adoptada, la providencia en estudio sienta las siguientes conclusiones:

a) En primer lugar y contra lo que sobre el punto dice el fallo apelado, la verdad es que de parte del enajenante Noé de Jesús Velásquez hubo el propósito efectivo de transferir gratuitamente una porción considerable de sus pertenencias a los parientes más cercanos a sus afectos, de manera que simulación absoluta no pudo darse; encubierta hay una donación y se configura por consiguiente un supuesto de simulación relativa cuyo reconocimiento no se solicitó en la demanda;

b) Sin embargo, es ostensible que la donación así efectuada, en cuanto no se cumplió con el requisito de la insinuación previa que exigen los artículos 1457 y 1458 del Código Civil, adolece de nulidad absoluta (artículo 1741 ibídem), invalidez que al tenor del artículo 2° de la Ley 50 de 1936 le compete al juzgador declarar de oficio y que en este caso comprende el conjunto de las atribuciones patrimoniales que, con la intervención del testaferro Posada Marín, se realizaron en orden a que tuvieran debida consumación los designios del causante Noé de Jesús Velásquez, vale decir aquellas atribuciones emergentes de los contratos de compraventa y de aporte en sociedad contenidos en las escrituras públicas 2388 de 8 de junio de 1984 otorgada en la Notaría

4ª de Medellín, 4068 de 16 de agosto de 1984 y 3154 de 28 de junio de 1985 ambas autorizadas por el Notario Sexto de Medellín, y la número 2827 de 12 de septiembre de 1985 otorgada en la Notaría 7ª de ese mismo círculo notarial, advirtiéndose que las donaciones en esos actos encubiertos "... únicamente valdrán hasta la suma de dos mil pesos, suma que regía a la fecha en que se llevaron a cabo las presuntas negociaciones...";

c) Por lo que concierne a los terceros Francisco Luis y Manuel Salvador Vélez Sierra, siendo ellos de buena fe, sus títulos de adquisición conservan la plenitud de su valor, motivo por virtud del cual la declaración de nulidad no se extiende al contrato de compraventa del que dan cuenta las escrituras 432 de 18 de mayo de 1987 y 568 de 9 de abril del mismo año, corridas las dos en la Notaría 5ª de Medellín;

d) En fin y como por efecto de la nulidad que habrá de declararse es preciso -*de jure* y sin que se requiera demanda- disponer las prestaciones restitutorias conducentes, a juicio del Tribunal imperativo era ordenar entonces que, una vez deducidos los dos mil pesos de los que arriba se habló en proporción a los aportes que en especie hicieron los socios Carlos Enrique Posada Marín y Blanca Luz Velásquez Piedrahíta, la sociedad Inversiones Casablanca Velásquez Posada & Cía. S. en C. reintegre al patrimonio hereditario "... el valor de la donación...", valor expresado en las sumas de dinero que dicha entidad recibió como consecuencia del contrato de compraventa celebrado por ella en marzo de 1987 con los demandados Francisco Luis y Manuel Salvador Vélez Sierra, indicándose así mismo, que estos últimos deben pagar las sumas adeudadas por ese concepto y después de cancelado un gravamen hipotecario existente a favor de la Caja de Crédito Agrario, no a la compañía vendedora sino a "... la sucesión de Noé de Jesús Velásquez...".

IV. Las demandas de casación y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín recurrieron en casación la parte actora y varios de los demandados. Cada una de las demandas presentadas plantea dos cargos, la de los demandantes dentro del ámbito de la causal primera y la de los demandados con apoyo en las causales segunda y tercera que consagra el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, censuras que la Corte estudiará y despachará siguiendo el orden que impone el artículo 375 *ibidem* y atendiendo naturalmente a los alcances que tienen las referidas impugnaciones.

A. Recurso interpuesto por los demandados

Cargo Primero

Por medio de este primer cargo se acusa la sentencia de no estar en consonancia con los hechos y las pretensiones de la demanda.

Señalan los casacionistas que la parte demandante "orientó el proceso hacia la demostración de una simulación absoluta, o en su defecto a una lesión enorme, para atacar en ambos casos los contratos de compraventa específicamente señalados por dicha parte. Si no puedo demostrar la simulación absoluta, dada la circunstancia que ya anotamos del cumplimiento de todos los requisitos que para la compraventa de

inmuebles prevén todos las normas civiles, y tampoco hubo de prosperar la solicitud de lesión enorme con relación a los mismos contratos, mal podía el honorable Tribunal desestimar estas declaraciones, y en lugar de absolver de esos cargos a la parte demandada, trasladar el caso a la nulidad absoluta, presumiendo una donación, no demostrada, con el objeto de favorecer a la parte demandante con una sentencia que como lo acabamos de demostrar no se encuentra en consonancia con las peticiones principales y subsidiarias de la demanda, incurriendo por tanto en la causal segunda de casación". Agrega que "la acción específica de prevalencia del contrato, emanada de la simulación absoluta, solicitada por la parte demandante como petición principal, no puede generar una nulidad absoluta, totalmente diferente a la solicitada por dicha parte y decretada por el juez prácticamente de oficio, sin haberla solicitado, como se dijo la parte actora".

Se considera:

1. *Dentro de las varias exigencias de cuyo cumplimiento depende la cabal observancia del deber de congruencia en las sentencias civiles, se encuentra aquélla por virtud de la cual se pide de tales providencias, que en sus disposiciones no contengan nada distinto a lo pedido en las pretensiones oportunamente deducidas por las partes a través de los que se suelen llamarse escritos rectores del proceso. De aquí que se tenga por sabido que son incongruentes por* extra petita, *al menos en tesis general, las sentencia que condenan a "cosa distinta", expresión ésta que, como a la ligera pudiera pensarse, no se refiere exclusivamente a los bienes objeto de controversia, sino que concierne al contenido en derecho del litigio, es decir, a los efectos jurídicos que las partes invocaron para la tutela de sus intereses. de manera que el vicio comentado también se produce cuando el juzgador reconoce efectos distintos en entidad o cualidad. La incongruencia por* extra petita *implica, pues, un defecto por desenfoque en la construcción del fallo, reflejado en su parte dispositiva o por lo menos en los razonamientos que la justifican, y que se pone de manifiesto en todo exceso o desviación en la necesaria correspondencia que al tenor del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, debe darse entre la sentencia y la materia litigiosa sometida por las partes al proceso jurisdiccional.*

Sin embargo, la regla que antecede no puede conducir a conclusiones extremas en aras de una defensa a ultranza del imperio en el procedimiento civil del principio dispositivo. Ciertamente, a los juzgadores no les es permitido transformar en otro distinto el problema controvertido por los litigantes, así como tampoco pueden otorgar cosas que nadie ha pedido, pero ello siempre y cuando el orden público no sea el que obligue a actuar de este modo, toda vez que el alcance de esas prohibiciones se contrae al plano de las relaciones privadas y, en supuestos especiales, debe ceder ante preceptos de aplicación necesaria que determinan la resolución del órgano judicial por encima, y en no pocas ocasiones a pesar, de la disponibilidad de las partes. En otras palabras, son congruentes los fallos que condenan a "cosa distinta de lo pretendido" cuando un proveimiento de tal estirpe venga impuesto por normas legales de carácter imperativo, situación que se presenta, por ejemplo, en aquellos eventos en que sin haberlo pedido los litigantes, los Tribunales declaran la nulidad absoluta que aparece de manifiesto en un acto o contrato pues por la ley, en particular por el artículo 2º de

la Ley 50 de 1936, están facultados explícitamente para hacer tal pronunciamiento inclusive de oficio, criterio por lo demás acogido con firmeza por la doctrina jurisprudencial al indicar que "... no hay incongruencia entre las peticiones de la demanda y las resoluciones del sentenciador, cuando el juez al declarar de oficio una nulidad absoluta y las consiguientes restituciones con fundamento en el artículo 2° de la Ley 50 de 1936, no se atiene a los términos de la relación jurídico procesal y falla extra petita, *excepcionalmente autorizado por la ley en defensa del orden público, con la natural limitación de que la nulidad sea pronunciada con audiencia de quienes celebraron el acto inválido..."* (G. J. Ts. LXXIX pág. 246 y CLXXX, pág. 77).

2. Entendidas así las cosas y si el *ad quem*, al declarar la nulidad de varios contratos y ordenar las restituciones que estimó pertinentes, procedió oficiosamente con fundamento en el artículo 2° de la Ley 50 de 1936, salta a la vista que el cargo no puede prosperar, justamente porque a raíz de esa actuación oficiosa no puede configurarse la incongruencia del tipo de la que denuncian los recurrentes en este primer capítulo de su demanda.

Cosa muy distinta es que el ejercicio de ese poder en ausencia de iniciativa de parte, delegado en forma excepcional y dentro de exigentes condiciones por el legislador en los jueces, haya sido fruto, y la verdad es que en la especie sub lite *lo fue, de errores de juicio acerca de la concurrencia de aquellas condiciones, yerros originados sin duda en el ensayo que ofrece la sentencia en estudio, ensayo consistente en convertir a la simulación relativa y la nulidad absoluta en un fenómeno híbrido que al parecer, de seguirse la tesis del Tribunal, permitiría llegar hasta declarar nulos por falta de insinuación realizada en legal forma y bajo el pretexto de que tras ellos se escondió la intención de menoscabar derechos de los herederos forzosos del enajenante después fallecido, actos de transferencia onerosa a título singular del tipo de la compraventa y del aporte en especie de bienes raíces a una sociedad comercial, ella no obstante que, acerca de su contenido, las pruebas demuestran que son tales, no donaciones, y respecto de los cuales no se ha puesto de manifiesto, mediante la respectiva declaración jurisdiccional, que en ellos se hubiera dado una voluntad oculta, modificatoria en todo o en parte de esa apariencia, que debe hacerse prevalecer. Dicho en otros términos, para que encuentre respaldo en el artículo 2° de la Ley 50 de 1936 un pronunciamiento anulatorio oficioso de la naturaleza del que en este caso se hizo, deducible tan sólo del lado que se dice es real u oculto de varios negocios que de estarse a su aspecto exterior no lo admitirían, necesario es que con anulación se haya producido el reconocimiento judicial de que existe en verdad una disconformidad querida entre lo encubierto y lo ostensible, habida consideración que hasta tanto el artificio no sea eliminado y quede al descubierto que la meta buscada por los agentes simuladores fue en realidad un acto autónomo de disposición gratuita de bienes, desacertado es sostener que por falta de un requisito extrínseco para la validez de actos de esta clase, la insinuación por ejemplo, resulta patente, evidente en grado superlativo pues no otra cosa es lo que pide aquella norma legal, que son nulos, de nulidad absoluta, contratos caracterizados como de compraventa y de aporte en los documentos públicos extendidos para formalizarlos: en éste, entonces, un error de juzgamiento visible delante de los dictados sustanciales del precepto tantas veces mencionado -es decir del artículo 2° de la Ley 50 de 1936- y que descalifica el fundamento cardinal de*

la sentencia, error que a pesar de no poderse atribuir ninguna significación en el ámbito de la causal segunda de casación y que por ende no impide que el cargo sea desechado, debe ser destacado para que quede efectuada la rectificación correspondiente y, de paso, respondidas las apreciaciones por virtud de las cuales, en el escrito de oposición obrante a folios 33 a 37 de este cuaderno, la parte actora pretende restarle importancia.

Se rechaza, pues, este primer cargo formulado por los demandados recurrentes en casación.

Cargo segundo

En esta censura se acusa la sentencia de contener en su parte resolutiva disposiciones contradictorias. Señala que el Tribunal se excede y contradice dentro de la sentencia que se recurre al obligar a Inversiones Casablanca Velásquez Posada y Compañía S. en C., como consecuencia de la nulidad absoluta declarada, a devolver el precio o valor de la donación o la sucesión de Noé Velásquez Cadavid, y al propio tiempo, imponer a Francisco Luis y Manuel Salvador Vélez Sierra, "ajenos a la nulidad absoluta decretada, a poner a disposición de la mentada sucesión, los mismos valores que Inversiones Casablanca debe devolver a la mortuoria del señor Velásquez Cadavid...", sin consideración a que las obligaciones en cabeza de los Vélez Sierra, frente a Inversiones Casablanca, son de terceros "por cuanto la sociedad, de tiempo atrás hizo cesión a otras personas de los títulos valores contentivos de la obligación principal".

De lo anterior, concluye la censura que las disposiciones contenidas en los apartes 6° y 7° del fallo impugnado son absolutamente contradictorias pues se refieren a los mismos dineros, obligan a dos personas diferentes a cumplir una misma prestación y, además, no obstante haber considerado válida la negociación hecha con los hermanos Vélez Sierra, los "colocan en obligaciones provenientes de consecuencias de la nulidad absoluta, como es la de consignar sumas de dinero que pertenecen a terceras personas a órdenes de una sucesión (...) con la cual jamás tuvieron ninguna relación contractual".

Se considera:

Como es bien sabido, la causal de casación consagrada por el numeral 3° del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil guarda estrecha consonancia con el artículo 304 (segundo inciso) del mismo estatuto y su operancia, contra lo que a primera vista pudiera parecer, siempre ha de referirse a la finalidad institucional que justifica esa consagración normativa, finalidad acerca de la cual tiene dicho la doctrina jurisprudencial en nuestro medio que con la causal en cuestión "... ha querido dar la ley el poder a la manera de hacer desaparecer de las sentencias definitivas de segunda instancia las contradicciones que imposibiliten su ejecución, las cuales han de estar por eso contenidas en enunciados precisos y concretos de la parte resolutiva en forma que impida la ejecución simultánea de sus disposiciones..." (G. J. Núm. 2010, pág. 428, reiterada posteriormente en los Ts. CXLVI, pág. 43, y CXCII, pág. 169 entre otras). Significa eso, en otras palabras, que en orden a los propósitos infirmatorios que son propios del recurso de casación, el defecto de contradicción decisoria en una sentencia ha de radicar en que de ella pueda decirse, sin lugar a dudas, que contiene varias manifestaciones de voluntad resolutiva atribuible a la autoridad juzgadora, en una

misma declaración de certeza, que se excluyen mutuamente o entre sí se destruyen pues la ejecución de una parte implica la inejecución de otra, resultando así desconocidos elementales dictados de lógica formal, exigibles precisamente en guarda del requisito de claridad en la decisión al que se refiere el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, y creándose a la postre un vacío en lo dispositivo ya que dos resoluciones en realidad contradictorias no pueden tenerse por verdaderas a la vez y, por lo tanto, son ambas inejecutables; en síntesis, la incompatibilidad tiene que ser de tal envergadura, tan absoluta y notoria, que no sea factible saber cuál es el genuino mandato jurisdiccional que deba ser objeto de cumplimiento, luego en este terreno no son de recibo aparentes contraposiciones de términos, sugeridas la mayoría de las veces apenas de palabra, y si algún éxito aspiran a lograr los recurrentes por este camino, preciso es para ellos comenzar por no perder de vista que lo contradictorio no puede confundirse con lo diferente y que a una cabal diferenciación de estos conceptos, por lo general, se llega con sólo advertir que, en punto de establecer contradicciones capaces de fundar la causal tercera de casación, de la parte motiva de la providencia no puede prescindirse al arbitrio del censor pues como lo ha reiterado la Corte muchas veces "... constituyendo la sentencia toda (...) y no una parte de ella el objeto del respectivo estudio y análisis que del conflicto de intereses sometido a su decisión hace el juez, no es posible destigar de lo dispositivo de ella su parte expositiva, desde luego que siendo en ésta en donde se encuentra el espíritu que alienta a aquélla, las dos armónicamente forman una unidad que no debe desintegrarse, so pena de falsear su verdadero contenido..." (G. J. LXIX, pág. 544).

Pues bien, en la especie *sub lite* y por lo que toca con los puntos concretos a los que este segundo cargo hace referencia, ninguna duda cabe que los fundamentos de hecho y de derecho aducidos por el Tribunal sentenciador permiten reconstruir fielmente y determinar en forma por demás precisa su pensamiento, atinente este último, como quedó visto al hacer el resumen de la sentencia impugnada, a relaciones jurídicas de suyo inconfundibles y que se desenvuelven en planos distintos, a saber: de un lado la restitución que como resultado de las nulidades oficiosamente declaradas debe efectuar la sociedad Inversiones Casablanca Velásquez Posada & Cía. S. en C. a favor de la herencia para la cual pidieron los demandantes, y de otro lado la indicación a los demandados Francisco Luis y Manuel Salvador Vélez Sierra, atendiendo a su condición probada de terceros adquirentes de buena fe del bien raíz objeto de sucesivas transferencias a través de los actos anulados y para que aquella restitución sea integral, en el sentido de que hacia el futuro y de acuerdo con las condiciones estipuladas en las promesas que con tal fin se suscribieron, las sumas por ellos adeudadas por concepto del precio de venta de la aludida propiedad habrán de pagársele, no a la sociedad enajenante obligada por la sentencia a restituir el valor de la finca, sino a la sucesión llamada por el mismo proveimiento a recibirlo. Si se trata, entonces, de dos resoluciones suficientemente explícitas en su contenido y alcance; si de hecho y por cuanto no media impedimento lógico que no lo permita, las dos admiten cumplimiento simultáneo; y en fin, si además de guardar completa armonía entre sí constituyen secuelas coherentes de toda la argumentación sobre la cual se edificó el fallo atacado, fácil es concluir que los ordenamientos resaltados por la censura no son contradictorios y por consiguiente a la casación no puede llegar bajo los auspicios de la causal tercera, lo que trae como obvia consecuencia que el cargo tenga que ser rechazado sin más consideraciones.

B. El recurso de los demandantes

Cargo primero

Invocando la primera de las causales de casación consagradas por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, lo hace consistir la correspondiente demanda en la infracción directa, por aplicación indebida, de los artículos 1740, 1741, 1746, 1748, 6°, 1521 y 1523 del Código Civil, así como también del artículo 2° de la Ley 50 de 1936 que subrogó el artículo 1742 del Código Civil, y de los artículos 946, 947, 950, 952, 961, 963 a 967 y 969 del Código Civil, éstos por falta de aplicación, todo bajo el entendido de que la infirmación reclamada debe ser parcial para que la Corte, obrando como juzgador de instancia, en la sentencia sustitutiva adopte las disposiciones restitutorias que legalmente le conciernen a declaraciones de nulidad de la índole de las que efectuó el Tribunal en el fallo impugnado.

Y después de recapitular los argumentos básicos que llevan al recurrente a tener como acertadas tales declaraciones, indica a renglón seguido que en el error de juzgamiento que motiva la impugnación incurrió la Corporación sentenciadora al "... sacar las conclusiones o mejor las consecuencias..." que se derivan del pronunciamiento anulatorio, dándole así "... aplicación errónea..." a los artículos 1746 y 1748 del Código Civil, habida consideración que al tenor de estos preceptos, el estado de cosas que era preciso restablecer no es el creado por el Tribunal a la manera de "... un amigable componedor de los entuertos que se han presentado entre las partes en litigio...", sino aquél en verdad existente antes de celebrarse los actos invalidados, es decir "... el estado mediante el cual el causante Noé Velásquez Cadavid tenía en su poder, como poseedor, los lotes de terreno que enajenó en beneficio de sus hijos a los que quería mejorar mediante el traspaso de sus bienes...", lo que en tesis general implica -según el criterio expuesto acerca del particular por la censura- la necesidad jurídica de convenir en que la sentencia, en tanto no hizo las condenas legalmente apropiadas para que los inmuebles negociados por el causante Noé de Jesús Velásquez regresaran al patrimonio hereditario, quebrantó aquellas normas; por lo que a quienes fueron "partes" concierne, expresa para rematar su argumentación el casacionista aludiendo a los demandados a los que puede atribuírseles ese carácter frente a los vínculos contractuales anulados, no ha debido condenárseles al pago de las sumas de dinero por ellos recibidas, "... sino a la restitución de los inmuebles, de los ganados y del tractor que fueron los bienes objeto de los contratos declarados nulos...", y a los demandados Francisco Luis y Manuel Salvador Vélez Sierra, por tratarse de "... decisiones frente a terceros...", tampoco ha debido condenárseles a pagar las cantidades por ellos adeudadas como parte restante del precio de los inmuebles, ganados y tractor, "... sino a la reivindicación de todos esos bienes en beneficio de la sucesión de Noé Velásquez C. ...".

SE CONSIDERA:

1. *En razón del tema que en este primer capítulo plantea el recurso interpuesto por la parte demandante, conviene comenzar recordando que la simulación en los negocios jurídicos es, en síntesis, una anomalía consistente en aparentar una declaración de voluntad que no se desea, contando desde luego con la aquiescencia de la parte a quien tal declaración va dirigida, apariencia mediante la cual se da a los terceros un falso concepto de la realidad, de la naturaleza, de los participantes, de los beneficiarios o de*

las condiciones de una determinada operación. La simulación puede, entonces, ofrecer dos modalidades distintas, cada una con su propia estructura, que han llevado a la doctrina a clasificarla en absoluta y relativa según sean los alcances que al simulacro hayan querido atribuirle los estipulantes; se da así la primera de aquellas modalidades cuando éstos han convenido que entre ellos no haya vínculo contractual de ninguna especie y por lo tanto el único acto en realidad celebrado consiste en el pacto consensual en mérito del cual se le da vida a una apariencia que engañe públicamente demostrando ante terceros la existencia de un negocio que las partes nunca propusieron ajustar, mientras que la simulación es relativa en aquellos eventos en que los contratantes aparentan un contrato distinto del que verdaderamente celebraron o fingen no haber concertado entre ellos el que sí realizaron, lo que conduce a inferir que este segundo supuesto -el de la simulación relativa, se entiende- ofrece un mayor grado de complejidad pues aquí y a diferencia de la simulatio nuda, *no se trata de que la situación existente antes de producirse el acto simulado permanezca intacta, sino de emplear el mecanismo simulatorio "... para encubrir los efectos de un acto jurídico real que es el que las partes han querido celebrar, como en el caso de venta simulada para disfrazar una donación, o cualquiera otra operación destinada a cambiar o a modificar positivamente las relaciones entre los contratantes del acto aparente..." (G.J. T. XLVIII, pág. 878), idea a espacio explicada por la Corte al señalar que, en la especie de simulación de la que se viene hablando, "... no basta que los contratantes declaren no querer el acto que aparentan celebrar, sino que se requiere todavía que estipulen los términos y condiciones de otro negocio que es el que verdaderamente quieren, autónomo en su contenido, y cuyos efectos propios están destinados a producirse plenamente entre sus sujetos en conformidad con tales estipulaciones, aunque exteriormente los que aparezcan producidos sean los propios de la declaración ostensible empleada como cobertura de aquéllos. Más claro: en este caso el acuerdo privado no se endereza simple y únicamente a neutralizar o enervar el contenido de la declaración aparente, como sucede en la simulación absoluta, con las naturales consecuencias (...), sino que pudiendo inclusive llegar a tener además esa misma finalidad, necesariamente ha de tener la de generar una relación jurídica positiva efectivamente elegida por las partes como instrumento regulador de sus respectivos intereses contractuales, cuyos resultados pueden ser análogos o diversos a los resultantes de la relación aparente, relación jurídica que, por otro lado, las partes habrían podido formar a la vista de los terceros o sea sin los tapujos de la simulación..." (G.J. T. CXXX, pág. 142).*

Dicho en otras palabras, la simulación relativa tiene por efecto propio inherente al género de anomalía al que pertenece, la inexistencia de hecho del negocio aparente, pero como no se agota en la producción de esa apariencia que, según se dejó visto, es apenas el medio para ocultar el único acto en verdad concluido por las partes, la ineficacia absoluta de esa forma externa, del ropaje que disimula, debe en todo caso ser constatada y reconocida para que, en derecho, pueda tenerse por desaparecida la relación que dichas partes fingieron para enmascarar y el negocio que en el fondo fue de veras acordado prevalezca bien para que, si se enmarca dentro del ámbito de lo lícito, surta a plenitud sus efectos o, en caso contrario, para que sea declarada su invalidez. Y es precisamente siguiendo estos criterios que hoy en día, tratándose de actos jurídicos puestos de manifiesto bajo una apariencia distinta de la que debiera corresponderles en realidad, ninguna duda cabe que el reconocimiento fehaciente de

la falsedad de esa apariencia constituye premisa sin la cual, sobre la ineficacia de las declaraciones simuladas y la existencia de las disimuladas, nada firme puede edificarse; luego sin la previa eliminación del artificio, sin que se haya producido un estado definitivo de certidumbre respecto de una determinada situación contractual equivoca en su exterioridad, así como no es posible entablar con éxito acciones fundadas en la fase oculta de un negocio y para cuyo ejercicio es impedimento la ficción que en él hay, así tampoco le es permitido a las autoridades jurisdiccionales entrar a juzgar de modo directo, vale decir sin el anterior agotamiento de la etapa en cuestión, si en uno o varios negocios de los que se piensa fueron encubiertos, concurren o no las condiciones para que valgan entre las partes de la misma manera que si se hubieran celebrado ostensiblemente.

2. Sin embargo, pasando por alto pruebas documentales ostensibles o públicas que dan razón de declaraciones pluripersonales de voluntad cuya falta de sinceridad no fue objeto de explícito reconocimiento en el fallo por no haberse incoado la pretensión adecuada, el Tribunal optó por imprimirle a varios actos que tales probanzas muestran como transferencias onerosas y a título singular del dominio sobre bienes raíces, el carácter de una liberalidad que, por hallarla desprovista de los requisitos legales de forma -en concreto por no haberla precedido la insinuación a que alude el artículo 1458 del Código Civil-, estimó viciada la nulidad absoluta y así lo declaró en su providencia. El desacierto salta, pues, a la vista. Sin haber declarado previamente que se trató de una donación clandestina, disfrazada bajo la apariencia de varios contratos onerosos sucesivos, y habiéndose expresado inclusive, por la corporación sentenciadora, que no se daban las condiciones procesales necesarias para hacer un pronunciamiento de esa naturaleza pues no fue el requerido por los demandantes, lo cierto es que vinieron a quedar invalidadas, por no reunir las exigencias de forma *ad solemnitatem* consagradas por la ley con el fin de evitar actos de irreflexiva generosidad de los donantes, tres ventas y un aporte en sociedad comercial que al tenor de la evidencia obrante en los autos son eso y no atribuciones patrimoniales lucrativas para los adquirentes, resultado que además de ser equivocado, entraña infracción del artículo 2º de la Ley 50 de 1936 por efecto del ejercicio de la potestad allí instituida, habida cuenta que de conformidad con la letra de dicho precepto y así ha tenido ocasión de puntualizarlo con ahínco la doctrina jurisprudencial, "... la autorización que el legislador concede al juez para declarar de oficio la nulidad absoluta no es ilimitada, puesto que es indispensable que el vicio se encuentre patente, claro, de bulto, que salte a la vista en el acto o contrato. Porque si para establecer la existencia de la nulidad el juzgador tiene que recurrir o desplazarse a examinar otros antecedentes o elementos de convicción, la nulidad en tal evento no aparece de manifiesto en el acto o contrato y, por ende, no entra en juego la facultad oficiosa del sentenciador, por carecer la situación del primer presupuesto que la ley señala expresamente..." (G.J. Ts. LXXII, pág. 125, y CLXV, pág. 56, entre muchas otras), presupuesto que en el caso *sub lite* no podía tenérsele en modo alguno por satisfecho ya que, inevitable es repetirlo una vez más, los instrumentos públicos enlistados en el fallo del Tribunal para identificar los actos cuya radical invalidez decretó, no prueban la celebración de donaciones y, por consiguiente, ni contienen ni muestran ni ponen de bulto por sí solos los factores que configuran el vicio determinante de esa nulidad.

3. Pero no obstante el error anotado, error que dicho sea de paso el recurrente atisba pero pretende disculpar en guarda de los intereses de sus poderdantes, el cargo en estudio no puede prosperar puesto que, como enseguida se verá, los proveimientos que son materia concreta de impugnación hallan suficiente respaldo legal en los artículos 1766 del Código Civil y 267 del Código de Procedimiento Civil.

Es bien sabido que con fundamento en estas normas, esencialmente en la primera, y atendiendo a un sentimiento general de lo que es justo, jueces y Tribunales en nuestro medio siempre han entendido que el ordenamiento positivo, a través de aquellas disposiciones de suyo categóricas en sus mandatos, en buena medida están destinadas a proteger a terceros que de buena fe depositaron su confianza en la veracidad de una apariencia negocial a la postre desvirtuada, y que, con fundamento en ella, en su momento contrataron, protección que se expresa entonces en un sistema que descansa en un principio cardinal cuyo significado y alcance la Corte, desde hace muchos años, definió en los siguientes términos, refiriéndose al artículo 1766 del Código Civil en cuanto dice que las contraescrituras privadas o públicas no producirán efectos contra terceros: "... Y está bien la proposición adversativa 'contra terceros', porque los terceros tienen derecho a invocar el acto secreto o el acto público. Si están de buena fe porque no han conocido ni debido conocer la simulación, es para ellos imponible el acto simulado. Pueden escoger el partido más conveniente con sus intereses. La buena fe les convierte en real una situación aparente creada por el acto público..." (G.J. T. XLIV, pág. 168). lo que en resumen equivale a decir que la buena fe derivada de las apariencias prevalece sobre la realidad y aunque el acto simulado no existe en realidad como tal, es ésta una verdad cuya prueba no puede aducirse en perjuicio de terceros por ignorar éstos, y serles ello excusable, el concierto oculto entre los agentes simuladores para suprimir entre sí los efectos de aquel acto o para darles un tratamiento diferente.

En consecuencia, si la protección legal para terceros que invocan como título antecedente de su adquisición el aspecto público u ostensible de un acto que legitimaba al enajenante para transferir, consiste en últimas en mantener la vigencia de ese acto, reputándolo plenamente eficaz a pesar de la anomalía de la que padece; si se advierte además que en la especie aquí litigada los contratos invalidados tuvieron y la conservan todavía, una apariencia exterior extraña del todo a la liberalidad que tras ellos encontró el Tribunal sentenciador; y si, en fin, se observa que la posición de los demandados Francisco Luis y Manuel Salvador Vélez Sierra como terceros merecedores de la prenotada protección, no fue desvirtuada pues nada en el informativo los muestra sabedores o enterados del simulacro, con facilidad se comprende entonces por qué, a pesar de la declaración de nulidad efectuada bajo la consideración de que la verdadera naturaleza de dichos actos no es la que aquella apariencia muestra, los demandados recién mencionados deben quedar a salvo de la reivindicación que la censura, pretendiendo de manera inadmisible se lleve hasta sus últimas consecuencias el error jurídico en que cayó el fallador de instancia, ahora aspira a que se reconozca.

Por lo tanto, al encontrar respaldo las determinaciones del *ad quem* en los artículos 1766 del Código Civil y 267 del Código de Procedimiento Civil, determinaciones ordenadas a conseguir que vuelva al acervo hereditario de Noé de Jesús Velásquez Cadavid el precio íntegro que de esos terceros deben recibir los simulantes para quienes

la virtual tacha de simulación en el título de su antecesora no les es oponible, preciso es concluir que la sentencia, del modo en que lo propone el casacionista, no quebranta las normas sustanciales señaladas en el cargo.

Cargo segundo

Por medio de esta censura y con apoyo en la causal primera de casación acusa la sentencia de ser violatoria por aplicación indebida de los artículos 6º, 1443, 1457, 1458, 1464, 1523, 1618, 1740, 1741, 1742, 1746 y 1748 del Código Civil y el 2º de la Ley 50 de 1936.

Sostiene que el Tribunal declaró la nulidad absoluta al encontrar que la negociación real era una donación que estaba afectada de objeto ilícito por no cumplir los requisitos exigidos por la ley para su validez, como son la escritura pública y la insinuación, y, según el recurrente, "por haberse llevado a término con la intención de burlar los derechos herenciales de sus restantes hijos legítimos en sus legítimas rigurosas". Por lo tanto, advierte que el *ad quem* incurrió en error al mantener dicho acto en cuanto a los primeros $2.000.00 como si lo declarado hubiera sido la simulación relativa del acto o contrato oculto que busca la prevalencia de este último, y no la nulidad absoluta del mismo, tanto por falta de requisitos como por la violación de la ley civil que le impone la obligación de respetar las legítimas rigurosas, caso en el cual no puede mantenerse parcialmente.

SE CONSIDERA

1. *La donación entre vivos por definición consiste en "un acto jurídico de índole contractual, que es gratuito por esencia, pues tiene por objeto la utilidad del donatario a costa de gravamen para el donante" (G.J. CLXVI, pág. 471); permitida expresamente por el derecho colombiano al determinar, el artículo 1524 del Código Civil, que la pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente para la celebración de un acto o contrato. Pero, el ejercicio de tal voluntad no es completamente libre pues el artículo 1458 ibidem, en su texto vigente antes de la promulgación del Decreto Legislativo 1712 de 1989, específicamente establece, entre otros requisitos legales, que "la donación entre vivos que no se insinuare, sólo tendrá efecto hasta el valor de dos mil pesos", o, dicho en otras palabras, para que valga la donación de los dos mil pesos en adelante debe cumplir con el requisito de la insinuación, consagrado por la ley en beneficio del donante que se impone un gravamen sin contraprestación por parte del donatario, consistente en la autorización que da el juez competente cuando se cerciora de que no contraviene disposición legal alguna, y, en especial, de "que haya correspondencia y proporción entre lo donado y las facultades económicas del donante, quien como es natural debe conservar los medios indispensables para su subsistencia posterior" (G.J. CXVII, pág. 70).*

En concordancia con el artículo 1458 citado, que específicamente permite la donación sin insinuación en lo equivalente a dos mil pesos y estipula que "será nulo en el exceso", el artículo 1740 ejusdem *señala que será nulo todo acto o contrato al que le falte "alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo". La nulidad se radica, pues, de que aquella parte que no cumple con la exigencia legal de insinuación pero no vicia la totalidad de la donación, ya que, de extenderla, se estaría*

sancionando injustificadamente una parte del acto gratuito, de por sí ajustada a derecho, en cuyo perfeccionamiento mal podría exigirse una insinuación que el referido artículo 1458 no sólo no le impone sino que literalmente advierte que "tendrá efecto" sin ella. Lo anterior quiere decir, como ya lo ha sostenido esta Corporación, que cuando "se ha donado sin insinuación un bien raíz que valga más de la referida cantidad, el donatario conservará un derecho proindiviso en la finca, equivalente a aquella suma" (G.J. CXVII, pág. 71).

2. Descendiendo al asunto debatido es de advertir que el Tribunal, en apreciación compartida por el recurrente, encontró que la negociación real era una donación que está afectada de nulidad absoluta por no cumplir con los requisitos exigidos por la ley. El *ad quem* fundamentó tal apreciación en que la referida negociación no había sido insinuada conforme lo dispone el artículo 1458 del Código Civil, es decir que el motivo de la declaratoria de nulidad fue ese precisamente, es decir la falta de la correspondiente autorización judicial. Es cierto que el Tribunal afirmó que "los contratos de donación celebrados entre los parientes en relación con bienes inmuebles y que no hubieran reunido los requisitos del artículo 1458 del Código Civil, por falta de insinuaciones en las donaciones, se encuentran afectados de nulidad absoluta por adolecer de objeto ilícito" asimilando equivocadamente la falta de tal requisito con este último defecto, cuando lo único que los une es que tanto por lo uno como por lo otro se debe decretar la nulidad absoluta; pero, del estudio en conjunto del fallo recurrido se deduce que tal afirmación no es más que una nueva impropiedad puesto que, como soporte central de su discurso, el *ad quem* afirma que encontró demostrada la donación en los contratos impugnados, la cual, por carecer de insinuación, está afectada de nulidad absoluta, y así lo recogió en la parte resolutiva de la sentencia en la que textualmente se lee: "declárase la nulidad absoluta (...) toda vez que la verdadera intención fue donar, sin reunir el requisito previo de la insinuación".

Conforme a lo ya señalado en el numeral anterior, el tantas veces citado artículo 1458 dispone que cuando es ésta la causal de nulidad invocada por el sentenciador, la donación "será nula en el exceso", es decir que corresponde al fallador dejar sin valor el acto en lo que sobrepase los dos mil pesos, manteniendo por tanto el pleno efecto de la misma hasta dicho valor.

Así las cosas, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en la sentencia impugnada, aplicó con acierto el artículo 1458 del Código Civil al disponer que la obligación de la sociedad Inversiones Casablanca Velásquez Posada y Cía. S. en C., consistente tal obligación en pagar el precio de los inmuebles descontando la suma de dos mil pesos, obedece a que, de acuerdo con lo que encontró probado, dichos bienes los había adquirido a través de donación que por no ser insinuada, sólo valía en dicha suma, dejando un excedente del valor que le correspondía a quien ilegalmente le había transferido el bien.

Síguese de lo anterior que este cargo tampoco puede prosperar.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa

la sentencia de fecha 21 de junio de 1990, aclarada el 19 de junio del mismo año, proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario referido.

Por cuanto ninguno de los recursos prospera, quedan las costas compensadas y por ello no hay lugar a imponer condena para su pago.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de Origen.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 168

NAVEGACION - ACUÁTICA - NAVE / DERECHO MARITIMO - NAVE - PROPIETARIO ARMADOR / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO - NAVE / CONTRATO DE FLETAMENTO / NAVE - CONTRATO DE ARRENDAMIENTO Y FLETAMENTO - DIFERENCIAS

Derechos del propietario-armador. Cuando el primero se desprende o cede la administración y explotación comercial de la nave a otra persona, ésta adquiere el carácter de armador, y tal hipótesis acontece a través del contrato de arrendamiento. En el supuesto de negociar o ceder el propietario armador el uso de la nave, incluyendo su dotación y su personal, mas no así la administración del buque, tal acto jurídico no es de arrendamiento, sino un contrato de fletamento en el que el fletante es el armador y por ende esta última calidad no la tiene el fletador. Fletamento: por viaje y por tiempo. Requisitos. Prueba del contrato: por no ser negocio jurídico solemne la conignación por escrito, no es elemento *ad sustantiam actus*, sino apenas una exigencia *ad probationem*. Partes. El fletante es el armador o el propietario de la nave que cede el uso de la misma. Fletador es el que contrata el uso de la nave. Fletamento por tiempo (Time Charter). Obligaciones del fletante y fletador. Contrato de arrendamiento: El arrendatario al adquirir el uso y goce de la nave, adquiere el control de la misma y, por lo tanto, contrae responsabilidad como armador, y aunque expresamente no lo establece el ordenamiento, recibe el buque desprovisto de capitán y tripulación; en cambio en el fletamento, el fletante al entregar la nave, no se despoja del control de la misma y la entrega al fletador armada y equipada, generalmente comprendiendo en ella capitán y tripulación. El contrato de arrendamiento y fletamento de naves, son dos negocios jurídicos que difieren, que en forma alguna pueden ser confundidos porque entre ellos existen notorias y sustanciales diferencias.

CONTRATOS - Interpretación / CONTRATOS MERCANTILES - Interpretación

Cuando el contrato ostenta una unidad, sus cláusulas o estipulaciones deben apreciarse en forma coordinada, armónica y en conjunto, y en manera alguna aislando unas de otras, como si fuesen partes autónomas. Reglas en materia de interpretación de los negocios jurídicos mercantiles y que deben ser atacadas prioritariamente por el juzgador.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL - Daño - Legitimación Activa y Pasiva

Quiénes están legitimados para solicitar la reparación del daño y quiénes en la obligación de indemnizarlo. En tratándose de reparación del daño causado en las cosas, en el caso especial del segundo fragmento del artículo 2342 del C.C. si el propietario de la cosa, que es quien está facultado prioritariamente para reclamar la reparación del daño, no lo hace, los obligados a responder al propietario por la cosa están legitimados para pedir la respectiva indemnización frente al autor del daño.

CASACION - Medio Nuevo

Dentro del marco de la causal primera, censurar la sentencia del Tribunal por error netamente jurídico así contenga planteamientos no formulados *ab initio* en el litigio, no constituye medio nuevo en casación. Tampoco lo hay cuando se trate de cuestiones que afectan el orden público. En cambio, si le repugna al recurso, que con fundamento en la causal referida, formule la censura planteamientos de hecho que vienen a ser presentados por primera vez en el recurso extraordinario y no tuvieron reparos en las instancias. Los medios mixtos y su inadmisibilidad en el recurso de que se trata. Hipótesis en que se introduce en casación un medio nuevo.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Técnica

Manera como se produce la violación de la ley sustancial. Constituye grave falla en la formulación de un cargo expresar en él, que el quebranto de la ley sustancial se produjo por vía directa, pero en su desarrollo se desplaza a la indirecta. Regla de técnica que debe atender el censor cuando se trata de violación directa

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

- Concurrencia de culpas - Reducción del daño

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: *Alberto Ospina Botero*

Santafé de Bogotá, D.C, quince (15) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992)

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia de 14 de septiembre de 1990, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en el proceso ordinario adelantado por la Flota Mercante Grancolombiana S.A. contra la Empresa Puertos de Colombia (Colpuertos).

Antecedentes

I. Por demanda presentada el 2 de noviembre de 1984, solicitó la sociedad demandante que con audiencia de la referida empresa demandada se le declarase responsable del incendio de la "motonave Faneos" ocurrido el 5 de noviembre de 1981 y, consecuencialmente, se le condenase, en abstracto, al valor de los perjuicios sufridos por causa del siniestro, en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, más intereses corrientes, corrección monetaria y las costas del proceso.

II. La demandante apoya sus pretensiones en los hechos que seguidamente se compendian:

a) La demandante es una sociedad constituida por escritura pública número 2260 de 8 de junio de 1946, de la Notaría Quinta del Círculo de Santafé de Bogotá, y la demandada es una empresa comercial del Estado, creada legalmente (Ley 154 de 1959);

b) El 25 de septiembre de 1981, la Flota Mercante Grancolombiana celebró con la compañía "Faneos Shipping Company" un contrato de "Time Charter", en la ciudad de Nueva York, por el cual aquélla asumió la calidad jurídica de armador de la nave "Faneos", de bandera griega, cuyo capitán era la sazón Markos Chandras y, por ese entonces, el buque tenía el correspondiente certificado de navegación;

c) La empresa demandada, por mandato legal, asume, bajo su responsabilidad y cuidado, todas las operaciones de desestibe del buque y manejo de la carga, y todo el personal que labore en tales menesteres (arts. 1606 del C. de Co. y 3º del Decreto 1174 de 1980);

d) Según la Resolución número 00270 de Puertos de Colombia, se dispone en el artículo 1º que esta empresa efectúa el descargue directo, manejo de carga, almacenaje y movilización de la misma; y en el artículo 4º se dice que Puertos de Colombia suministra el personal y equipos de descargue y no puede iniciar la operación de

descargue: 1. Si la documentación no ha sido presentada conforme con el reglamento. 2. Si existen condiciones de mala estiba o condiciones inseguras. 3. Si los equipos de descargue en las cubiertas de las embarcaciones presentan condiciones inseguras. 4. Si el cargamento presenta deficiencia en su empaque o cualquier otra circunstancia;

e) Entonces, si Puertos de Colombia el 5 de noviembre de 1981 consideró que podía principiar "el descargue de la bodega número 1 del buque Faneos, asumió la responsabilidad, del manejo de carga, de la seguridad de los equipos, de que la documentación presentada era correcta, de que la carga estaba segura de su empaque etc.". Además, el artículo 7° consagra la responsabilidad de Colpuertos por averías, y el artículo 32 "faculta y autoriza que el Agente Marítimo colabore con las operaciones a borde de la nave", cuando le hace falta personal a Colpuertos;

f) Que de acuerdo con disposiciones legales (art. 3° del Decreto 1174 de 1980 y 1606 del C. de Co.), se concluye que la responsabilidad del naviero termina cuando Colpuertos, como estibadora, se hace cargo de las operaciones para desestibar en el buque, y no cuando la carga está en tierra;

g) Que Colpuertos "asumió la dirección del descargue, el día 5 de noviembre de 1981, y al efecto, en la bodega número 1 del buque Faneos, trabaja el siguiente personal de la empresa Colpuertos": Miguel Santos Torres, Pedro Mina Sánchez, José Adalberto Riascos, Pedro Antonio Prada, Emiris Cortés y Luz Estela Ramírez. Estas personas estuvieron más otras de la Agencia Marítima Transportadora Grancolombiana Limitada y de Palomar, "personal que estaba a órdenes de Puertos de Colombia";

h) El 5 de noviembre de 1981, "la nave Faneos, fletada por la Flota Mercante Grancolombiana S.A. según contrato "Time Charter", fletamiento, se hallaba surta en el Puerto de Buenaventura, cuando por falta de cuidado por parte de Puertos de Colombia, se incendió produciéndose gravísimos daños";

i) "Los hechos ocurrieron así: a las 15:15 horas del día jueves 5 de noviembre de 1981, operaban el desestibe de la bodega número 1 de la nave Faneos: Winchero de Colpuertos Omar Pedro Mina Sánchez y el bracero Jorge Adalberto Riascos Riascos, quienes hacían las operaciones de izada, arriada, y ronza. La carga se componía de acetona y éter tambores que fueron sucesivamente lingados luego de zunchados con flejes en metal. Los operarios de Colpuertos lo sacaban sobre dos palletes, lo cual daba una altura mayor a la normal, por lo que los estrobos no fueron lo suficientemente largos, al igual que el aparejo para enganchar la palleta, lo que ocasionó una fuerte tensión del estrobo, causando la rotura del zuncho de protección y se produjo la caída de un tambor, que dio sobre otros de acetona rompiéndose y mezclándose los líquidos y produciendo gases fuertemente inflamables, siendo una chispa eléctrica la probable condición para comenzar el tremendo incendio que produjo cuantiosos daños, que valen más de 7 millones de dólares, o su equivalente en pesos colombianos";

j) Los hechos se hallan comprobados con la nota de protesta del capitán de la nave Faneos y las declaraciones de éste y de las personas que se citan en el hecho trece de la demanda;

k) Que el hecho causante del daño se produjo por "imprudencia, por error en la operación descrita, al subir los tambores sobre dos palletas, lo que producía tensión impropia, y además por ser las sustancias peligrosas, como muy inflamables no fueron descargadas en forma directa presentándose culpa por parte de Colpuertos, ya que legalmente tenía la responsabilidad de la maniobra y por el hecho de sus empleados" (arts. 2347 y 2349 del C.C.).

I. Por otra parte, existe ausencia de culpa de la demandante, según la documentación que se aportó a la investigación adelantada por "Dimar";

II. Que así las cosas, la empresa demandada está obligada a reparar los daños causados de que dan cuenta los peritos navales Alberto Rojas Torres y Fabio Hincapié medina, cuyo valor se determinará por el procedimiento legal (art. 308 del C. de P.C.);

III. Enterada la empresa demandada de las pretensiones de la demandante, consignó su respuesta en escrito de 16 de enero de 1985, en el sentido de admitir algunos hechos, parcialmente otros y negar la mayoría, por lo que culminó con oposición a las súplicas de la demanda y la formulación de las excepciones de "inexistencia de la obligación" y de "prescripción".

IV. Adelantado el litigio, la primera instancia terminó con sentencia de 15 de mayo de 1989, mediante la cual se hicieron los pronunciamientos siguientes:

"PRIMERO. Declarar no probadas las excepciones propuestas por la empresa demandada.

"SEGUNDO. Declarar que la empresa Puertos de Colombia la comprometió su responsabilidad civil en los sucesos acaecidos en el puerto de Buenaventura el día 5 de noviembre de 1981, pero teniendo en cuenta lo que se dispone en el punto que sigue.

"TERCERO. Condenar a la empresa demandada a indemnizar el cuarenta (40%) (sic) de los daños sufridos por la sociedad demandante en tal acontecer, incluidos el daño emergente, lucro cesante y corrección monetaria sobre tales sumas. Los intereses sólo se causarán una vez liquidados los perjuicios a la tasa legal.

"La liquidación de los perjuicios se hará por el trámite previsto en el artículo 308 del C. de P.C.

"CUARTO. Condenar a la empresa demandada al pago del 40% de las costas del proceso".

V. Inconformes las partes con la resolución precedente, interpusieron contra ella el recurso de apelación, habiendo terminado el segundo grado con fallo de 14 de septiembre de 1990, confirmatorio del proferido por el *a quo*, contra el cual la parte demandada interpuso el recurso de casación, que por estar tramitado, procede la Corte a decidirlo.

La sentencia impugnada

Referidos los antecedentes del litigio por el *ad quem* y situado en el campo de las consideraciones, sentó las siguientes:

1. Que la pretensión de la demandante se ubica dentro de la responsabilidad civil aquiliana, que según la legislación civil (art. 2341) requiere, para su existencia y declaratoria, la concurrencia de estos tres elementos: a) El perjuicio sufrido por la víctima; b) La culpa del autor del hecho ilícito, y c) La relación de causalidad entre el perjuicio y la culpa.

2. Que cuando el daño se ocasiona con motivo del ejercicio de una actividad peligrosa, surge la presunción de culpa para el autor del daño, desvirtuable únicamente mediante la prueba de la fuerza mayor o el caso fortuito o la culpa exclusiva de la propia víctima.

3. Que no existe la ineptitud de la demanda alegada por la opositora, porque no hizo reparo oportuno y porque la demanda, interpretada en su conjunto, es apenas contentiva de una pretensión de responsabilidad civil aquiliana, sin involucrar responsabilidad contractual.

4. Que aparecen suficientemente admitidos y demostrados por las partes, los siguientes: a) Que el 5 de noviembre de 1981 la nave Faneos se incendió cuando se hallaba en el puerto de Buenaventura; b) Que el siniestro ocurrido en esa fecha se produjo durante "la operación de desestibe y concretamente por la caída de una canoa que contenía éter"; c) Que los "tambores que contenía éter y acetona constituyen carga peligrosa", y d) Que a raíz del incendio, la nave Faneos sufrió daños.

5. Que cuando el daño se causa en desarrollo de una actividad peligrosa, la víctima que reclama la reparación del daño queda exonerada de probar la culpa del demandado, porque ésta se presume, y siendo la operación de desestibe de carga, como la de éter, una actividad peligrosa, le correspondía a la demandada demostrar "que el perjuicio provino de la víctima, de fuerza mayor o de intervención de un elemento extraño, pero no ninguno de estos aspectos se presentó defensa".

6. Que así las cosas, "está demostrado el daño padecido por la demandante y presumiéndose la culpa de la entidad demandada, resta por analizar el nexo causal, el cual se deduce sin mayor esfuerzo, puesto que la conflagración en el buque se originó cuando se estaba realizando la operación de desestibe por la demandada".

7. Luego el Tribunal entra a examinar la conducta asumida por la demandante respecto de los hechos controvertidos, y comienza por afirmar que no se puede subestimar que la situación que se examina también se originó "en varias causas, en virtud de la cual no podía condenarse a la demandada a resarcir íntegramente el perjuicio sufrido por la demandante", sentando al efecto las reflexiones siguientes: 1ª Que Transportadora Grancolombiana Limitada en su calidad de agente marítimo de la demandante, intervino en la operación de desestibe, realizando labores de "zunchado y cargue de los palletes con los tambores y debido a su deficiente realización", se produjo el desprendimiento de uno de ellos. 2ª Que la mercancía fue "mal estibada", porque tratándose de líquidos inflamables, han debido transportarse sobre cubierta o en el primer entrepuente, conforme con los reglamentos internacionales, para que sea la última carga que se embarca y la primera que se descarga, lo cual fue incumplido por la demandante. 3ª Que igualmente la actora infringió la cláusula 41 del contrato de fletamento a término celebrado con Faneos Shipping Corporation, en la que se excluía el transporte de ácidos y carga inflamable.

8. Que ante las circunstancias últimamente referidas, no procede la reparación total del daño producido según lo predica el artículo 2357 del C.C.

9. Que "encontrándose que el incendio de la nave se debió no sólo a la imprudencia de la empresa demandada, quien por ministerio de la ley tiene el manejo de la carga dentro de las zonas portuarias, sino también a la negligencia y transgresiones en que incurrió la demandante, la condena que hizo el *a quo* consulta los postulados de la equidad, pues en últimas implica la reducción del monto de la condena apropiada por reparar el perjuicio sufrido por la actora, como armador de la nave Fanens, reducción que equivale a lo que en derecho moderno se denomina compensación de culpas y que se traduce en que cuando el coparticipe del daño comete una culpa indiscutible, la que a la vez concurre con una conducta igualmente culpable de la víctima, el fallador debe graduar cuantitativamente la relación de causalidad entre las culpas cometidas de manera concurrente lo mismo que la cuantía del daño, dentro de un marco eminentemente discrecional, y aquí es claro que el mayor grado de culpa lo tuvo la demandada al no haber suspendido las labores de descargue hasta tanto se tomaran todas las medidas de seguridad para el desestibe de esa carga peligrosa".

10. Enseguida el Tribunal se ocupa de los medios exceptivos propuestos por la parte demandada, y respecto del atinente a la "inexistencia de la obligación", dice que no se abre paso, porque según la ley (art. 1606 del C. Co.), la responsabilidad de la sociedad transportadora terminó cuando la empresa demandada inició las labores de descargue con sus agentes u operarios, y la ley le ha encomendado la prestación de tal servicio que no puede eludir y ya se dijo y analizó la obligación en que está de reparar el daño en la proposición señalada. Y con relación a la excepción de prescripción, también resulta impróspera, porque entre la fecha de ocurrencia del siniestro (5 de noviembre de 1981) y la de presentación de la demanda (2 de noviembre de 1984), no alcanzó a transcurrir el término señalado en la ley (art. 2358 del C.C.).

11. Finalmente el *ad quem* expresa que a pesar de que el artículo 307 del C. de P. C. modificado consagra la regla general de hacerse condenas en concreto, no es posible en el caso a estudio, por la forma como pidió el demandante en su demanda, por carecer de elementos para lograr mediante un decreto oficioso de pruebas su determinación y por demás, cuando se presentó la demanda, se profirió la sentencia de primer grado y se registró el proyecto de fallo, aún no se habían introducido las modificaciones al Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970).

La impugnación

Dentro del ámbito de la causal primera de casación, tres cargos formula la parte recurrente contra la sentencia del Tribunal, de los cuales los dos primeros serán estudiados conjuntamente por su conexidad.

Cargo primero

Lo hace consistir en quebranto de los artículos 2341, 2342, 2343, 2356, 2357 del C.C., 1473 del C. de Co., por aplicación indebida; 1666, 1668 y 1669 del C. de Co., por falta de aplicación, como consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal en la apreciación de la demanda y otras pruebas.

Comienza la censura por destacar que el Tribunal desacertó al considerar y calificar a la Flota Mercante Grancolombiana como "armador", yerro que lo condujo a tener a la demandante como víctima del daño de la nave y a reconocerle el derecho a indemnización.

En procura de demostrar el cargo, la recurrente le achaca al *ad quem* los yerros de facto siguientes:

a) El Tribunal pasó por alto la confesión que hizo la Flota Mercante Grancolombiana, S.A. en los hechos 5 y 7 de la demanda, en el sentido de haber celebrado un contrato de fletamento a término, o sea, "Time Charter" con Faneos Shipping Company, respecto de la nave incendiada;

b) Según "el artículo 1666 del Código de Comercio, son partes en el contrato de fletamento el armador de una nave y el fletador; el armador se obliga a cumplir con la nave el viaje ordenado por el fletador (si se trata de fletamento por viaje o charter party), o los viajes que dentro del plazo convenido ordene el fletador (si se trata de fletamento a término o time charter); el fletador se obliga a pagar al armador una contraprestación. El armador, dice el artículo 1473 del Código de Comercio, es la persona que apareja, pertrecha y expide la nave por su cuenta y riesgo, conforme el artículo 1743 del Código de Comercio.

"Por haber ignorado esta confesión, el Tribunal no tuvo por demostrado, como lo estaba, que la Flota Mercante Grancolombiana, S.A. era simple fletadora y no armadora de la nave, con lo que aplicó indebidamente, en su favor, el artículo 1743 del Código de Comercio, que hace correr a cargo del armador los riesgos de la expedición de la nave y por lo mismo le confiere derecho a las reparaciones de los daños sufridos con motivo de tales riesgos; así mismo, al adjudicarle erradamente a la Flota Mercante Grancolombiana, S.A. la calidad de armadora, el Tribunal la tuvo por víctima del daño causado a la nave en el incendio y le reconoció el derecho a obtener su reparación, aplicando así, en forma indebida, los artículos 2341, 2342, 2343, 2356 y 2357 del Código Civil, que reservan a quien ha sufrido el daño el derecho a la indemnización.

"Este mismo error condujo al Tribunal a violar por falta de aplicación los artículos 1666, 1668 y 1669 del Código de Comercio, pues si hubiera tenido a la Flota Mercante Grancolombiana, S.A. como fletadora de la nave, el Tribunal le habría denegado su pretensión a la indemnización de los daños, pues a términos de estas normas el derecho del fletador se limita a ordenar la realización de ciertos viajes, mientras que los derechos sobre la nave pertenecen al armador; en otras palabras, el fletador no padece los daños que se ocasionen a la nave, y por lo mismo no tiene derecho a su indemnización";

c) El *ad quem* igualmente incurrió en error de hecho en la apreciación del contrato de fletamento a término celebrado el 25 de septiembre de 1981 entre la demandante y Faneos Shipping Company como propietaria y armadora de la nave, porque la traducción que se hizo del mencionado negocio jurídico fue acomodaticia, porque la locución inglesa "charter", de uso corriente en el comercio marítimo, significa "fletador" y no "armador", como impropiamente se tradujo, lo cual condujo a calificar a la demandante en "armadora" de la nave, cuando realmente asumió la posición jurídica de "fletadora". Así mismo, la expresión inglesa "owner", con que se designa a Faneos Shipping

Company y que significa "armador", fue limitada a su acepción de propietario. Empero, el contenido de las cláusulas del contrato ponen de presente que Faneos Shipping es el armador y la Flota Mercante Grancolombiana, S.A. es el fletador de la nave y, por tanto, las cláusulas fueron ignoradas por el *ad quem*.

En seguida la censura expresa que los yerros fácticos en que incurrió el *ad quem* quedan demostrados así:

1. Ignoró el Tribunal la denominación de fletamento a término, dada por las partes al contrato en su encabezamiento.

2. Ignoró el *ad quen* que según la condición número 1 del contrato, Faneos Shipping Company, fue quien se encargó de equipar y mantener la nave en estado eficiente de operación.

3. Se desentendió el Juzgador de segundo grado de la cláusula 22 del contrato, según la cual el propietario de la nave debía mantener el equipo de la misma en buenas condiciones y suministrar los aparejos necesarios.

4. No advirtió el sentenciador que según la cláusula 26 del contrato, nada de lo dicho podía interpretarse como cesión del barco de la Flota Mercante Grancolombiana, S.A. y no se percató que el propietario Faneos Shipping Company continuaba "siendo responsable de la navegación del barco, de los seguros, la tripulación, los reclamos de la carga y de todos los demás asuntos".

De todo esto, expresa la censura que el *ad quem* cayó en falencia al tener a la Flota Mercante Grancolombiana como armadora y no como fletadora, lo que dio lugar a quebrantar los artículos señalados al comienzo del cargo.

5. Por último, manifiesta la parte recurrente que el Tribunal no tuvo en cuenta que la Dirección General Marítima y Portuaria, según oficio número 3642 de 9 de diciembre de 1986, deja establecido que a la demandante se le autorizó el fletamiento de la motonave Faneos, entre el 30 de septiembre y el 5 de noviembre de 1981, o sea, que la Flota Mercante Grancolombiana tenía la calidad de fletadora y no de armadora, yerro de facto que de no haberse producido, no habría aplicado los preceptos que aplicó y hubiera hecho actuar los que no aplicó, todos los cuales quedaron indicados atrás.

Cargo segundo

Por éste, acusa la sentencia del Tribunal de infringir los artículos 2341, 2342, 2343, 2356 y 2357 del C.C., por aplicación indebida; y de los artículos 1666, 1668 y 1669 del C. de Co., por falta de aplicación, como consecuencia de errores cometidos en la apreciación de la demanda y de las pruebas.

La recurrente desarrolla el cargo sobre los asertos siguientes:

a) Incurrió el Tribunal en yerro fáctico al pasar por alto la confesión que hace la demandante en los hechos 5 y 7 de la demanda, al admitirse en ellos que el contrato celebrado entre Faneos Shipping Company y la Flota Mercante Grancolombiana, S.A., es de "fletamento a término o time charter" y en que la última es "simple fletadora y no armadora", lo que lo llevó a quebrantar las normas sustanciales antes indicadas;

b) Incurrió el *ad quem* en error de derecho al haber apreciado "la traducción" del contrato de fletamento aportado a la demanda, porque la traducción no fue efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores ni por intérprete designado por el juez, sino aparentemente por María Cristina de Bermúdez en calidad de intérprete oficial según resolución del Ministerio de Justicia, desprovista de autenticidad, con quebranto de los artículos 260, 277 del C. de P.C. y 39 de la Ley 153 de 1887;

c) La censura en este cargo que el Tribunal incurrió en error de hecho al no tener en cuenta el oficio número 3642 de 9 de diciembre de 1986, originario de la Dirección General Marítima y Portuaria, en que se deja establecido que la Flota Mercante Grancolombiana, S.A. se le autorizó el fletamento de la motonave Faneos, entre el 30 de septiembre y el 5 de noviembre de 1981, según el cual la Flota tenía la calidad de fletadora de la mencionada nave y no de armadora.

Concluye la censura reafirmando que el *ad quem*, por los yerros indicados, quebrantó el derecho sustancial señalado al comienzo.

SE CONSIDERA

1. Como quiera que en las instancias y en el recurso extraordinario, fuera el punto central de la controversia por responsabilidad aquiliana, se viene discutiendo la naturaleza jurídica del contrato celebrado el 25 de septiembre de 1981 entre Faneos Slipping Company y la Flota Mercante Grancolombiana, S.A., y la calidad con que actúan las partes intervinientes en dicho negocio jurídico, es procedente hacer prioritariamente alguna incursión al derecho positivo marítimo en el punto.

2. *Quien tiene el señorío sobre una nave, bien puede administrarla y explotarla comercialmente, en cuyo caso tiene la doble calidad de propietario y armador, o negocialmente puede desprenderse tanto de la administración de la nave como de su explotación comercial y, en tal evento, quien recibe la nave en estas condiciones tiene la calidad jurídica de armador, que según la ley, es la "persona natural o jurídica que, sea o no propietaria de la nave, la apareja, pertrecha o expide a su propio nombre y por su cuenta y riesgo, percibe las utilidades que produce y soporta todas la responsabilidades que la afectan" (1473 del C. de Co.).*

3. *Cuando el propietario de la nave se desprende o cede la administración y explotación comercial de la misma a otra persona, ésta adquiere la calidad de armador, como antes se dijo, y tal hipótesis acontece a través del contrato de arrendamiento, o sea, "cuando una de las partes se obliga a entregar a la otra a cambio de un precio, el uso y goce de la nave, por tiempo determinado" (art. 1678 del C. Co.), negocio jurídico éste por el cual el arrendador le entrega la nave al arrendatario desprovista de capitán y tripulación, para que sea este último, dentro de su fuero y atribución administrativa, quien entre a proveerla de tal personal, y lo que explica la ley, en el punto, expresa que el "arrendatario tendrá la calidad de armador y, como tal, los derechos y obligaciones de éste" (art. 1682 del C. de Co.), y también disponga que serán "de cargo del arrendatario el aprovisionamiento de la nave y los gastos y reparaciones, distintos de los mencionados en el artículo 1680, que ocasionen el empleo de la misma en el uso*

previsto en el contrato. Estará obligado, además, a reparar los deterioros y daños causados por el uso anormal o indebido de la nave" (art. 1684 del C. de Co.).

4. *Cuando el propietario armador negocia o cede el uso de la nave, incluyendo su dotación y su personal como el capitán y la tripulación, mas no así la administración del buque, tal acto jurídico no es de arrendamiento, sino un contrato de fletamento, en el que el fletante es el armador y, por ende, esta última calidad no la tiene el fletador.*

5. *El artículo 1666 del Código de Comercio expresa que el "fletamento es un contrato por el cual el armador se obliga, a cambio de una prestación, a cumplir con una nave determinada uno o más viajes preestablecidos, o los viajes que dentro del plazo convenido ordene el fletador, en las condiciones que el contrato o la costumbre establezcan".*

6. *Según la noción legal precedente, fácil resulta advertir que en ella se comprende las dos formas comunes del contrato de fletamento, o sea, el fletamento por viaje (charter party) y el fletamento por tiempo (time charter), caracterizándose el primero en que el fletador utiliza la nave para un viaje y excepcionalmente para más de uno, y distinguiéndose el segundo en que el fletador emplea la nave durante el tiempo convenido, sin que deba tenerse en cuenta el número de viajes. Empero, en una y otra modalidad, el contrato deberá contener las exigencias legales siguientes: a) Los elementos de individualización y el desplazamiento de la nave; b) El nombre del fletante y del fletador; c) El precio del flete, y d) La duración del contrato, si el fletamento es por tiempo; o la indicación de los viajes que deben efectuarse, si el fletamento es por viaje o viajes (art. 1667 del C. de Co.). Y en lo que toca con la prueba del contrato, éste deberá acreditarse por escrito, salvo que se trate de embarcaciones menores (art. 1667 incs. 1 y 6 del C. de Co.). Aquí es preciso aclarar, porque puede ofrecerse a confusión, que cuando la ley expresa que el contrato de fletamento "se probará por escrito", esta afirmación no está indicando que dicho negocio jurídico sea solemne y que, por ende, deba entenderse que la consignación "por escrito", sea un elemento* ad sustantiam actus, *sino apenas una exigencia* ad probationem, *como acontece igualmente para el contrato de transporte marítimo (art. 1578 del C. de Co.). Actualmente, el contrato de fletamento aparece con otras exigencias adicionales (arts. 155 y ss. del Decreto 2324 de 1984 y Decreto 2451 de 1986).*

7. *En el negocio jurídico de fletamento intervienen, en la calidad de partes, el fletante y el fletador, y así los denomina la legislación colombiana al aludir a los elementos que debe contener el contrato y a los derechos y obligaciones que para uno y otro genera la mencionada convención (arts. 1667 Núm. 2, 1668 a 1671, 1673, 1675 y 1676 del C. de Co.), distinguiéndolos de tal manera que no puedan ser confundidos con las partes y con los derechos y obligaciones de los que participan en otros contratos marítimos, como el arrendamiento de naves (arts. 1678 a 1687 del C. de Co.), a pesar de que en los primeros tiempos, no aparecieron con los perfiles y las distinciones que hoy ofrecen en el derecho positivo nacional.*

En el contrato de fletamento, el fletante es el armador, o el propietario de la nave, que cede el uso de la misma; el fletador es el que contrata el uso de la nave. Estos son, pues, los elementos personales del contrato, y en desarrollo de dicho negocio, contraen

determinadas obligaciones, unas reguladas por la ley y, otras, acordadas por las partes, según sea el contrato de fletamento por tiempo o por viaje o viajes.

8. *En el contrato de fletamento por tiempo, (Time Charter), que es el que aquí interesa, según la legislación pertinente, contrae las siguientes obligaciones: a) Entregar la nave en el lugar y la fecha acordada. Con todo, el fletante no está obligado a emprender un viaje en que se exponga la nave o las personas a un peligro no previsible al momento de la celebración del contrato, como también cuando la duración previsible del viaje exceda considerablemente el término acordado en el contrato (art. 1670 del C. de Co.); b) A entregar la nave en estado de navegabilidad para el cumplimiento del contrato (art. 1688 del C. de Co.); c) A armar y equipar la nave (art. 1688 del C. de Co.).*

9. *En lo que se relaciona con el fletador, respecto del fletamento por tiempo, corren de su cargo las obligaciones siguientes: a) Pagar el flete por mensualidades anticipadas, salvo estipulación o costumbre en contrario (art. 1672 del C. de Co.). En caso de que se haga imposible utilizar la nave por causa no imputable al fletador, éste no deberá el precio durante el tiempo del impedimento, como cuando la nave estuvo sometida a reparaciones (art. 1673, incs. 1 y 3 del C. de Co.). Con todo, en caso de demora por riesgo de mar o por accidente imprevisto de la carga o por orden de autoridad nacional o extranjera, se deberá el flete durante el tiempo que dure el impedimento, con deducción de los gastos ahorrados por el fletante como consecuencia de la no utilización de la nave (art. 1673 inc. 2 del C. de Co.). Y en caso de pérdida de la nave, el fletador deberá pagar el flete hasta el día de la pérdida de la misma, salvo que en el contrato se hubiera acordado otra cosa (art. 1674 del C. de Co.); b) También corren de cargo del fletador, en el fletamento por tiempo, los gastos de aprovisionamiento de combustible, agua y lubricantes necesarios para el funcionamiento de la nave, mas las expensas inherentes al empleo comercial de la nave, incluidas las tasas de anclaje, canalización y otras semejantes (art. 1669 del C. de Co.). Y esta obligación de cargo del fletador es razonable, porque él tiene la gestión comercial de la nave (art. 1675 del C. de Co.), aunque no tiene la gestión náutica de la misma, que continúa en cabeza del fletante y la desarrolla a través del capitán, como se desprende de la primera parte del inciso primero del artículo 1670 del C. de Co.; c) Al vencimiento del contrato de fletamento por tiempo, el fletador está obligado a restituir la nave al fletante en el lugar acordado en dicha relación contractual. Para este efecto, se debe tener en cuenta la hipótesis que contiene el artículo 1671 del C. de Co., o sea, cuando el último viaje excede el tiempo de duración del contrato, en cuyo caso se restituirá al arribo de la nave.*

10. *Del conjunto de reglas legales que se han establecido en la legislación, no sólo nacional, sino foránea, se tiene que el arrendatario, al adquirir el uso y goce de la nave, adquiere el control de la misma y, por tanto, contrae responsabilidad como armador y, aunque expresamente no lo establece el ordenamiento, recibe el buque desprovisto de capitán y tripulación; en cambio, en el fletamento, el fletante, al entregar la nave, no se despoja del control de la misma, y la entrega al fletador armada y equipada, generalmente comprendiendo en ella capitán y tripulación, como atrás se dijo.*

11. *Las reflexiones precedentes permiten inferir que los contratos de arrendamiento y fletamento de naves son dos negocios jurídicos que difieren, que en forma alguna, según su regulación en el derecho positivo, pueden ser confundidos, porque entre ellos*

existen notorias y sustanciales diferencias, fueron reglados en títulos separados (Libro V, T. X y XI) y, por demás, así lo expresó la Comisión Redactora del Proyecto de Código de Comercio de 1958, que constituye el antecedente del actual, cuando expresó sobre el particular: "Regula este título el contrato de fletamento en sus dos formas usuales de fletamento por viaje (charte-partie, carta partita, charter-party) y de fletamento por tiempo (time-charter, noleggio a tempo). Como se ha dicho anteriormente, la Comisión ha tenido buen cuidado de diferenciar esta institución del fletamento, en que el fletador no asume la calidad de armador, ... del arrendamiento de nave, que se reglamenta en el Título siguiente, en el que el arrendatario adquiere la calidad de armador. En esto ha seguido la Comisión las huellas del Código italiano de navegación. En el fletamento, el fletante es el armador y tiene las obligaciones y responsabilidades de tal".

Y sobre el arrendamiento de naves, explicó la comisión; "Corresponde este contrato a la locazione o locazione a scafo nudo o imbrago (arts. 376 y siguientes), del Código italiano, a la location coque nue de los franceses, al bare boat charter de los norteamericanos, y al affreighment ád demise of the ship o time-charter by demise, de los ingleses. Como ya se ha dicho, el locatario asume la calidad y las obligaciones de armador. De consiguiente, el arrendatario de nave puede ser a su vez, fletante".

12. *Hechas las precisiones precedentes, también se impone, por motivos de orden lógico, para despachar el recurso, hacer otras que tienen que ver con la determinación del contenido y el alcance de los contratos, punto éste en el cual la legislación civil ciertamente ha consagrado unas reglas o pautas orientadas a guiar la mente del juzgador en el examen y ponderación de los negocios jurídicos, precisando la doctrina que cuando el contrato, cómo acontece generalmente, ostenta una unidad, sus cláusulas o estipulaciones deben apreciarse en forma coordinada, armónica y en conjunto, y en manera alguna aislando unas de otras como si fuesen partes autónomas, porque de esta suerte, ha dicho la Corte, "se podría desarticular y romper aquella unidad, se sembraría la confusión y se correría el riesgo de contrariar el querer de las partes, haciéndole producir a la convención efectos que éstas acaso no sospecharon" (XLII, número 1899, 343; marzo 15/65).*

Este criterio lo ha expuesto la Corte en múltiples decisiones, fundado en que en la hermenéutica de los contratos, a pesar de contemplar la ley un conjunto de directrices destinadas a que el juzgador acierte en la determinación de los alcances y contenido del negocio jurídico, ha afirmado que en tal labor no se puede desentender el juzgador del postulado señalado por el artículo 1622, del C. C., al expresar que "las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándole a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad", puesto que ciertamente son sus estipulaciones, base ineludible para interpretar el pensamiento de los contratantes (G.J. CVI, 110).

13. *Si bien es cierto que el Código de Comercio establece que los principios que gobiernan la interpretación de los negocios jurídicos civiles le son aplicables a los negocios jurídicos mercantiles, también lo es que deja a salvo los que aquel estatuto consagra específicamente para estos últimos, al establecer el artículo 822 del C. de Co. que los "principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos,* interpretación, *modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a*

menos que la ley establezca otra cosa". *Esta salvedad final armoniza con lo que el mismo estatuto establece en el artículo 1º, cuando dice que "los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas".*

14. *Ahora bien, en lo tocante con la interpretación de los negocios jurídicos mercantiles, la legislación comercial consagrará algunos principios o reglas en materia de interpretación, entre los cuales se destacan las siguientes: a) Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas supletivas y a las costumbres mercantiles (art. 4º); b) Las costumbres mercantiles servirán, además, para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos y convenios mercantiles (art. 5º); c) Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural (art. 871); d) no puede tenerse como contrato conmutativo, un negocio en el que la prestación de una de las partes es irrisoria (art. 872); e) Los términos técnicos o usuales que se emplean en documentos destinados a aprobar contratos u obligaciones mercantiles, o que se refieran a la ejecución de dichos contratos u obligaciones, se entenderán en el sentido que tengan en el idioma castellano. Y cuando se hayan empleado simultáneamente diversidad de idiomas, se entenderán dichos términos en el sentido que tengan en castellano, si este idioma fue usado, en su defecto, se estará a la versión española que más se acerque al significado del texto original. El sentido o significado a que se acaba de aludir, es el jurídico que tenga el término o locución en el respectivo idioma, o el técnico que le dé la ciencia o arte a que pertenezca, o finalmente, el sentido natural y obvio del idioma a que corresponda (art. 823).*

Estas reglas o principios, y otras más que existen en la legislación comercial, cuando se trate de interpretar un negocio jurídico mercantil deben ser acatadas prioritariamente por el juzgador, según se desprende del contenido y alcance que exteriorizan los artículos 1º y 822 del Código de Comercio. Y las pautas de interpretación de los negocios mercantiles, antes señaladas, van destinadas a que el juzgador determine la naturaleza del contrato, la verdadera intención de las partes y los fines por ellas propuestos.

15. Al confrontar el contrato celebrado el 25 de septiembre de 1981 entre Faneos Shipping Company y la Flota Mercante Grancolombiana, S.A., respecto de la nave "Faneos", con las reflexiones antes expuestas, fácilmente se infiere que tal negocio jurídico exterioriza un contrato de fletamento, en la modalidad de fletamento por tiempo (Time-Charter), en el que Faneos Shipping Company asume la calidad de fletante y la Flota la de fletador, no sólo porque demandante y demandado, en sus escritos de demanda y respuesta así lo han entendido, ni porque así lo hayan denominado las partes contratantes, sino, además, porque del conjunto de sus cláusulas y del contenido de las mismas, surgen para las partes contratantes los derechos y obligaciones fundamentales y propios del contrato de fletamento y a las cuales la Corte aludió al examinar las particularidades del contrato de fletamento por tiempo y, más específicamente, las obligaciones recíprocas entre fletante y fletador. Para llegar a esta conclusión, sólo es suficiente ver las cláusulas del contrato, fundamentalmente la uno (1), cuatro (4), ocho

(8), nueve (9), catorce (14), quince (15), veintidós (22), veintiséis (26), treinta y nueve (39), cincuenta y cuatro (54) a cincuenta y seis (56).

16. A pesar de que el *ad quem*, en algún pasaje de su fallo calificó a la Flota Mercante Grancolombiana como "armador", tal calificación no conduce al quiebre de la sentencia impugnada, por los motivos que a continuación se sientan:

a) *Cuando la pretensión se circunscribe a reclamar una indemnización fundada en la responsabilidad civil por culpa aquiliana de que trata el Título XXXIV del libro IV del Código Civil, la preceptiva legal establece que todo aquel que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, está obligado a la consiguiente indemnización (art. 2341 del C.C.), y así mismo, señala, para tal evento, quién o quiénes están legitimados para solicitar su reparación, y quién o quiénes están obligados a indemnizarlo, pues por el aspecto activo, cuando el daño tiene lugar en una cosa, expresa el artículo 2342 del C.C. que puede pedir la "indemnización no sólo el que es dueño y poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño o su heredero, sino el usufructuario, el habitador, o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso. Puede también pedirla, en otros casos, el que tiene la cosa, con obligación de responder de ella: pero sólo en ausencia del dueño".*

Y con relación al aspecto pasivo dispone el artículo 2343 del C.C. que está "obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos". A manera de síntesis, está legitimado para pedir la reparación del daño, quien lo ha sufrido, y corresponde indemnizarlo quien ha sido el autor del hecho que lo ha ocasionado.

En lo que concierne con el titular o titulares para reclamar la reparación del daño causado en las cosas, a que se refiere el artículo 2342 del C.C. antes transcrito, lo dispuesto en su primera parte, todo indica que no ofrece dificultades en su entendimiento, pero lo propio no acontece en el segundo fragmento del mismo al establecer, respecto de la indemnización, que "puede también pedirla, en otros casos, el que tiéne la cosa, con obligación de responder de ella; *pero sólo en ausencia del dueño".*

Según lo antes transcrito, cuando un arrendatario, depositario, comodatario, fletador, etc., todos los cuales tienen o contraen la obligación de restituir la cosa en las condiciones en que les fue entregada, y sucede que durante la época de su tenencia la cosa resultó deteriorada por un hecho ajeno, bien puede reclamar la consiguiente indemnización por el daño ocasionado el propietario de la misma o, en ausencia de éste, el que está obligado a restituirla, o sea, uno de los dos, pero no ambos, pues la ley, tal como quedó concebida la parte final del artículo 2342 del Código Civil, pretende evitar que se presenten dos reclamaciones indemnizatorias por el mismo daño, o más exactamente, que el autor del perjuicio resulte pagando dos veces el mismo hecho dañino. Por consiguiente, si el propietario de la cosa, que es quien está facultado prioritariamente para reclamar la reparación del daño, no lo hace, los obligados a responder al propietario por la cosa están legitimados para pedir la respectiva indemnización frente al autor del daño. Y así lo ha entendido la doctrina particular, al expresar el tratadista Javier Tamayo Jaramillo en su obra "De la Responsabilidad Civil" que "si aparece claro que el dueño está siempre facultado para reclamar la reposición o restitución de la cosa dañada, no ocurre lo mismo con quien tenga la obligación de restituirla y responder por ella. El artículo 2342 del C.C. se limita a decir

que esa facultad surge 'sólo en ausencia del dueño'. Hemos de entender por tal el simple hecho de que el propietario no demande indemnización, pues no tiene ninguna consistencia lógica el pensar que la ley se está refiriendo a la desaparición física del propietario, o a su ausencia del lugar. En consecuencia, en cualquier momento, el responsable de restituir la cosa podrá reclamar la indemnización por el valor de ella, siempre y cuando el dueño no lo haya hecho";

b) El fletador está obligado legalmente, como en el caso de la litis, a restituir la nave, al vencimiento del tiempo acordado. Pero además se estipuló que el buque se devolvería "a los propietarios en buen estado, en las mismas condiciones en que fue recibido exceptuando el uso y desgastos normales";

c) Los propietarios de la nave Faneos no demandaron, ni demandarán la indemnización de los perjuicios ocasionados al buque, porque fueron pagados a aquéllos por la demandante y su agente marítimo;

d) Que siendo así las cosas, la demandante, así sea fletadora, está legitimada legalmente para reclamar los daños, al menos en la proporción en que fue condenada la demandada (arts. 2342 y 2344 del C.C.);

e) Algo más, contractualmente en el negocio jurídico de fletamento celebrado entre la demandante y Faneos Shipping Company, la primera se obligó a repararle a la segunda los daños que le causaren a la nave en las condiciones de la cláusula cincuenta y uno (51);

f) *Si lo dicho con anterioridad no fuese suficiente, miradas las cosas desde otro ángulo, se tiene que cuando una persona, como aquí acontece, concurre o participa con otro en la producción del daño causado a una cosa que no le pertenece, frente a los términos del artículo 2344 del C.C., ambos son solidariamente responsables del perjuicio "procedente del mismo delito o culpa", y si a la vez aquélla indemnizó la totalidad del daño, por ejemplo, al propietario de la cosa, por virtud del fenómeno de la subrogación legal tiene derecho para que el otro partícipe del perjuicio le pague la parte que le corresponde en la deuda, o sea, en el caso a estudio, la parte proporcional en que fue condenada Puertos de Colombia (arts. 1668, ord. 3, 2357, 2344 del C.C. y 305 del C. de P.C.).*

17. Viene de lo dicho, que el yerro cometido por el *ad quem*, como se dijo *ab initio*, es intranscendente y, respecto de los otros reparos contenidos en los cargos primero y segundo, también conviene sentar las reflexiones siguientes:

1. *No resulta extraño al recurso extraordinario de casación, sino propio del mismo que el recurrente, dentro del marco de la causal primera, censure la sentencia del Tribunal por* error netamente jurídico, *así contenga planteamientos no formulados* ab initio *en el litigio, pues en tal evento no tiene la restricción de lo que la doctrina denomina "del medio nuevo en casación". Tampoco lo hay cuando se trate de cuestiones que afectan el orden público. En cambio, si le repugna al recurso de casación que con fundamento, en la causal referida, formule la censura planteamientos de hecho que vienen a ser presentados por primera vez en el recurso extraordinario, que ciertamente no tuvieron reparos en las instancias, porque una parte no puede quedar*

expuesta a que la otra la sorprenda con hechos no controvertidos o invocados en las instancias y, por ende, con desconocimiento de la garantía constitucional de la defensa (arts. 29 y 85 Const. Nal. de 1991).

2. Sobre el punto que se viene analizando, la Corte ha sostenido, de manera uniforme y reiterada, desde hace varias décadas, que se quebrantaría "el derecho de defensa si uno de los litigantes pudiese echar mano en casación de hechos, extremos y planteamientos no alegados o formulados en instancia, respecto de los cuales, si lo hubiesen sido entonces, la contraparte habría podido defender la causa. Pero promovidos ya cerrado el proceso, la infirmación de la sentencia con apoyo en ellos, equivaldría a la pretermisión de las instancias, de las formas propias del trámite requerido con quebranto de la garantía institucional" (G.J. T. LXXXIII, pág. 76).

3. Cuando la acusación a la sentencia del Tribunal no concierne con la violación de la ley sustancial por vía directa, *que es el campo propio para que la crítica a razonamiento puramente jurídico de la censura no constituya medio nuevo, sino que se formula* por la vía indirecta, *en que fuera del razonamiento jurídico formula planteamientos atinentes a los hechos o las pruebas que no le merecieron reparos en las instancias por el recurrente en casación, se está igualmente en presencia de un medio nuevo en el recurso que la jurisprudencia califica de "medios mixtos, que tampoco son de recibo en casación, como igualmente lo tiene sentado la Corte" (G.J. XLI, pág. 208; LXXXIII, págs. 78 y 79).*

4. Con motivo de los fundamentos que se acaban de señalar, ha sostenido la Corte que constituye medio nuevo en casación y, por tanto, inaceptable, cuando en el recurso extraordinario se alegan, por primera vez, defectos rituales respecto de las pruebas aducidas, pues sobre el particular ha afirmado que el "cargo planteado por primera vez en casación, con base en defectos rituales que se le imputan a la aducción de la prueba..., implica un medio nuevo que no puede ser atendido por la Corte, cuya doctrina rechaza, como medio de esta especie, el hecho de que una sentencia haya tomado en consideración elementos probatorios que como tales no tuvieron tacha alguna en trámites anteriores, acusación que al ser admitida resultaría violatoria del derecho de defensa de los litigantes y reñida con la índole y esencia del recurso extraordinario" (G.J. T. XCV, pág. 497; CXLVII, pág. 26). Así mismo, "toda alegación conducente a demostrar que el sentenciador de segundo grado incurrió en errónea apreciación de alguna prueba por razones de hecho o de derecho que no fueron planteadas ni discutidas en las instancias, constituye medio nuevo, no invocable en el recurso extraordinario de casación" (G.J. T. CXXXIX, pág. 84).

5. En este orden de ideas, cuando la censura, sin reparo en las instancias, introduce en casación un medio nuevo, atinentes a la forma de producción de una prueba documental, a los conocimientos que tenga o no un auxiliar de la justicia, o a la falta de prueba de la calidad de intérprete oficial, o que la traducción no se hizo por el Ministerio de Relaciones Exteriores, a la falta de autenticidad de un documento, puntos respecto de los cuales no formuló reparo alguno en las instancias, no son reparos aceptables en el recurso extraordinario, como aquí lo pretende la parte recurrente. Se reitera que si se viene a acusar la sentencia del Tribunal, porque tomó en cuenta elementos probatorios que, como tales, o sea en su modo de incorporación

y producción, no tuvieron tacha alguna en los trámites que le preceden al recurso de casación, no puede luego en éste introducir esos hechos, que ciertamente resultan ser nuevos y de última hora, que como lo ha sostenido la doctrina de la Corporación, riñen con la idiosincrasia del recurso, porque, "lo que no se alega en instancia no existe en casación" (G.J. T. LXXXIII, pág. 77).

De lo expuesto se concluye que los cargos no prosperan.

Cargo tercero

Por éste acusa la sentencia del Tribunal de quebrantar directamente los artículos 2341, 2342, 2343, 2356 y 2357 del C.C., por aplicación indebida.

La parte recurrente explica el cargo así:

a) Que el *ad quem* tiene por probado que el incendio de la nave Faneos se produjo por la caída de uno de los tambores que contenía éter, debido a que fueron deficientemente zunchados, labor que cumplió el agente marítimo Transportadora Grancolombiana Limitada, o sea que realizó la desestiba de la nave y la demandada se limitó a cumplir las labores de descargue o retiro del cargamento;

b) Que así las cosas, el Tribunal debió hacer responsable del daño a Transportadora Grancolombiana, como autora de la actividad de desestiba y por tanto, debió absolver a la demandada, como ajena a la actividad en que tuvo origen el daño;

c) Que entonces el Tribunal debió "deducir la presunción de culpa en contra de su autor, Transportadora Grancolombiana Ltda. Pero el Tribunal aplicó la presunción de culpa en contra de quien no realizó la actividad peligrosa en que se reconoce se originó el daño" y, por tanto, al condenar a quien no lo ocasionó, o sea, a la demandada, quebranto de la ley sustancial señalada en el cargo y por el concepto dicho.

SE CONSIDERA

1. *Con fundamento en los preceptos que regulan el recurso extraordinario de casación, concretamente con los atinentes a la causal primera, se infiere que el quebranto de la ley sustancial puede producirse por dos vías, que ciertamente resultan ser diferentes, que son: directa e indirecta. La primera tiene lugar, cuando con independencia de la cuestión de hecho, el fallo infringe la ley sustancial. La segunda modalidad de quebranto ocurre cuando la sentencia impugnada, como consecuencia de desaciertos de derecho o de hecho cometidos por el Juzgador en la apreciación de los medios de convicción, ha infringido los preceptos señalados por la censura.*

2. *Por la diferencia notoria que en su estructuración ofrece una y otra vía, se ha sostenido por la jurisprudencia, de manera reiterada y uniforme, que es impropio y, por ende, alejado de la técnica propia de la causal primera de casación, que montado el cargo por la vía directa, la censura se separe de las conclusiones a que llegó el Tribunal en el análisis de la situación fáctica, porque éste es un campo que la preceptiva técnica del recurso ha reservado a la vía indirecta. De suerte que constituye una grave falla en la formulación de un cargo al expresar en él que el quebranto de la ley sustancial se produjo por vía directa, pero en su desarrollo se desplaza a la indirecta.*

3. *Precisamente, sobre la situación que se viene analizando, la jurisprudencia de la Corte tiene sentado que "en la demostración de un cargo por violación directa de la ley el recurrente* no puede separarse ni aún en lo más mínimo de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el Tribunal. *El desarrollo dialéctico de aquella labor demostrativa tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales que se consideran quebrantados... y en todo caso con prescindencia de cualquier consideración que implique divergencia con el Tribunal en relación con la apreciación que éste haya hecho de las pruebas" Y ello tiene que ser así, porque si el recurrente, con el fin de poder demostrar un error jurídico, hace incursiones en el campo de los hechos para deducir de allí sucesos diferentes a los trascendentes que en el mismo terreno haya encontrado el Tribunal, tal circunstancia estará poniendo por sí sola de presente que el censor discrepa de la sentencia acusada no sólo en la cuestión de derecho sino también en la de hecho; que la disconformidad sobre lo primero tiene origen en la disconformidad de lo segundo; y que, por ende, no se trata de violación directa sino de violación indirecta. Situación esta última que configura un motivo especial de casación, sujeto también a un régimen técnico también especial y distinto en todo caso del que es propio de la violación directa" (Cas. Civ. de 28 de noviembre de 1969. CXXXII, 193 y 194; 17 de febrero de 1972, CXLII, 46 y 47; 18 de julio de 1984, no publicada).*

4. Hechas las anteriores precisiones, se tiene que de la lectura de la sentencia del Tribunal, lo que en ella se afirma es que tanto la demandante, a través de su agente marítimo Transportadora Grancolombiana Limitada, como la demandada, intervinieron en la operación de desestibe, aclarando "que el mayor grado de culpa lo tuvo la demandada al no haber suspendido las labores de descargue hasta tanto se tomaren todas las medidas para el desestibe de esa carga peligrosa". En cambio el recurrente, en el desarrollo del cargo plantea una situación diferente de lo que dice el *ad quem* en el examen de los hechos, lo cual se traduce en que el cargo, presentado por la vía directa, se desplaza a la vía indirecta y, por demás, lo que afirma el Tribunal, examinados en conjunto sus planteamientos, no concuerda con lo que sostiene la censura como dicho por el *ad quem*, o sea que discrepa de lo sostenido por éste. Semejante desacierto en la formulación del cargo, es suficiente para declarar su improsperidad.

5. Fuera de lo dicho, que constituye motivo suficiente para rechazar el cargo, lo que afirmó el *ad quem*, para confirmarle al *a quo* lo decidido por éste, fue encontrar establecidos en el proceso los presupuestos axiológicos de la responsabilidad civil por culpa aquiliana, poniendo además de presente que el daño se produjo por culpa concurrente de demandada y demandante. Y ciertamente, en no pocos eventos, el perjuicio puede producirse por obra de la conducta desidiosa de la víctima, ya porque se origine en su actuación exclusiva, ora porque concurra con otro. La responsabilidad del demandado, en tales hipótesis, queda eliminada en el primer caso y apenas atenuada en el segundo, pues respecto de este último establece el artículo 2357 del Código Civil que "la apreciación del daño está sujeta a la reducción si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente".

Entonces, cuando el daño, dice la doctrina de la Corte, tiene su origen en la concurrencia de culpas, "en negligencia tanto de la víctima como del autor del perjuicio, en este último evento, en virtud de la concausa, el demandado no puede ser

obligado, sin quebranto de la equidad, a resarcir íntegramente el daño sufrido por la víctima. Si la acción u omisión culposa de ésta fue motivo concurrente del perjuicio que sufre, necesariamente resulta ser el lesionado, al menos parcialmente, su propio victumario. Y si él ha contribuido a la producción del perjuicio, cuya indemnización demanda, es indiscutible que en la parte del daño que se produjo por su propio obrar o por su particular omisión, no debe responder quien sólo coadyuvó a su producción, quien, realmente, no es autor único, sino solamente su partícipe" (G.J. T. CLII, 29).

6. Si el *ad quem*, con fundamento en los elementos de convicción, encontró demostrada la culpa concurrente de demandada y demandante, no pudo quebrantar las normas sustanciales indicada en el cargo y, menos, por la vía directa, tal como lo formuló la parte recurrente.

Ante estas reflexiones, fácil es concluir que el cargo no se abre paso.

Resolución:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia proferida en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

Las costas del recurso de casación corren de cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 172

COMPETENCIA - NULIDAD - SALA DE DECISIÓN / NULIDAD PROCESAL - FALTA DE COMPETENCIA - SALA DE DECISIÓN / RECUSACION / IMPEDIMENTO

Se incurre en causal de nulidad por falta de competencia cuando en la Sala de Decisión del Tribunal Superior interviene un magistrado cuya recusación o impedimento se había aceptado. Recusación: finalidad. Limitaciones. El deber del agente judicial de expresar la causal de impedimento es intemporal; de modo que si el magistrado de una Sala de Decisión de un Tribunal Superior, invoca una causa de impedimento de las señaladas por la ley, resulta inadmisible sostener que por no permitir la recusación, tampoco la pueda exponer el magistrado. Este puede anticipadamente a la promoción de la recusación, ponerla en conocimiento de los restantes magistrados de la Sala a fin de que la califiquen.

CONGRUENCIA / INCONGRUENCIA

Importancia de este principio. Regulación legal. Si el rumbo diferente de la resolución del juez se debe a la intervención de un motivo de fondo, v. gr. el inadecuado entendimiento que tuvo de la demanda, ya no es posible hablar de la inconsonancia, porque está de por medio un error de juicio y no de actividad procesal que, fundado o no, sólo puede combatirse por la causal 1ª de casación.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - INTERPRETACIÓN ERRÓNEA - CONCEPTO / ACCION REIVINDICATORIA - MEJORAS / MEJORAS – ACCIÓN REIVINDICATORIA

El inciso 3º del artículo 966 del C.C., establece una relación material entre lo obligado a pagar mejoras y quien tiene derecho a su pago, pero con la alternativa del primero, titular de la facultad para ejercerla a su voluntad, de pagar el valor de las mejoras al tiempo de la restitución o el mayor valor del bien en que fueran puestas, al tiempo de la restitución.

DICTAMEN PERICIAL

Uno de los requisitos que debe ofrecer todo dictamen pericial para que pueda ser admitido como prueba de los hechos sobre que versa, consiste en que sea debidamente fundamentado; y tal condición compete apreciarla al juzgador con libertad, no obstante que el dictamen no haya sido materia de tacha u objeción de las partes en el traslado correspondiente. Fundamento filosófico y jurídico de la institución de la prueba por peritos.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: *Eduardo García Sarmiento*

Santafé de Bogotá, D.C, veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992)

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante Jóse Aldemar Valencia Duque, contra la sentencia de 12 de diciembre de 1990, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en este proceso ordinario que promovió el recurrente frente a Nury Cuesta Angel.

1. Antecedentes

1. En demanda presentada ante el Juzgado Civil Municipal de Riosucio (Caldas), José Aldemar Valencia Duque, por conducto de procurador judicial, demandó a Nury Cuesta Angel, para que previos los trámites de un proceso ordinario de mayor cuantía, se pronunciaran las siguientes decisiones:

"Principal

"a) Que es nulo, de nulidad absoluta, para todos los efectos legales y por omisión de los requisitos señalados por la Ley 153 de 1887, el contrato de promesa de compraventa celebrado el 21 de agosto de 1976, entre José Aldemar Valencia Duque y Nury Cuesta Angel, como prometientes contratantes y referido al inmueble que se describe en el hecho a) de la demanda.

"2. Subsidiaria

"Para el caso de que se considere válido el contrato celebrado entre José Aldemar Valencia Duque y Nury Cuesta Angel, solicito que el mismo se declare resuelto por incumplimiento por parte de Nury Cuesta Angel;

"b) Que como consecuencia de la citada nulidad contractual o resolución, se decrete:

"1. Se condene a Nury Cuesta Angel a restituir a José Aldemar Valencia Duque, el inmueble descrito en el hecho a) de esta demanda y que fue materia del contrato cuya nulidad o resolución se solicita.

"2. Se condena a Nury Cuesta Angel a pagar a José Aldemar Valencia Duque, dentro del término que usted señale en la sentencia, los frutos civiles del inmueble ocupado en razón del contrato aludido, consistentes en producidos de café y plátano, desde el día 21 de agosto de 1976 y hasta el momento en que se haga la entrega completa del inmueble; pero no sólo los productos recolectados sino los que realmente pudo producir el inmueble dentro de una normal y sana administración.

"c) Que el citado Nury Cuesta Angel, sea condenado a pagar las costas de esta acción".

q) Las súplicas referidas se hicieron descansar en los hechos que a continuación se indican:

"a) A 21 de agosto de 1976, José Aldemar Valencia Duque y Nury Cuesta Angel, celebraron un contrato de promesa de venta, referente al inmueble de propiedad del primero, situado en el Municipio de Riosucio, conforme a la descripción que se contiene en la cláusula primera del referido contrato;

"b) En la cláusula tercera se lee: '... que el precio de esta promesa de contrato es por la suma de cuatrocientos mil pesos ($400.000.00) moneda legal, pagaderos así: Veintiséis mil seiscientos treinta y seis pesos ($26.636.00) moneda legal de contado que el prometiente vendedor declara tener recibidos de contado a su entera satisfacción. Ciento cincuenta mil siete pesos ($150.007) moneda legal que quedan en depósito en el prometiente comprador para cubrir un gravamen hipotecario que pesa sobre dicha propiedad y a favor de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y en la forma conforme está estipulado en la escritura 96 de fecha 19 de febrero de 1971. Diez mil trescientos cincuenta y siete pesos ($10.357.00) para cubrir una obligación con el Banco Cafetero, también quedan en depósito y en la forma conforme se estipula en los diferentes pagarés. Ocho mil pesos ($8.000.00) que le pagará al señor doctor Octavio Hoyos Betancur que le debe el promitente vendedor; y ciento quince mil pesos ($115.000.00) que el prometiente vendedor recibe en un carro Renault 4 y que el prometiente comprador se compromete a entregárselo dentro del plazo de cuarenta días contados a partir de la fecha de la presente, y a entera satisfacción del prometiente vendedor, y los noventa mil pesos ($90.000.00) moneda legal restantes, dentro del plazo de año y medio, o sean dieciocho (18) meses contados a partir de la fecha de la presente promesa en adelante y devengando un interés de un mil pesos ($1.000.00) mensuales, por mensualidades vencidas;

"c) A pesar de que José Aldemar Valencia hizo entrega del inmueble materia del contrato, según la cláusula quinta (5ª) del mismo, Nury Cuesta Angel no cumplió con todos los compromisos adquiridos en la cláusula 3ª pues no canceló la obligación pendiente con el Banco Cafetero ni los $90.000 que debía igualmente pagar 18 meses después de la firma del contrato al prometiente vendedor;

"a) La cláusula 4ª (cuarta) es del siguiente tenor: '... Que el plazo para otorgar la correspondiente escritura es cuando se termine el proceso de sucesión de la finada señora del prometiente vendedor...';

"e) La cláusula anterior hacía o hace nulo el contrato referido, puesto que no existió o se fijó realmente plazo para el otorgamiento de la escritura, pues el mismo quedó

pendiente de una condición facultativa, que podía cumplirse o no a voluntad de uno de los contratantes o de ambos, pues no se dijo quién debía cumplir con el compromiso de levantar la sucesión de la señora;

"f) En el contrato aludido tampoco se dijo ante qué Notario debería otorgarse la escritura que como obligación de hacer debía cumplir el prometiente vendedor;

"g) Según todo lo anterior, el contrato presenta vicios que lo hacen nulo y además, se repite, fue incumplido por Nury Cuesta Angel, al no realizar los pagos a que quedó comprometido según lo narrado".

3. Admitida la demanda por providencia de 16 de junio de 1988, se ordenó correrla en traslado a la demandada, quien se allanó a la petición principal, aceptando por tanto los hechos que en relación con esa súplica refirió el demandante.

Simultáneamente propuso la excepción previa de falta de competencia por cuantía, que luego de recibir el trámite correspondiente halló próspera el *a quo*. Y como consecuencia de esa decisión, el proceso fue remitido al Juzgado Civil del Circuito de Riosucio quien asumió su conocimiento en proveído firme de 15 de diciembre de 1988.

4. Cumplida la fase de instrucción, como de alegaciones, el funcionario competente le puso fin a la instancia por sentencia de 18 de mayo de 1990, mediante la cual dispuso:

"1. Declárase que es nulo, de nulidad absoluta, para todos los efectos legales, por omisión de los requisitos señalados por la Ley 153 de 1887, el contrato de promesa de compraventa, celebrado a 21 de agosto de 1976, entre José Aldemar Valencia Duque y Nury Cuesta Angel, como prometientes contratantes y a que se refiere el inmueble que se describe por su situación y linderos en el hecho primero de la demanda.

"2. Como consecuencia de esta nulidad se condena a Nury Cuesta Angel, a restituir a José Aldemar Valencia Duque, el inmueble descrito en el hecho primero de esta demanda.

"3. Nury Cuesta Angel, debe cancelar a José Aldemar Valencia Duque, la suma de $18.773.805, en que fueron avaluados los frutos naturales como producto de la finca desde el 21 de agosto de 1976.

"4. A su vez José Aldemar Valencia Duque, debe cancelar a Nury Cuesta Angel, la suma de $43.144.600.00 en que fueron avaluadas las mejoras plantadas por el demandado, reconociéndose en favor de éste el derecho de retención sobre la mencionada finca, hasta tanto no se le cancele el valor de tales mejoras.

"5. José Aldemar Valencia Duque, debe de reintegrar a Nury Cuesta Angel, la suma de $283.000.00, con su correspondiente corrección monetaria y los intereses corrientes, desde el 21 de agosto de 1976, hasta el día en que se verifique su pago, liquidación que se hará por el artículo 308 del C. de P. C.

"6. Se condena en costas a Nury Cuesta Angel, sólo en un 50% por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia"

5. Apelado este pronunciamiento por la parte demandante, el Tribunal en sentencia de 12 de diciembre de 1990 Confirmó la del *a quo*, con la siguiente reforma: "El

demandante José Aldemar Valencia Duque deberá pagar al demandado Nury Cuesta Angel la suma de cuarenta millones ciento cuarenta y cuatro mil seiscientos pesos ($40.144.600.00), por razón de mejoras que el último incorporó en el predio en litigio mientras estuvo en su poder, crédito para cuya efectividad gozará del derecho de retención".

II. Apoyos y fundamentos de la sentencia impugnada

6. Tras referirse a los antecedentes del litigio, así como a la decisión del *a quo* y al motivo de inconformidad que dio origen al recurso de apelación que interpuso la parte actora, el *ad quem* advierte que en razón de la limitación consagrada en el artículo 357 del C. de P.C., el análisis de la providencia impugnada sólo cobijará aquellos puntos de la decisión en los que se cifra la inconformidad del impugnante. Y en razón de ellos "nada se dirá sobre la pertinencia o no de la declaración de nulidad absoluta: pues en ello la parte actora estuvo de acuerdo; tampoco en cuanto a frutos, ya que es un concepto que le favorece". En lo que respecta a la suma de dinero que como parte del precio recibido le debe restituir al demandado Nury Cuesta Angel -asevera el *ad quem*- el apelante no ha denotado descontento, pues en el escrito contentivo del recurso no toca este aspecto. "Su ataque a la decisión de primera instancia específicamente lo enfoca a la *cantidad y valor de las mejoras* que se le obligó a pagar al demandado en este proceso".

Por lo demás, la parte demandada no apeló, por lo que en lo que a ella atañe la sentencia es inmodificable.

Seguidamente advierte, que la condena en abstracto contenida en el punto 5° de la parte resolutiva de la sentencia procedía y se ajustaba a derecho para el momento en que el fallo fue proferido (18 de mayo de 1990); y en esas circunstancias, la liquidación debe gobernarse por el contenido del artículo 308 del anterior C. de P. C.

Sentado lo anterior estima que deben examinarse los diversos medios probatorios allegados al proceso, en orden a determinar si la cantidad y el precio que se le dio a las mejoras alegadas por el demandado, se ciñe a la realidad procesal.

Para el efecto precisa: "De la lectura atenta de los escritos presentados por la parte actora al momento de interponer el recurso de apelación y al descorrer el traslado en esta instancia, es fácil inferir que no desconoce el derecho que tiene el demandado a que se le paguen las mejoras plantadas en el fundo materia del contrato de promesa de venta que constituye el objeto del litigio en esta actuación. Cifra su descontento en la cantidad y el valor que a las mismas se le dio por los peritos intervinientes, pericia que a la postre le sirvió al juez de instancia para imponer su pago en la suma de $43.144.600.00".

Y a renglón seguido examina los diversos medios probatorios que a su juicio le permiten establecer que el valor total de las mejoras a que se hizo acreedor el demandado, es la suma de $40.144.600.00.

Individualizados tales elementos de convicción y lo que ellos muestran, la apreciación del Tribunal es como sigue:

"Luis Alfonso Gaspar Gaspar -testimoniante de la parte demandada- dice conocer a Nury Cuesta Angel desde hace unos quince (15) años, ya que a su servicio ha estado

en la finca 'Villanueva' que es materia de este proceso. A cuenta y riesgo de aquél fabricó unos tanques, construyó un beneficiadero de café y reparó la casa de habitación, '... le reparé el techo y haciendo una puerta, extendí una tubería PVC para el agua, serían unos 30 metros de tubería, no hice más mejoras, las mejoras o el trabajo que yo hice me lo pagó don Nury Cuesta. El tiempo que me gasté haciendo los trabajos por cuenta de don Nury Cuesta sin ayudante, por ahí un mes y medio. Los materiales los puso don Nury Cuesta" (fl. 15 frente y vuelta cuaderno número 5A).

"Santiago Cano Henao (fl. 16 frente y vuelta del mismo cuaderno) nada sabe de las mejoras alegadas y reconocidas.

"Pablo Emilio Cuapacha Largo es administrador de un inmueble de propiedad del demandado y por consiguiente conoce el predio materia de este litigio; así mismo sabe de las mejoras que sobre el fundo ha plantado aquél. En tal sentido advierte: '... primero le hizo un beneficiadero, según compró un agua que no la tenía para el beneficio del café, se la compró a un vecino, un agua a una distancia larga de la finca de propiedad (sic) de él, llegando a la finca de él por tubería PVC, plástica, la otra mejora fue romper unos potreros, picarlos, luego hacerle la siembra de un café, no se cuántos árboles, ni la extensión, sé que es una cantidad de café, unas matas de plátano. La finca está sembrada de puro café, anteriormente tenía una parte en café y otra en pasto, una mayor parte se mejoró o sea del café viejo, pero hay una parte de ese café, pero poca'".

"Guillermo Elías Guapacha Largo también rinde testimonio a instancia de la parte demandada, afirmando conocer a Nury Cuesta Angel desde hace once años y medio. Habiendo sido administrador de la finca 'Villanueva' durante un lapso de quince (15) meses. Advierte que el aludido plantó allí mejoras, consistentes en la conducción del agua para el beneficio de ese fundo, la construcción de beneficiaderos, la siembra de café habiendo observado personalmente la conversión de los potreros en cafetales.

"Carlos Emilio Trejos también conoce a Nury Cuesta Angel desde la época escolar, dice conocer también el predio 'Villanueva' identificado por los linderos descritos en la demanda. Hace unos doce (12) años demarcó los lotes para la plantación de café, ignorando el número de árboles; a ese mismo fundo se le sembró plátano. Por ese trabajo el aludido Cuesta Angel le hizo el pago correspondiente.

"Corroborando la existencia de las mejoras, declara Octavio Giraldo Giraldo. Fue ese individuo quien por contrato realizado con el demandado, plantó 40.000 árboles de café hace 10 años aproximadamente. Se enteró igualmente que aquél construyó un beneficiadero para los cultivos; realizó las obras para la conducción del agua.

En la inspección judicial verificada el 10 de agosto de 1989, sostiene el *ad quem*, el juez del conocimiento dejó constancia de las mejoras por aquellos afirmadas en las antedichas versiones. Y de manera directa se palpó la existencia de las plantaciones de café incorporadas al terreno durante el lapso en que ha permanecido en poder del demandado; igual ocurre con algunos cultivos de plátano, agregando que los cultivos nuevos de aquel fruto abarcan la mayor parte del fundo.

Así mismo, observó la infraestructura levantada para la conducción del agua en un trayecto de 1.000 metros aproximadamente, con un tanque en la bocatoma y otro que recibe el líquido dentro de la finca; también otro tanque auxiliar levantado en cemento;

un beneficiadero para el café, dotado de la máquina despulpadora y el motor que la impulsa. Así mismo, habló del servicio de energía, de la carretera que le sirve de acceso al predio y de las distintas obras que implican la remodelación de la casa de habitación que allí se encuentra levantada.

"La prueba testimonial vertida en el informativo -asevera el Tribunal- de manera conteste certifica que el demandado Nury Cuesta Angel estableció en el inmueble mejoras de diverso orden consistentes en la plantación de numerosos cafetos, la conducción de agua para la utilización del fundo y sus cultivos, con la consiguiente construcción de los tanques de recepción y almacenamiento; levantó las estructuras para el beneficio del grano con todos sus implementos anexos; preconstruyó y refaccionó la casa que le sirve de habitación al predio. Ahora bien, aunque los testimoniantes no hablan de las obras encaminadas al establecimiento de energía eléctrica y la construcción del carreteable que beneficia el predio, es incuestionable que también fueron realizadas a costa del demandado en este proceso, pues al decir de los peritos actuantes, la primera se instaló en el año de 1986 y la segunda se elaboró en el año de 1984; es decir durante el lapso en que el bien ha estado en su poder, pues su detentación se inició desde el día 21 de agosto de 1976. Entonces, estos dos últimos conceptos también habrán de tenerse en cuenta para el reconocimiento a favor del citado. Todas estas obras fueron constatadas por el señor juez del conocimiento en el curso de la diligencia de inspección judicial. Con respecto a las relacionadas no existe ninguna duda de su existencia e incorporación al terreno.

"En este orden de ideas resulta procedente reconocer y ordenar el pago de las obras de beneficio al predio en litigio puntualizada con antelación y que fueron debidamente establecidas a través de los medios de pruebas aportados a este proceso. Esos conceptos con sus valores unitarios se incorporan a continuación:

"Los peritos actuantes hablan de 46.662 árboles de café a un precio unitario de $800.00 para un gran total de $37.329.600.00 moneda corriente explicando que para llegar a esta conclusión tuvieron en cuenta la distancia entre cafeto y la extensión del terreno en donde fueron plantados. Su edad la constataron con base en la fertilidad del árbol, el desarrollo de su follaje y las huellas que en sus ramas deja cada cosecha.

"A juicio de la Sala los mentados auxiliares han fundamentado en debida forma sus conclusiones sobre el punto; no observándose irregularidad alguna que amerite desconocimiento de su valor probatorio. Precisamente ésa era su función, constatar el número de árboles de esa clase, la antigüedad de su plantación y la valoración de acuerdo a las características que los integran; y eso fue precisamente lo que hicieron: no adolece de la fundamentación que le enrostra el apelante. No es una conclusión caprichosa u oscura en su basamento; allí se consignan los datos que a ellas los llevaron.

"Las obras para dotar el predio del servicio de acueducto que fueron estimadas por los expertos en la suma de $1.500.000.00, discriminando este monto en dos, a saber: "$500.000.00 como costo de obra y los $300.000.00 restantes por concepto de la valorización que como consecuencia de la misma sufrió el fundo.

"De los conceptos anotados en el párrafo anterior sólo se reconocerá el primero, o sea $500.000.00 pues precisamente de lo que se trata aquí es de pagar el valor de las

mejoras; finalidad que se distorsionaría comprendiendo en ella el aumento de precio que como consecuencia de la incorporación padezca el bien en litigio.

"También pagará el demandante las mejoras que el demandado le efectuó a la casa de habitación con una nueva inversión de $195.000.00 moneda corriente.

"Igua. ocurrirá con el costo que tuvieron los beneficiarios para el procesamiento del café recolectado, con un costo total de $900.000.00 incluyéndose allí el precio de la edificación, del motor y de la máquina despulpadora.

"Se reconocerán como mejoras a favor del demandado la suma de $220.000.00 discriminados así: $20.000.00 como valor de un tanque auxiliar y $200.000.00 que corresponden a la plantación de plátano y guineo; producto este que fue incorporado al terreno por Nury Cuesta Angel después de que recibió el inmueble; así lo certifican también los testimoniantes.

"Finalmente, a Nury Cuesta se le cancelará por el demandante el costo de la instalación de la energía eléctrica equivalente a las sumas de $500.000.00 y el valor de la vía carreteable con inversión también en la suma de $500.000.00 moneda corriente.

"En conclusión, el monto total de las mejoras que José Aldemar Valencia Duque debe pagar al demandado Nury Cuesta Angel, será la de cuarenta millones ciento cuarenta y cuatro mil seiscientos pesos moneda corriente ($40.144.600.00). En tal sentido será entonces reformada la sentencia recurrida.

"Es pertinente recabar, que el dictamen pericial no fue objetado pues a pesar de haberse presentado el escrito respectivo, el trámite fue rechazado en razón de que el actor no podía ser oído por ser deudor de costas procesales. El experticio quedó entonces en firme: Ahora la Sala no encuentra en el mismo ningún reparo que le reste mérito o credibilidad a sus fundamentos y conclusiones".

III. La demanda de casación

Contra la sentencia que se deja extractada se formularon cuatro cargos, así: dos por la causal primera, uno por la vía directa y otro por la indirecta; otro por la causal 5ª y el último por la causal 2ª, que se resolverán en el orden siguiente: 1° el de la causal 5ª, 2° el de la causal 2ª, cargos que fracasan, y luego los cargos 4ª y 2ª, que prosperan y que deben despacharse ambos dado lo que se pretende con cada uno de ellos, esto es aspectos de la sentencia en torno al derecho del reivindicante respecto de las mejoras, y al valor y cantidad de las mismas.

Cargo primero

Con fundamento en la causal 5ª se acusa la sentencia por haberse incurrido en "nulidad insaneada por carencia de competencia de la Sala de Decisión Civil del *ad quem* que dictó la sentencia impugnada (art. 140-2 del C. de P.C. según la reforma del art. 1080 del Decreto 2282 de 1989".

7. Así explica el cargo el recurrente:

"Impedimento ilegal del Magistrado José Nevardo Cardona Rivas.

"a) Por auto del 17 de octubre de 1990 (fl. 14 cc 77) el magistrado del *ad quem* José Nevardo Cardona Rivas se declaró impedido para conocer de la 2ª instancia del proceso 'por cuanto siendo Juez Primero Civil del Circuito de Manizales, el señor apoderado de la parte demandada, doctor Carlos Mejía Vieira, formuló denuncia penal en mi contra' (id) citando el art. 150-7 del C. de P.C. impedimento que fue aceptado por los dos restantes magistrados de la Sala (fl. 15 c. 7) autos que no fueron recurridos ante expresa prohibición legal de recursos (art. 149 in fine C. de P.C.), lo que indica que no ha sido sanеada la nulidad; además no pudo actuar el demandante en el interregno entre su proferimiento y la sentencia del *ad quem*.

"b) Dispone el artículo 140-2 del C. de P.C. que el proceso es nulo cuando el juez, ya singular ora colegiado, carece de competencia. El artículo 7º del Decreto 1265 de 1970 dispone que las Salas de decisión de los Tribunales ejercerán sus funciones jurisdiccionales integradas "en cada asunto por el magistrado a quien le corresponde en repartimiento y por los dos que le sigan en orden alfabético de apellidos"; estando atendido en el *sub judice* que el magistrado ponente es de apellido alfabéticamente anterior al de los restantes magistrados, como se ve: "Alzate" (ponente); "Cardona" (impedido), "Hoyos" (magistrada de la Sala) y "Sanz" (nuevo magistrado de Sala), con lo que es evidente que sí debía integrar la Sala el magistrado Cardona Rivas;

"c) Las normas de la recusación se aplican a los impedimentos (art. 149 y ss. C. de P.C.) razón por la cual no puede haber impedimento si la causal de recusación impedimento se presenta por cambio de apoderado de una de las partes.

"El artículo 151 inciso 3 id. dice que 'no habrá lugar a la recusación (ni al impedimento, agregó) cuando la causal se origine por cambio de apoderado de una de las partes...'.

"Limitación de la recusación / impedimento que tiende a evitar que las partes puedan arbitrariamente separar a un magistrado o juez del conocimiento de un proceso, con que de lo contrario bastaría con sustituir poderes indefinidamente para lograr que sucesivamente se declararan impedidos los juzgadores; con obvio detrimento en la administración de justicia. A fortiori si de antemano se conoce la postura procesal o sustancial de los juzgadores 'desplazables al arbitrio del litigante' en un aspecto jurídico concreto.

"eh) Pues bien, resulta que durante todo el trámite de la 1ª instancia, tanto el *a quo* municipal inicial como ante el *a quo* del Circuito, el apoderado del demandado fue siempre el abogado Octavio Hoyos Betancur, según poder especial conferido por el demandado (fl. 21 c. 1); apoderado que actuó repetida e ininterrumpidamente en el proceso hasta que sustituyó el poder al abogado Carlos Vieira Vieja cuando el proceso-expediente se encontraba ante el *ad quem*, habiéndose dirigido a éste el poder sustitución (fls. 3 y 4 c. 7). Deduciéndose fácilmente que la causal de impedimento / recusación se originó con motivo del cambio / sustitución del apoderado del demandado, por lo que era abiertamente improcedente que entrara a integrar la Sala de Decisión del *ad quem* un magistrado que no tenía competencia para ello".

IV. Consideraciones de la Corte

En el recurso extraordinario de casación puede impugnarse la sentencia -tiene dicho la Corporación- por "haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 152, siempre que no se hubiere saneado" (art. 368, núm. 5, C. de P.C.).

Por tal motivo puede invocarse en casación la incompetencia del juez (art. 140 num. 2) como causa de nulidad que vicia la sentencia impugnada, para lo cual resulta necesario precisar que la competencia, como facultad que tienen los jueces para ejercer la jurisdicción en un asunto particular, la fijan imperativamente la Constitución y la ley de manera limitada sobre los llamados factores determinantes, y la distribuye en los distritos judiciales nacionales entre los jueces únicos y colegiados.

"Pero con relación a estos últimos la ley, además de los citados factores de determinación de competencia, particularmente el funcional que le permite a las Salas Civiles de los Tribunales Superiores proferir sentencias de segunda instancia (art. 26 num. 1 C.P.C.) consagra otros que también determinan la forma como se concretar y ejercita dicha competencia en los Tribunales mencionados.

"En efecto, teniendo en cuenta la naturaleza de la providencia (objeto) y el órgano facultado para su expedición (sujeto), nuestro régimen procesal, de una parte, señala que 'corresponde a las Salas de Decisión dictar sentencias' (art. 29 ibidem) porque son las competentes para ello, o como dice el artículo 7° del Decreto 1265 de 1970, a través de ellas 'las Salas de los Tribunales ejercerán sus funciones jurisdiccionales ...en cada asunto...'. Y de la otra, siguiendo el principio de legalidad respecto de la atribución de esta competencia, precisa la organización y funcionamiento de las Salas de Decisión competentes, estableciendo, de un lado, que generalmente "se integran en cada asunto por el magistrado a quien le corresponda en el repartimiento y por los dos que le sigan en orden alfabético..." (art. 7° D. 1265 de 1970) teniendo en cuenta que 'el magistrado o conjuez impedido o recusado será reemplazado por el que siga en turno, o por un conjuez si no fuere posible integrar la Sala por ese medio' (art. 145 inc. 2 C. de P.C.); y del otro, regulando la forma de preparación, discusión y adopción de las providencias de las cuales son competentes las Salas de Decisión, que 'serán suscritas por todos los magistrados y conjueces que concurran a dictarlas aun por aquellos que hayan disentido' (art. 11 D. 1265 de 1970), pues dichas providencias terminarán 'con las firmas de ... los magistrados y el secretario (art. 303 C. de P.C., hoy sin esta última), sin que la omisión de la firma de este último afecte la sentencia' (G.J. T. XXI, pág. 58).

"Luego conforme a lo anterior, carecen de competencia para la expedición de una sentencia no sólo las Salas de Decisión a quienes no corresponde el conocimiento de dicho asunto, pertenezcan a otro o al mismo Tribunal, sino también aquella Sala de Decisión que teniendo el conocimiento de dicho proceso no se ha integrado o no ha adoptado o suscrito legalmente dicha sentencia, tal como acontece con aquel evento en que por haber intervenido en la Sala de Decisión correspondiente el magistrado impedido y no el que lo reemplazó, la sentencia resulta dictada por una Sala que, por su defectuosa integración para la decisión, no se erige en el órgano competente colegiado para este efecto.

En tal caso, dicho defecto puede alegarse en casación por cualquiera de las partes como falta de competencia, que este aspecto es insaneable, hoy día dentro de la citada causal 5ª de casación (art. 368 num. 5, 152 num. 2 C. de P.C., hoy 140-2) y en la legislación anterior, invocándose la misma causal (art. 520 num. 6 y 449 num. 1 C.J.) y, si fuere el caso, los motivos especiales; 'haberse acordado el fallo con menor número de votos exigidos por la ley', o de 'haber concurrido a dictar sentencia un magistrado cuya recusación fundada en la causal legal estuviese pendiente, o se hubiera desestimado siendo procedente' (art. 520 nums. 4 y 5 G.J.)" (Sentencia 124 del 19 de abril de 1989, Extractos de Jurisprudencia, Segundo Trimestre de 1989).

De la precedente doctrina jurisprudencial, y desde luego de la reglamentación de las causales de recusación y de impedimentos (arts. 149, 150, 151, 153 del C. de P.C.), se advierte que no obstante ser las causales las mismas que pueden invocarse para recusar al juzgador, como las que éste puede manifestar para declararse impedido, la recusación es instrumento entregado a las partes para que, cuando el juez o magistrado no exprese la causal de impedimento, puedan recusarlo. El ejercicio de esa facultad de las partes no queda empero a su absoluta libertad ejercerla, como que, entre otras limitaciones, señala el artículo 151, inciso tercero, del Código de Procedimiento Civil, la de no proceder cuando "la causal se origine por cambio de apoderado de una de las partes, a menos que la formule la parte contraria". En cambio el deber del agente judicial de expresar la causal de impedimento es intemporal, como que "deberán declararse impedidos tan pronto como adviertan la existencia" de la causal, "expresando los hechos en que se fundamenta" (art. 149, inciso primero, C. de P.C.). Luego si el magistrado de una Sala de Decisión de un Tribunal superior del Distrito Judicial, invoca una causa de impedimento de las taxativamente determinadas por la legislación, cumple con el deber que su investidura exige, sin que sea admisible sostener que por tratarse de una causal que no podría alegarse para recusar, tampoco la puede exponer el magistrado. Absolutamente. El funcionario cumple su deber y si la Sala lo separa del conocimiento del asunto, lo reemplaza el magistrado que siga en orden, o para sortear conjuez si es el caso, en manera alguna la Sala de Decisión así integrada es incompetente, puesto que su conformación se acomoda a las reglas pertinentes. Luego esas circunstancias no conforman causa de nulidad procesal por incompetencia funcional en este caso. La conclusión brota diamantina contrario sensu *de lo expuesto en las enseñanzas de la jurisprudencia acabada de citar.*

Ahora bien. Como la preceptiva contenida en el inciso 3º del artículo 151 C. de P.C. "no habrá lugar a recusación cuando la causal se origine por cambio de apoderado de una de las partes, a menos que la formule la parte contraria", no se advierte que la facultad que a jueces y magistrados otorga la regla 149, inciso 1, ibídem (de separación inmediata del funcionario por causales de recusación), pugne con lo dicho en la norma primeramente citada, y que en virtud del cambio de apoderado de una de las partes, el magistrado en quien concurra una causal de recusación no puede anticipadamente a la promoción de ésta, ponerla en conocimiento de los restantes magistrados de la Sala de Decisión, a fin de que la califiquen y si la hallan fundada la acepten y lo declaren separado del conocimiento del negocio, dada la especificidad de las materias que cada uno de los artículos citados gobierna (la recusación la primera y que únicamente es exclusiva de las partes. "La declaración de impedimentos" la

segunda, y que es de resorte de los funcionarios), debe seguirse de lo anterior, que no constituye causal de nulidad la declaración de impedimento de un magistrado por cambio de apoderado y su consecuencial aceptación por los restantes magistrados, así como la intervención de un nuevo integrante en la decisión final.

Por lo demás, si la causal invocada por el magistrado separado del conocimiento a instancia suya, se encuentra dirigida a garantizar a la parte contraria la imparcialidad en la decisión judicial que había de tomarse, este argumento es de suyo bastante para destruir cualquier posible nulidad en la integración de la Sala de Decisión que decidió el litigio.

Por lo dicho, el cargo no prospera.

Cargo tercero

Aparece enunciado así: "inconsonancia por *mínima petita*, por no conceder al demandante la elección (alternativa) del artículo 966 inciso 3 del Código Civil, en materia de mejoras.

8. El recurrente demuestra el cargo así:

"a) Dispone *ad literam* el artículo 966 inciso 3 del C.C.

"El reivindicador elegirá entre el pago de lo que valgan, al tiempo de la restitución, las obras en que consisten las mejoras, o el pago de lo que en virtud de dichas mejoras valiere más la cosa en dicho tiempo.

"Consagrando expresamente el derecho del demandante a optar entre el pago del precio de las mejoras (materialmente consideradas, *per se*) o el pago de la valoración de la finca litigiosa con motivo de dichas mejoras.

"b) Estando el demandante en situación de pagar mejoras al demandado, necesariamente debió el *ad quem* concederle la alternativa que en favor de aquél manda el artículo 966 inciso 3 C.C.

"No habiendo procedido de tal manera, incurrió el *ad quem* en sentencia inconsonante o incongruente por *mínima petita*, ya que no decidió sobre un punto de derecho que estaba bajo su tutela jurídica por expreso mandato legal, vale decir, no resolvió sobre uno de los extremos litigiosos.

"c) El *ad quem* debió pronunciarse expresamente sobre el derecho sustancial del demandante de optar por una de las dos alternativas que le concede a elegir el artículo 966 inciso 3 del C.C., pues conforme con los artículos 304 inciso 2 (según la reforma 134 del Decreto 2282 de 1989) y 305 (según la reforma 135 del artículo 1° del Decreto 2282 de 1989) del C. de P.C., reguladores de la consonancia y congruencia de la sentencia, en concordancia con el artículo 311 incisos 1 y 2 (según reforma del art. 1° 141 del Decreto 2282 de 1989) del C. de P.C., regulador de la complementación de la sentencia, aun *ex officio*, si se omite resolución sobre algún extremo litigioso. Según la armonía de estas normas -repito- es evidente, es palmario que el *ad quem* no resolvió en la sentencia sobre los extremos litigiosos que debía resolver imperativamente un *ex officio*, omisión que implica la inconsonancia o incongruencia por *mínima petita* deprecada en casación".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Tiene sentado la doctrina de la Corte que el principio normativo de la congruencia va destinado a circunscribirle al juzgador las facultades que tiene en materia de decisión, o sea, le fija pautas en procura de que no produzca resoluciones más allá de lo pedido, por fuera de lo pedido, o dejan de resolver sobre extremos del litigio.

Este principio se encuentra en el artículo 305 del C. de P.C. al disponer que "la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones deducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieran sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta. Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último. En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio". Y, en norma precedente, igualmente se expresa, que "en la sentencia se hará una síntesis de la demanda y su contestación. La motivación deberá limitarse al examen crítico de las pruebas y a los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios, estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, y citando los textos legales que se expliquen. La parte resolutiva se proferirá bajo la fórmula -administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley-: deberá contener la decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de las demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir, con arreglo a lo dispuesto en este Código" (art. 304).

Al aplicar estos principios al caso en estudio, se llega a la conclusión de que no existe la incongruencia que se atribuye al fallo recurrido. Al efecto, como bien se observa y así lo muestra el extracto que de la sentencia impugnada se hizo, el *ad quem* a pesar de ver el derecho que alternativamente tiene el reivindicador triunfante en cuanto al pago de mejoras se refiere y consagra el artículo 966, inciso 3 del C.C., optó sin embargo, por prescindir de esa alternativa para condenar al demandante a pagar las mejoras. De donde aparece que el Tribunal decidió lo relativo a mejoras, aplicando la norma tal como la entendió. Luego ciertamente no se trata de una sentencia diminuta, sino que, repítese, de acuerdo con la interpretación que a la norma le dio, resolvió como lo hizo.

"... Por consiguiente, tiene dicho la jurisprudencia, si el rumbo diferente de la resolución del juez se debe a la intervención de un motivo de fondo, v. gr. el inadecuado entendimiento que tuvo de la demanda o de las pruebas del proceso o de consideraciones jurídicas sacadas del derecho sustancial, ya no es posible hablar de inconsonancia, porque está de por medio un error de juicio y no de actividad procesal que, fundado o no, sólo puede combatirse por la causal primera de casación" (Cas. Civ. 28 nov. 1991).

Igualmente expresó que "fuera de la falta de consonancia entre lo demandado y lo sentenciado, que es el motivo de casación autorizado en el numeral que invoca el recurrente en parte, todo lo demás relacionado con el fondo mismo de la cuestión controvertida, las acusaciones que conduzcan a calificar legalmente los fundamentos o motivación jurídica del fallo como que es de haberse otorgado lo pedido por un concepto de derecho diferente al que ha servido de apoyo al demandante, son materia del primero de los motivos del artículo 368 del C. de P.C., que engloba las diversas maneras de violación de la ley sustancial" (G.J. T. CXXXV, págs. 171 y 172).

Por consiguiente no se da la inconsonancia que en el cargo se denuncia, lo cual conduce a su improsperidad.

Por ende no prospera.

Cargo cuarto

Denúnciase la infracción directa del inciso 3 del artículo 966 del Código Civil, por interpretación errónea.

9. En desarrollo de la censura dice el impugnante:

"a) En la sentencia impugnada, *ad literam* se dice:

"El demandante José Aldemar Valencia Duque deberá pagar al demandado Nury Cuesta Angel la suma de cuarenta millones ciento cuarenta y cuatro mil seiscientos pesos ($40.144.600.00) por razón de las mejoras que el último incorporó en el predio en litigio mientras estuvo en su poder..." (fl. 20 vto. cuad. 7).

"A dicha cifra se llegó como consecuencia de sumar el precio señalado pericialmente a cada una de las mejoras del demandado, así:

"$37.329.600.00 como precio de las mejoras de café:

"$500.000.00 como precio de la mejora de acueducto.

"$195.000.00 como precio de la mejora de la casa.

"$900.000.00 como precio de la mejora a los beneficiaderos.

"$20.000.00 como precio de la mejora a un tanque.

"$200.000.00 como precio de la mejora de plátano y guineo.

"$500.000.00 como precio de la mejora de energía eléctrica, y

"$500.000.00 como precio de la mejora de la carretera (fl. 19 vt. y 20 fte. c. 7).

b) Que el precio señalado a las mejoras corresponde al costo de las obras en que consisten las mejoras, esto es, a la materialidad misma de las mejoras (1ª alternativa del art. 966 inc. 3 del C.C.) fácilmente se ve en expresiones usadas por el *ad quem* cuando dice:

"El pago de las obras de beneficio del precio en litigio... Estos conceptos con sus valores unitarios se incorporan a continuación ... la valoración de acuerdo a las características que los integran ...

"Las obras para dotar el predio del servicio de acueducto fueron estimadas por los expertos en la suma de $3.500.000.00 discriminando este monto en dos, a saber: $500.000.00 como costo de la obra y los $3.000.000.00 restantes por concepto de la valorización que como consecuencia de la misma sufrió el fundo.

"De los conceptos anotados antes en el párrafo anterior sólo se reconocerá el primero, o sea $500.000.00, pues precisamente de lo que se trata aquí es de pagar el valor de las mejoras...

"... con una inversión de $...

"... el costo que tuvieron los beneficiaderos... con un costo total de ... incluyendo allí el precio de la edificación ...

"... como valor de ... corresponde a la plantación de plátano y guineo.

"... el costo de la instalación de la energía eléctrica de la cantidad de $ ...".

"c) La sentencia impugnada, pues, se limitó a condenar al demandante a pagar las mejoras al demandado según su precio actual de incorporación al predio, habiendo omitido, mutilado el alcance de la elección que el artículo 966 inciso 3 del C.C. concede al demandante solvens para optar por pagar dicho precio o pagar la valorización que hubiere adquirido la finca litigiosa con motivo de la incorporación de dichas mejoras.

"Por ninguna parte de la sentencia impugnada se vislumbra ni siquiera remotamente que el *ad quem* haya siquiera pretendido aplicar en forma completa el precepto del artículo 966 inciso 3 del C.C. siendo claro que no le dio su alcance, ni su inteligencia legal, por no haberle aprehendido íntegramente sino en forma apenas parcial, en detrimento interpretativo del precepto alternativo que tomó unilateral. Por el contrario, con toda evidencia se ve que el *ad quem* interpretó mal esta norma, con que al fijar la condena por la mejora de acueducto, de manera restrictiva no optativa, impuso la cifra concreta señalada pericialmente al costo del acueducto ($500.000.00), eliminando como consecuencia de su errónea interpretación al precio fijado a la valoración de la finca con motivo de dicha mejora ($3.000.000.00) que era la alternativa por la que podía optar el demandante, no se piense que el demandante optara por lo más gravoso para él, de ninguna manera; pero resulta que la finca en su integridad no vale actualmente ni $15.000.000.00: razón por la cual jamás podrá lícitamente decirse que no asista interés al demandante en pretender que se le reconozca su derecho de elección que consagra el artículo 966 inciso 3 del C.C. como quiera que si toda la finca, en forma íntegra con el terreno y las mejoras viejas y nuevas, no vale actualmente ni $15.000.000.00, es evidente, de toda evidencia, que la valorización de la finca con motivo de las mejoras del demandado no podrá pasar jamás del tope de los $15.000.000.00 que ni siquiera los vale toda la finca; es más, realmente la valorización de la finca no llega a más de $3.000.000.00 (cuando más) con motivo de las mejoras del demandado. Aquí el quid del pleno derecho de opción mutilado por el *ad quem*, con errónea interpretación del artículo 966 inciso 3 del C.C.

Consideraciones de la Corte

La Corporación en punto de la interpretación errónea ha expuesto:

"Interpretar erróneamente un precepto legal es aplicarlo al caso litigado por ser el pertinente, pero atribuyéndosele un sentido o alcance que no le corresponde. De consiguiente, el quebranto de una norma sustancial, en la especie de interpretación errónea, excluye la falta de aplicación de la misma; y excluye igualmente la aplicación indebida porque en el caso del yerro hermenéutico se aplica la disposición legal que corresponde, pero con una inteligencia que no puede dársele, en tanto que en la aplicación indebida se emplea el precepto que no le corresponde al caso litigado" (G.J. T. CXLIII, pág. 168).

En la especie de esta litis se tiene que el Tribunal confirmó la sentencia del *a quo* de 18 de mayo de 1990, que hizo estos pronunciamientos: declaró la nulidad absoluta del contrato de promesa de compraventa celebrado entre los contendientes; condenó al demandado a restituir al demandante el bien inmueble de que se trata; fijó en $18.773.803 el valor de los frutos que debe pagar el demandado al demandante; ordenó al demandante reintegrar al demandado $283.000.00 con su correspondiente corrección monetaria y los intereses corrientes desde el 21 de agosto de 1976 hasta el día en que se verifique el pago; y reformó el 4º resolutivo así; "El demandante José Aldemar Valencia Duque deberá pagar al demandado Nury Cuesta Angel la suma de cuarenta millones ciento cuarenta y cuatro millones ciento cuarenta y cuatro mil seiscientos pesos ($40.144.600.00) por razón de las mejoras que el último incorporó en el predio en litigio mientras estuvo en su poder, crédito para cuya efectividad gozará del derecho de retención".

Al condenar el ad quem *al demandante tan sólo a pagar el valor de las mejoras que encontró puso el demandado en el predio que tuvo en su poder y que debe restituir al primero, lo hizo en virtud del artículo 966, inciso 3, del Código Civil, pero ciertamente le recortó su alcance, como que la norma contiene un derecho de elección para el reivindicador, derecho que en la forma como el juzgador decidió en verdad quebrantó, dado que la ley sustancial establece en el punto una relación material entre el obligado a pagar mejoras y quien tiene derecho a su pago, pero con la alternativa del primero, titular de la facultad para ejercerla a su voluntad, de pagar el valor de las mejoras al tiempo de la restitución o el mayor valor del bien en que fueron puestas, al tiempo de la restitución. De modo que al aplicar el Tribunal la norma como lo hizo, le restringió su contenido por entenderla en forma disminuida.*

Como en verdad el Tribunal interpretó equivocadamente la norma denunciada en el cargo que se estudia, al entender que solamente deben pagarse el valor de las mejoras, cuando en realidad dicha preceptiva confiere al obligado a pagar mejoras el derecho a elegir entre el valor de éstas al tiempo de la restitución y lo que valiere más el bien por razón de ellas "en dicho tiempo", síguese el error *in judicando* en que incurrió el sentenciador en la interpretación del texto de que se trata.

Por ende, resulta próspero el cargo.

Cargo segundo

Se acusa la sentencia de ser violatoria en forma indirecta de los "artículos 1746 y 971 incisos 1 y 2, 966, 967, 968, 969 y 970 del C.C.; y 307 del C. de P.C. (según la reforma del artículo 1°-137 del Decreto 2282 de 1989 ... como consecuencia de errores manifiestos de hecho en la apreciación probatoria".

10. En la demostración del cargo dice el censor, que las pruebas erróneamente apreciadas y preterida, con manifiesto y trascendentes yerros fácticos, son:

a) El dictamen pericial y su aclaración rendido por los peritos Esteban Alfonso Trejo y Jairo Quintero (fls. 31 1 33, 37 y 38 c. 5A), prueba erróneamente apreciada;

b) La inspección judicial practicada por el *a quo* (fls. 27 y 18 c. 5A), prueba erróneamente apreciada;

c) El dictamen pericial rendido por el perito Gabriel E. Carmona López (fls. 11 a 13 c. 2) prueba preterida;

ch) La declaración de Octavio Giraldo Giraldo (fls. 26 y 25 5A), prueba erróneamente apreciada.

Y particularizando cada uno de los yerros expresa el casacionista:

Respecto del dictamen pericial, se incurrió en errores manifiestos y trascendentes en la apreciación de "la fundamentación del dictamen en cuanto a la mejora del 'acondicionamiento del agua' (fls. 31 vto. *in fine* y 32 frte. *ab initio* y 37 vto. cuad. 5A)", ya que no apreció el *ad quem* que en su escrito inicial los peritos se limitaron a especificar la mejora en cuanto a su construcción, sus medidas, su extensión, su edad, sin que por ninguna parte señalen ni la clase de mejora (si necesaria, si útil, si voluntaria), ni la calidad de la construcción y materiales, ni la posible duración de la mejora, ni el costo de los materiales, ni la posible duración de la mejora, ni el costo de los materiales, ni cuánta mano de obra y costo demandó. Esto es, no apreció el *ad quem* que no estaba fundamentado el guarismo de $3.500.000.00 dado a esta mejora.

No apreció el *ad quem* que en su escrito de aclaración del dictamen, en este punto (fl. 37 vto. c. 5A) los peritos dijeron que para señalar el guarismo: "... tuvimos como base dos puntos: el primero, el valor de los materiales destinados a dicha obra... cuyo valor asignado fue de $500.000.00; y el segundo, el valor que con esta agua (se) le dio a la propiedad; vale decir, con esta servidumbre (sic) la finca (se) valorizó en un 90%. Por ello le asignamos como precio por el valor la suma de $3.000.000.00 para un gran valor total de $3.500.000.00 con las mejoras incluidas" (fl. 37 vto. cuad. 5A).

No apreció el *ad quem* que por ninguna parte aparece la fundamentación del guarismo; no se determina cuál es el valor ni la cantidad de materiales empleados, ni su acarreo, ni su calidad y duración, que permitieran tener por fundada la mejora.

No apreció el *ad quem* que no es cierta la operación simplemente aritmética de establecer el 10 y el 90% de $3.000.000.00, ya que dicen que el 90% de este precio equivale a la valorización de la finca con la mejora, o sea (sic) a $3.000.000.00, cuando lo cierto es que el 90% de $3.500.000.00 es la suma de $3.150.000.00. Error que llevó al *ad quem* a incurrir subsiguientemente en otro yerro fáctico/matemático, como fue condenar con motivo de esta mejora a $500.000.00, como precio actual, cuando conforme al porcentaje debió condenar a $350.000.00 (fl. 20 flc. c. 7).

"Errores manifiestos y trascendentes de hecho -sigue el censor- en la apreciación de la fundamentación del dictamen en cuanto a la 'mejora de café' (fl. 32 y 37 vto. c. 5A)".

"Para señalar el guarismo de $37.329.600.00 asignado a esta mejora, los peritos dijeron: 'El número exacto (sic) del café plantado por Nury Cuesta Angel es de 46.662

árboles, a razón cada uno de $800.00, para un gran total de $37.329.600.00' (fl. 32 fte. c. 5A).

"Habiendo aclarado:

'Como base para determinar el número de árboles existentes, tuvimos en cuenta las distancias de metros entre cada cafeto, y desde luego la extensión de tierra que éstos ocupan, la edad de los mismos, pues es muy conocido, por el estado de fertilidad del árbol, lo vivo de sus hojas, la demostración (sic) de sus cosechas y por consiguiente la edad lo demuestra en sus brazos que deja cada año una huella de su cosecha. Además, personas que conocen de la plantación del café existente, se nos informó la edad de sembrado. Y en cuanto a la base del precio por unidad, es muy conocido, se tuvo en cuenta la fertilidad del terreno, ubicación de mismo, estado de la planta y la producción que éste ha arrojado y que arrojará" (fl. 37 vto. cuad. 5A), ya que no apreció el *ad quem* que los peritos no señalan cuáles son "las distancias de metros entre cada cafeto", ni señalan cuál es "la extensión de tierra que éstos ocupan", parámetros sin los cuales es absolutamente imposible tener por fundado el dictamen en esta mejora, con que ahí radica el capricho y exabrupto en la cantidad de cafetos fijada por los peritos, pues realmente no existe ni la mitad de los "exactamente" dichos.

No apreció el *ad quem* que por ninguna parte del dictamen y su aclaración aparece señalada la extensión ocupada por las mejoras de café, que no puede ser la misma extensión de la finca, porque en la finca litigiosa hay muchas otras mejoras que ocupan gran espacio, y la extensión de la finca no se midió en el proceso ni por los peritos.

No apreció el *ad quem* que no habiéndose señalado la distancia exacta entre cafeto y cafeto, ni siquiera la distancia promedia, ni habiéndose establecido ni en el proceso ni en el dictamen la extensión de la finca, y ni siquiera la extensión del terreno cultivado con la mejora de café del demandante era absolutamente imposible "justificar" o "fundar" el caprichoso guarismo señalado absurdamente como "número exacto" (sic) de cafetos: 46.662. ¿De dónde salió el extraño o irreal guarismo de 46.662 cafetos?

No apreció el *ad quem* que los peritos no señalan la "fertilidad del árbol", ni la clase de cafetos que conforman la mejora, si caturra, nacional, borbón, etc. (clases de cafetos que tienen peculiaridades agrícolas diferentes, como producción, cuidados, etc.) ni señalan la "demostración de sus cosechas" (si se han conservado bien o mal los árboles después de las cosechas, ni la calidad de las cosechas, ni del clima, ni del terreno, etc.(ni señalan qué huellas han dejado las cosechas, ni la característica de huellas, ni su duración y afectación del cafeto, ni su correspondencia con la edad del cafeto, ni el parámetro para establecerla, ni qué personas les dijeron la edad de los cafetos (para poder llamarse a confrontar la afirmación, o establecer motivos de tacha o sospecha).

No apreció el *ad quem* que si los cafetos fueron sembrados "entre los años de 1979 a 1980, para comenzar a producir a partir de 1981" (fl. 32 fte. c. 5A) se incurrió en crasa falsedad, pues es un hecho notorio, *a fortiori* en Colombia y la región cafetera de Caldas, que el cafeto no empieza a producir sino a partir de dos años de sembrado.

No apreció el *ad quem* que, por el contrario de lo afirmado (que no fundamentado) por los peritos, lo que es muy conocido es que el precio unitario del cafeto en plena producción y óptima fertilidad es máximo de $300.00, siendo lo corriente que su precio

oscile entre $200.00 y $250.00, principalmente alrededor de $250.00, pero jamás la fantasiosa o irreal cifra de $800.00 por cada cafeto, jamás, y muchísimo menos para la época de septiembre de 1989 en que se rindió el dictamen y su aclaración.

No apreció el *ad quem* que para la época en que los peritos avaluaron los cafetos, éstos tenían los frutos a recolectar en la denominada "cosecha de octubre" (el dictamen fue en septiembre) que es la mejor cosecha en todo Caldas y en la región de ubicación del predio, por lo que el precio señalado a cada cafeto no fue el precio real sino aparente, aumentado indebidamente por los frutos por percibir inmediatamente. Es decir, para precisar el valor de cada cafeto los peritos debieron distinguir la mejora *per se*, sin atención a la mejora con sus frutos al momento del dictamen, de lo contrario sería harto fluctuante el precio de una mejora agrícola, contra toda realidad.

No apreció el *ad quem* que la "fertilidad del terreno" en que está la mejora no es un factor intrínseco de la mejora, ya que ésta tiene su propio valor por los costos de incorporación o plantación y otro es el valor adquirido por la mejora como valorización. Es decir, uno es el valor de la mejora según las expensas invertidas, y otro el valor de la mejora según "la valorización" adquirida... No apreció el *ad quem* que nada de esto especificaron los peritos y, por el contrario, confundieron las expensas y costos de la mejora en sí misma considerada, con el mayor valor o valorización adquirido por la mejora. La confusión de los peritos queda clara cuando dicen que "se tuvo en cuenta la fertilidad del terreno, ubicación del mismo, ya que éstos son factores determinantes de la valorización o mayor valor adquirido por la mejora, pero no son factores que señalan las expensas o costos de plantación de la mejora".

No apreció el *ad quem* que los peritos no señalaron los factores determinantes de "ubicación" del terreno donde están plantadas las mejoras (como las características de la región: si es una región pacífica, o no, si hay buen ambiente cafetero, si hay problemas para la administración y usufructo de las fincas cafeteras, si es rentable la actividad cafetera de la región, etc.; o si por el contrario hay problemas de orden público, guerrilla y delincuencia común que resten valor a las mejoras, y aún a su valorización; si hay buena demanda o falencia de compra de fincas cafeteras, etc.).

No apreció el *ad quem* que los peritos no señalaron la factibilidad productiva y de duración de la mejora, con que si tiene escasa actividad de producción para el futuro y su duración es ya muy poca, entonces será muy escaso y aun nulo.

No apreció el *ad quem* que los peritos no clasificaron la mejora según las variedades de café (borbón, nacional, caturra, etc.) pues el precio de cada cafeto depende principalmente de la clase o variedad a que pertenezca.

"Errores manifiestos y trascendentes de hecho -prosigue el censor- en la apreciación de la fundamentación del dictamen en cuanto a la mejora del 'Acondicionamiento de energía eléctrica' (fls. 32 fte. y 38. c. 5A).

"En el punto dijeron los peritos:

'El acondicionamiento de la energía eléctrica tiene un costo de $500.000.00 por las siguientes razones: el costo de la matrícula que se debe cancelar en la empresa no es inferior a los $90.000.00, la mano de obra en la instalación tanto de los postes, el valor

de la construcción de las torres de hierro, cable y accesorios para lo interno de las instalaciones de habitación y montajes de la finca, lo mismo que el valor del contador' (fl. 32 fte y vto. cuad. 5A)".

Y luego de transcribir lo dicho por el *ad quem* en punto a este rubro, señala el recurrente:

No apreció el *ad quem* que no se probó en el proceso que esta mejora la hubiera realizado el demandado, pues el mero hecho de ubicarse su instalación "durante el lapso en que el bien ha estado en su poder" (del demandado) no es suficiente para demostrar que fue realizado a expensas del demandado; *a fortiori*, si se tienen en cuenta que en Caldas es frecuente que la Federación de Cafeteros asuma los costos de electrificación, carretera y acueducto de las fincas cafeteras (o cuando menos en su mayor parte de costos), lo que es hecho notorio exento de prueba, artículo 177, inciso 2, C. de P.C.; ni menos cuando se tiene presente que los peritos tampoco fundaron su dictamen en cuanto a los parámetros tenidos en cuenta para señalar la edad de esta mejora.

No apreció el *ad quem* que los peritos no señalaron "el costo de la matrícula que se debe cancelar en la empresa", no bastando con señalar que "no es inferior a los $90.000.00" (no mencionan a qué empresa debe pagarse dicha matrícula, ni cómo saben su precio, ni su forma de pago, ni el costo auténtico que tuvo la matrícula, ni siquiera saben si existe dicha matrícula sino que la "suponen ni saben sus datos, ni su número, ni quien figura como propietario, etc.).

No apreció el *ad quem* que los peritos no señalaron el costo de "la obra de mano en la instalación de los postes" (no mencionan ni los jornales, ni los trabajadores, ni el precio o salario que debió pagarse, ni el tiempo requerido; ni cuántos postes se usaron, ni su precio, ni su calidad y estado actual, ni quién realizó los gastos).

No apreció el *ad quem* que los peritos no señalaron "el valor de la construcción de las torres de hierro, cables, accesorios para lo interno de las instalaciones de habitación y montajes de la finca, lo mismo que el valor del contador (no mencionaron cuántas torres de hierro se utilizaron, ni su calidad y estado actual, ni su costo, ni quién las pagó, ni sus dimensiones; ni cuántos cables y accesorios, ni su precio, ni su calidad, y estado actual, ni su resistencia y dimensiones, ni su extensión; ni qué componen los accesorios, ni su cantidad, ni su calidad y estado actual, ni su precio, ni quién los costeó).

Siguiendo con los yerros que se le achacan al dictamen pericial, está la objeción que se le hace a la mejora de "Apertura de carretera" (fls. 32 vto. y 33 vto. y 38 fte. cuad. 5A).

"En el punto dicen los peritos:

"La carretera por trabajo que requiere, máxime que ha sido construida a mano de obra, tiene un costo de $500.000.00 (fl. 32 vto. c. 5A).

"Aclarando que:

"Medimos la totalidad del recorrido de la carretera y dio una extensión de 130 metros, por 3 de ancho, y el material, empleado es balasto y fue abierta a pico y pala, posee además obras para el recorrido de aguas lluvias" (fls. 37 vto. y 38 fte. c. 5A).

Y tras citar lo dicho por el Tribunal en relación con este punto, seguidamente expresa el censor:

No apreció el *ad quem* que no se probó en el proceso que esta mejora la hubiera realizado el demandado, pues el mero hecho de ubicarse su instalación "durante el lapso en que el bien ha estado en su poder" (del demandado) no es suficiente para demostrar que fue realizado a expensas del demandado; *a fortiori*, si se tienen en cuenta que en Caldas es frecuente que la Federación de Cafeteros asuma los costos de electrificación, carretera y acueducto de las fincas cafeteras (o cuando menos en su mayor parte de costos), lo que es hecho notorio exento de prueba, artículo 177, inciso 2, C.P.C.; ni menos cuando se tiene presente que los peritos tampoco fundaron su dictamen en cuanto a los parámetros tenidos en cuenta para señalar la edad de esta mejora.

No apreció el *ad quem* que los peritos no determinaron el "trabajo que requiere" dicha mejora (no mencionan ni la calidad, ni la cantidad, ni la dificultad, ni la facilidad, ni su costo).

No apreció el *ad quem* que los peritos no determinaron la "mano de obra" que requirió la carretera (no mencionan ni la cantidad, ni la calidad,ni el costo de la mano de obra).

No apreció el *ad quem* que los peritos sí midieron la carretera, pero con evidente contradicción: primero dijeron que medía 120 metros (fl. 31 vto.) y luego dijeron que medía 130 metros (fl. 38 fte. cuad 5A).

No apreció el *ad quem* que los peritos no determinaron los materiales usados, habiendo dicho apenas que "el material empleado fue balasto" (sin que mencionen la calidad del balasto, ni la cantidad; si es balasto grande o redondo, estorbará y rodará, causando perjuicio en lugar de mejora; ni su precio, ni los costos de su acarreo).

No apreció el *ad quem* que los peritos no determinaron por qué razón dijeron que la carretera "fue abierta a pico y pala" (no mencionan quién les informó tal dato, o cómo lo supieron o dedujeron, ni los costos, ni la duración del trabajo).

No apreció el *ad quem* que los peritos no determinaron "las obras para el recorrido de aguas lluvias" de la carretera (no mencionan ni la cantidad, ni la calidad, ni los materiales en que están construidas las obras, ni su tamaño, ni su capacidad de drenaje, ni su estado actual ni sus costos).

No apareció el *ad quem* que los peritos no determinaron la calidad de la carretera, ni su estado de conservación y servicio, ni su topografía.

Precisando los yerros fácticos, en cuanto a la mejora de "engrandecimiento de la casa" (fl. 33 vto. cuad. 5), el casacionista señala:

"En el punto dicen los peritos:

"El engrandecimiento de la casa de habitación tiene un costo de $195.000.00 distribuidos así: valor construcción de la pieza adicional $170.000.00, valor arreglo general de la casa $100.000.00, y el valor de la construcción de la pesebrera $25.000.00 (fl. 32 vto. cuad. 5A).

"Al acoger esta mejora dijo el *ad quem*:

"También pagará el demandante mejoras que el demandado le efectuó a la casa de habitación con una inversión de $195.000.00 moneda corriente (fl. 20 fte. cuad. 7).

No apreció el *ad quem* que los peritos no determinaron por qué razón hablan de "una pieza adicional" (no mencionan quién la construyó, ni la época, ni los parámetros para su fijación o datación (sic), ni el costo de los materiales, ni el costo de la mano de obra).

No apreció el *ad quem* que los peritos no determinaron en qué consistió "el arreglo general de la casa" (no mencionan qué arreglos se hicieron, ni su calidad, ni su duración, ni el precio de los materiales y la mano de obra, ni la época).

No apreció el *ad quem* que los peritos no determinaron "la construcción de la pesebrera" (no mencionan ni su dimensión, ni sus materiales, ni su calidad, ni la mano de obra requerida y su precio, ni quién la construyó, ni la época.

Y en orden a demostrar el yerro fáctico que se enrostra en la apreciación al dictamen pericial en el punto relacionado con la "mejora de construcción de los beneficiaderos del café" (fls. 32 vt. y 38 frente. cuad. 5A), se dan estas razones:

"En el punto dijeron los peritos:

"Los beneficiaderos del café, que consisten en las instalaciones con sus correspondientes accesorios, se avalúan en la suma de $900.000.00, que se distribuyen así: Valor construcción total de la edificación $720.000.00, valor motor $100.000.00 y valor máquina despulpadora $80.000.00" (fl. 32 vtos. cuad. 5A).

Aclarando:

"El valor que le hemos dado a los beneficiaderos del café, que es de $900.000.00, es con el precio actual" (fl. 38 fte. c 5A).

"Para acoger la mejora y su precio dijo el *ad quem:*

"Igual ocurrirá con el costo que tuvieron los beneficiaderos para el procesamiento del café recolectado, con un costo total de $900.000.00, incluyéndose allí el precio de la edificación, del motor y de la máquina despulpadora" (fl. 20 fte. cuad. 7)".

No apreció el *ad quem* que los peritos se limitaron a fijar unos guarismos caprichosos como valor de la mejora, sin determinar ni medio fundar su valor, pues la descripción de la mejora con sus dimensiones (fl. 31 vto. cuad. 5A) no es ni remotamente "fundamentación" del guarismo (cualquier persona normal puede describir y medir una construcción, pero no cualquier persona sabrá determinar en sí su precio).

No apreció el *ad quem* que los peritos no determinaron el precio de los materiales, ni su calidad, ni su estado actual, ni la mano de obra requerida para su construcción, ni el estado actual de la mejora.

No apreció el *ad quem* que los peritos no determinaron el estado actual del motor, ni su funcionamiento, ni su antigüedad (si no sirve no es mejora).

No apreció el *ad quem* que los peritos no determinaron el estado actual de la máquina despulpadora, ni su funcionamiento, ni su antigüedad (si está dañada o reparable no es mejora).

Por último y refiriéndose al error de hecho "en la apreciación del dictamen y su fundamentación en cuanto a la mejora de 'renovación del plátano (y guineo) y construcción de un tanque auxiliar" (fls. 32 vto. y 38 fte. cuad. 5), sostiene el impugnante.

"En el punto dijeron los peritos:

"Así mismo se deben tener en cuenta el valor equivalente a la construcción de un tanque auxiliar construido en adobe revocado de 1.50 por 1.50 por valor de $20.000.00; como también la renovación de las plantaciones de plátano y guineo desde 1976, lo que se avalúa en la suma de $200.000.00" (fl. 32 vto. cuad. 5A).

"Aclarando que:

"En cuanto a las mejoras de plátano, lo hicimos globalmente, pues existe poca cantidad de plátano y guineo en todo el terreno" (fl. 38 fte. cuad. 5A).

"Para acoger el precio de esta mejora dijo el *ad quem*:

"Se reconocerá como mejora a favor del demandado la suma de $220.000.00 discriminados así: $20.000.00 como valor de un tanque auxiliar y $200.000.00 que corresponden a la plantación de plátano y guineo..." (fl. 20 fte. c. 7).

No apreció el *ad quem* que los peritos no señalaron ni un solo fundamento, ni una sola pauta para la especificación y valorización de esta mejora.

No apreció el *ad quem* que los peritos no determinaron ni la cantidad, ni la calidad, ni la variedad, ni el estado actual, ni los costos de plantación de la mejora de plátano y guineo.

No apreció el *ad quem* que los peritos no determinaron qué unidad métrica usan en la medida del tanque auxiliar (a que la medida de "150 por 150" jamás sirve, por lo menos no en lo que es conocido, para especificar un tanque) ni su estado actual, ni los costos de los materiales, ni la obra de mano requerida para su construcción, ni la destinación de esta mejora.

11. Pasando a otro medio probatorio, dice el censor que existieron errores manifiestos y trascendentes de hecho en la apreciación de la inspección judicial (fl. 27 y 28 cuad. 5A) en relación con el dictamen pericial, por cuanto no apreció el *ad quem* que en ella recorriose "la totalidad de la finca, la cual coincide con el hecho 1° de la demanda" (fls. 28 fte. c. 5A), por lo que es irrecusable que lo constatado en dicha inspección judicial es lo que legítimamente debe ser punto de partida para el examen de la fundamentación del peritazgo discutido.

No apreció el *ad quem* que en la inspección judicial constatóse que la finca "tiene una extensión de veintinueve hectáreas más o menos" (fl. 27 fte. cuad. 5A) y no en forma exacta, por lo que no era posible, era imposible que tomando una extensión "más o menos" aproximada, se pudiera fijar por los peritos el "número exacto de 46.662" cafetos en relación de la distancia entre cafetos y dicha extensión "más o menos", como lo hicieron los peritos con yerro fáctico ostensible extensible al *ad quem*, por supuesto.

No apreció el *ad quem* que en la inspección judicial constatóse que "la finca se encuentra cultivada... y dos lotes pequeños en caña" (fl. 28 fte. cuad. 5A); "lotes

pequeños en caña" que no fueron ni remotamente mencionados por los peritos en su dictamen, con yerro fáctico ostensible en la fijación del "número exacto de 46.662" cafetos ya que no era posible calcularlo en relación de su distancia (entre cafeto y cafeto) y de la extensión de la finca si no se excluía de dicha extensión el terreno ocupado por estos "dos lotes pequeños de caña" lo que ni por asomo hicieron los peritos.

No apreció el *ad quem* que en la inspección judicial constatóse que "existen tres lotes pequeños de café viejo que tiene más de 16 años, café que fue recibido del anterior dueño cuando Nury Cuesta compró esta propiedad" (fl. 28 fte. cuad. 5A); por lo que tampoco apreció que los peritos no podían determinar el "número exacto de 46.662" cafetos, en consideración a la distancia entre cafeto y cafeto y a la extensión de la finca, pues necesariamente debieron excluir de esta extensión el espacio ocupado por los "tres pequeños lotes de café viejo" (además de los "dos lotes pequeños de caña" lo que ni por asomo hicieron los peritos con yerro fáctico ostensible que se extendió incluso el *ad quem*).

No apreció el *ad quem* que en la inspección judicial constatóse que en la mejora del "beneficiadero para el café "existe" una máquina despulpadora de cuatro chorros "y un motor de un caballo de fuerza" (fl. 28 fte. *in fine* c. 5A), por lo que tampoco apreció contradicción en el peritazgo discutido cuando dicen los peritos que en dicho beneficiadero para el café "había una máquina despulpadora de 3 chorros, con motor de 1/2 caballo "cuando en la inspección judicial se constató que la despulpadora era de 4 chorros y el motor de 1 caballo".

12. Particularizando el yerro de hecho por preterición del dictamen pericial rendido por Gabriel E. Carmona López y en relación con el dictamen pericial discutido, asevera el casacionista:

Pretirió totalmente el *ad quem* que por petición del mismo demandado se practicó este dictamen pericial avaluador de la integridad de la finca litigiosa para la época del 29 de agosto de 1988, incluyendo el terreno y las mejoras viejas (del demandante) y las mejoras nuevas (del demandado).

Pretirió totalmente el *ad quem* que este dictamen no fue objetado ni solicitado en aclaración y que adquirió firmeza, siendo acogido por el Juzgado Municipal de Riosucio y por el Juzgado Civil del Circuito de Riosucio (fls. 16 a 20 y 48 c. 2).

Pretirió totalmente el *ad quem* que este dictamen está debidamente fundamentado, y se pagaron oportunamente los honorarios periciales (fls. 14 y 15 cuad. 2).

Pretirió totalmente el *ad quem* que este perito no se limitó a transcribir los linderos del inmueble litigioso señalados en la promesa de compraventa y en la demanda (transcripción *ad literam* que sí hicieron los peritos del dictamen discutido, y aún el *a quo* en la inspección judicial: folios 27 a 28 cuaderno 5A en consideración a que ésta se practicó en asocio de aquéllos, sino que el perito recorrió todos los linderos y los actualizó (fl. 11 cuad. 2).

Pretirió totalmente el *ad quem* que el primer dictamen avaluó la integridad de la finca litigiosa en la suma razonable y real de $10.650.000 para el 29 de agosto de 1968, esto es 12 meses y 9 días antes del dictamen discutido.

Pretirió totalmente el *ad quem* que sí para el 29 de agosto de 1988 la integridad de la finca litigiosa valía $10.650.000.00, es absolutamente imposible e irreal que 12 meses y 9 días después una parte de dicha finca, las mejoras nuevas del demandado (sin las mejoras viejas del demandante y sin el terreno) vaya a valer la exorbitante y fantasiosa suma de $40.144.160.00 (como sentenció el *ad quem* con yerro fáctico ostensible) o la cifra de $43.144.600.00 (como dictaminaron los peritos con yerro de despropósito insitado)... con que en ambos casos se avaluó exactamente esto: allí, por el primer perito, la integridad de la finca, aquí por los peritos del dictamen discutido, las meras mejoras del demandado, sin que entre el primero y el segundo dictamen se hubiera plantado, ni edificado, ni una sola mejora en la finca, ni acontecido una superdevaluación monetaria ni nada parecido. ¿Cómo explicar que una finca que valía en 29 de agosto de 1988 la cifra de $10.650.000.00 apenas 12 meses y 9 días después valgan la meras mejoras nuevas (sin incluir las mejoras viejas y el terreno) $40.144.160.00 o aun $43.144.600.00? habida consideración que entre uno y otro dictamen no hubo variación en ninguna de las mejoras de la finca.

Pretirió totalmente el *ad quem* que el primer dictamen fue debidamente fundamentado, relacionado armónicamente la extensión de la finca, su topografía, sus cultivos, su estado general, actual, su producción de café, su carretera y demás obras de infraestructura, la parte improductiva de la finca, la no del terreno para el cultivo del café (no hay que olvidar que la región de Riosucio no es óptima para el cultivo de café, la ubicación de la finca en zona marginal, etc., todo lo cual sí hizo del primer dictamen un buen peritazgo.

Pretirió totalmente el *ad quem* que este primer dictamen demostró que la finca cuenta aproximadamente con una cuadra de tierra improductiva, ya que ahí permanece una laguna (fl. 12 cuad. 2); preterición que lo llevó a no apreciar que era imposible que los dos peritos del dictamen discutido determinaran el "número exacto de 46.661 cafetos con base en el cálculo de la distancia entre cafeto y cafeto y la extensión de la finca.

Pretirió totalmente el *ad quem* que este perito determinó debidamente el hectaraje de la finca en relación directa con la calidad de los cultivos plantados, especificando las edificaciones, para armonizar mejor sus precios, habiendo dicho "cómo la finca en mención, en una parte, desmerece su valor por el estado general de los cultivos, no ser sus suelos óptimos para la siembra de café, tratarse de zona marginal, el avalúo del hectaraje varía un poco y así lo haré al entrar a determinar el valor de la finca, incluyendo obviamente las construcciones, etc (fl. 12 cuad. 2).

13. Respecto del error de hecho en la valoración del testimonio de Octavio Giraldo Giraldo, asevera la censura:

"Este declarante dijo:

"Yo hice un contrato con don Nury de sembrarle cuarenta mil árboles de café, esto hace más de diez años. Yo sembré solamente café, de la casa para arriba había unos potreros o mejor estaba cercado y rastrojo, y de la casa para abajo había pasto malo, todo eso se tumbó y se sembró café... sobre este negocio no sé más, solamente sembré cuarenta mil palos de café" (fl. 25 v. cuad. 5A).

"Para lo cual dijo el *ad quem*:

"Corroborando la existencia de las mejoras, declara Octavio Giraldo Giraldo. Fue este individuo quien por contrato realizado con el demandado, plantó 40.000 árboles de café hace diez años aproximadamente (fl. 19 fte. cuad. 7)".

No apreció el *ad quem* que este testimonio no es responsivo, pues se limita a mencionar el número de 40.000 cafetos sembrados, sin que especifique la clase o variedad de cafetos (si nacional, borbón, caturra, etc.), ni la modalidad del contrato (ni su precio, ni la duración de la siembra), ni de dónde "salió" (esa cantidad de cafetos, ni si los sembró él solo o con qué otros trabajadores) ni cómo supo exactamente que ésa era la cantidad de cafetos (si los contó o si le dijeron que ése era el número, si los calculó y cómo).

No apreció el *ad quem* que, no empece lo anterior, si bien el testigo menciona la cantidad de 40.000 cafetos, ha de entenderse -cuando más- esta cantidad para el tiempo en que dice haberlos sembrado (más de 10 años antes de su declaración rendida en agosto de 1989); lo que jamás puede dar lugar a que se tengan por existentes los mismos 40.000 cafetos para la fecha del dictamen pericial discutido. Es decir, si en 1979 o antes se sembraron 40.000 cafetos, no por esto puede colegirse que en septiembre de 1989 (fecha del dictamen discutido) existían los mismos 40.000 cafetos y muchísimo menos puede decirse que existían 46.662 cafetos en "número exacto" como fantasean caprichosamente los peritos.

No apreció el *ad quem* que aunque si hubieran sembrado 40.000 cafetos en 1979 por el declarante, por la época del dictamen discutido ningún testigo dice qué número de cafetos existía, ni las pautas del dictamen permiten señalar el "número exacto" de cafetos en cifra de 46.662.

No apreció el *ad quem* que para la fecha del dictamen discutido el número de cafetos no podía ser siquiera de los 40.000 que dice haber sembrado el testigo, porque es suficientemente sabido que en toda siembra de muchos cafetos mueren varios, algunas veces cientos y miles sin desarrollarse ni llegar a producción.

Consideraciones de la Corte

"Es verdad consagrada la de que uno de los requisitos sine qua non, *tiene dicho la Corporación, que debe ofrecer todo dictamen pericial para que pueda ser admitido como prueba de los hechos sobre que versa, consiste en que sea debidamente fundamentado; y que compete al juzgador apreciar con libertad esta condición, dentro de la autonomía que le es propia, no obstante que el dictamen no haya sido materia de tacha u objeción de las partes en el traslado correspondiente..." (sentencia de 5 de abril de 1967).*

Así mismo, dijo la Corporación que "el concepto emitido por el Tribunal en sentencia y la acusación al respecto y de que se acaba de hacer mérito, plantea de nuevo el problema que sobre el particular tiene ya resuelto la Corte y que además ha sido estudiado ampliamente por los doctrinantes, a saber: Hasta dónde vincula al juzgador un dictamen pericial. La fuerza vinculante de un experticio, en todo caso, y que obligue al juzgador a someterse a aquél sin discriminación de ninguna especie, no ha sido aceptada nunca por los expositores ni por nuestra legislación. De ahí en ésta la

existencia de los artículos 722 y 723 del Código Judicial (actualmente la regla 241 del C. de P.C.) que no sólo permite sino autorizan el análisis y valoración de los fundamentos de un dictamen; esas normas dan al juzgador amplitud de juicio y de criterio para fijar en cada caso el valor de un peritazgo, sin estar forzado nunca a admitirlo o rechazarlo mecánica o ciegamente. En sentencia publicada en la Gaceta Judicial número 1935 y citada por el fallador, dijo la Corte.

'No se establece en estos artículos 722 y 723 del Código la imperativa aceptación mecánica por parte del juez del dictamen uniforme de los peritos... con la sola condición de estar explicado y fundamentado, sino que es indispensable que esté debidamente fundamentado. En la apreciación de esta última condición, que es la esencia de la prueba pericial, es donde tiene oportunidad y manera de justificarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado debidamente. Apenas vale advertir que el juicio sobre estas calidades o requisitos del dictamen, corresponde exclusivamente al juez, quien las reconoce o niega, para aceptar o negar fuerza probatoria al dictamen de los peritos'.

"Y justificando la razón de ser en la prueba pericial dijo:

'Es la natural imposibilidad de que el juez posea conocimientos universales y en cantidad y calidad adecuadas sobre las múltiples materias, algunas de gran complejidad técnica, que se someten a su decisión jurisdiccional, al verdadero fundamento filosófico y jurídico de la institución de la prueba de peritos, mediante la cual el sentenciador alumbra sus decisiones y juicios con el examen y concepto que personas técnicas realizan sobre determinadas cuestiones de hecho que requieren la sistematización de conocimientos especiales para su comprensión y dominio. El perito es pues un auxiliar técnico del juez. Sus conclusiones o dictamen de acuerdo con la naturaleza sui generis *de sus funciones, y como lo tiene consagrado la doctrina jurídica universal, constituyen datos o elementos de juicio aprovechables por el funcionario del Poder Judicial en la medida que encuentre aceptables los fundamentos en que se apoyan las conclusiones a que lleguen que en todo caso deben expresar con precisión, exactitud y claridad' (sent. 9 de mayo de 1938, G.J. Tomo XLVI, núm. 1935, págs. 421 y 22, sent. 17 agosto 1944, G.J. Tomo 57 pág. 533).*

Ahora bien. Como la prueba fundamental de la condena a favor del demandado y de que trata la sentencia impugnada se ha hecho descansar en el dictamen pericial rendido por los señores Esteban Alfonso Trejos y Jairo Quintero junto con su complementación, y que obra a folios 31 a 33 y 37 a 38 del cuaderno número 5A, al examen de dicho medio probatorio, procede la Corte.

Acerca del primer punto dicen los peritos:

"El acondicionamiento del agua; en nuestra condición de peritos, consideramos que esa agua tiene un valor precioso, pues sin esa agua no se podía obtener una producción buena y adecuada de esa empresa cafetera; según nuestro concepto esa agua es la que valoriza la propiedad y la que estimamos en $8.500.000.00, en donde se incluyen además todas las instalaciones que componen ese servicio... Y tuvimos como base dos puntos: el primero el valor de los materiales destinados para dicha obra que comprende tres tanques para almacenar agua, manguera de PVC y tubería galvanizada

y obra de mano, cuyo valor asignado fue de $500.000. Y el segundo el valor que con esa agua se le dio a la propiedad: vale decir, con esta servidumbre la finca valorizó en un 90%, lo que permitió que la actual empresa cafetera tenga un costo apreciable; pues sin ella y con el agua que la finca poseía anteriormente no se hubiere podido mejorar, claro está que los pocos cultivos que existían anterior a la instalación del agua, difícilmente se beneficiaban por lo escaso del agua. Recordamos un dicho muy acertado por cierto de los antiguos antioqueños "vale lo que vale una finca sin agua" nada, eso hubiera podido pasar sin esa agua. Por ello le asignamos como precio por el valor la suma de $3.000.000.00, para un gran total de $3.500.000.00 con las mejoras incluidas".

Pues bien. El concepto pericial así rendido, adolece de la fundamentación que exige el artículo 241 del C. de P.C., por esto:

a) No explican los auxiliares de la justicia el costo de cada uno de los materiales que se emplearon en la construcción de los tanques; menos mencionan el establecimiento comercial o la persona que les suministró el valor de cada uno de ellos, ni aún precisan el costo de la mano de obra. Además no especifican la clase de materiales que se utilizaron en la construcción de ellos. Y respecto de la valorización del inmueble por esa mejora y en la cuantía estimada, independientemente de su concepto personal, no justifican ese renglón con documentos de entidades de catastro, del departamento de valorización municipal, o de otra entidad encargada de esos menesteres.

En relación con el segundo punto manifiéstan los expertos:

"El número exacto de café plantado por Nury Cuesta Angel es de 46.662 árboles a razón cada uno de $800.00 para un gran total de $37.329.600 ... Y como base para determinar el número de árboles existentes tuvimos en cuenta las distancias de metros entre cada cafeto, y desde luego la extensión de tierra que éstos ocupan; la edad de los mismos, pues es muy conocido, por el estado de fertilidad del árbol, lo vivo de sus hojas, la demostración de sus cosechas y por consiguiente la edad lo demuestra en sus brazos que deja cada año una huella de su cosecha. Además personas que conocen la plantación del café existente, se nos informó la edad del sembrado. Y en cuanto a la base del precio por unidad, es muy conocido, se tuvo en cuenta la fertilidad del terreno, ubicación del mismo, estado de la planta y la producción que esté a (sic) arrojado y que arrojará".

Respecto del planteamiento de los peritos, se precisa:

a) Dicen éstos que el número exacto plantado es de 46.662 árboles a razón de $800.00 cada uno para un gran total de $37.329.600. Empero es patente cómo se abstienen de señalar cuál fue la ciencia auxiliar que utilizan para poder precisar con certeza, que en la extensión del terreno no mencionan -se pueden plantar el número exacto de árboles que indican, y que siendo igual la distancia entre cafeto y cafeto- la cual tampoco sea posible llegar también a igual conclusión numérica. Fuera de lo dicho, no precisan la clase o calidad del café que justiprecian, el tiempo que lleva el producto en siembra, ni las informaciones recibidas de las entidades encargadas de exportar el producto, o de los establecimientos de comercio a que se dedican a la compra y venta, acerca de su posible valor real. Además no señalan la calidad de las tierras, el número de cosechas en el tiempo, la cercanía del inmueble a la capital, ni la mayor o menor dificultad para la recolección de él

En el punto c) exponen los expertos: "El acondicionamiento de la energía eléctrica tiene un costo de $500.000.00 por las siguientes razones; el costo de la matrícula que se debe cancelar en la empresa no es inferior a los $90.000.00; la obra de mano en la instalación tanto en los postes, el valor de la construcción de las torres de hierro, cables y accesorios para lo interno de las instalaciones de habitación y montajes de la finca, lo mismo que el valor del contador"... En lo referente a la energía sí se tuvo en cuenta el transformador, pero no se le dio el valor por cuanto es un elemento de propiedad de toda la vereda o sea de los que se benefician de él en la región a quienes les corresponde comprarlo en caso de daño o pérdida del mismo; valor que deberá ser repartido por partes iguales".

Estima la Sala que no obstante lo dicho por los auxiliares de la justicia, éstos no fundaron debidamente su dictamen por cuanto:

a) Opinan que el costo de la matrícula a cancelar en la empresa no es inferior a $90.000.00. Sin embargo, tratándose como se trata de establecer un hecho que requiere una investigación adicional, en oficinas públicas, omiten señalar que hicieran esa búsqueda. Tocante con los otros factores que se tuvieron en cuenta para estimar en $500.000.00 el valor de acondicionamiento de la energía eléctrica, el dictamen también es infundado, en razón de que los expertos no precisan cuál es el valor de la obra de mano que se causa por la instalación de los postes, así como el de la construcción de las torres de hierro, cable y accesorios. Y omiten señalar también el tiempo que se emplea para la ejecución de la obra.

Y en el punto d) hablan los peritos: "La carretera por trabajo requiere, máxime que ha sido construida a mano de obra, tiene un costo de $500.000.00 y con esta obra da un valor a la propiedad... Medimos la totalidad del recorrido de la carretera y dio una extensión de 130 metros, por 3 metros de ancho y el material empleado es balasto y abierta a pico y pala, posee además obras para el recorrido de aguas lluvias" sin que precisen los expertos, cuál es el costo de la mano de obra que debió pagarse por la construcción de la carretera de que hablan, así como el valor de cada uno de los materiales empleados en ella, ni su calidad. Tampoco dan cuenta de quién les informó que ésta se abrió a pico y pala. Respecto de las obras para el recorrido de las aguas lluvias omiten describirlas.

Sobre el engrandecimiento de la casa de habitación dicen: "el engrandecimiento de la casa de habitación, tiene un costo de $194.000.00 distribuidos así: valor construcción de la pieza adicional $70.000.00, valor arreglado general de la casa $100.000.00, y el valor de la construcción de la pesebrera $25.000.00.

Y como en este justiprecio no explican los peritos, por qué motivo cada una de las obras que describen tiene ese costo individual, es obvio que no satisface las exigencias del artículo 241 del C. de P.C. en orden a su debida apreciación probatoria.

Más adelante expresan: "los beneficios del café que consiste en las instalaciones con sus correspondientes accesorios, se avalúan en la suma de $900.000.00 que se distribuyen así: Valor construcción total de la edificación $720.000.00, valor motor $100.000.00 y valor máquina despulpadora $80.000.00 ... El valor que le hemos dado a los beneficiaderos de café, que es de $900.000.00 es con precio actual..." adolece este concepto igualmente de la fundamentación que exige el artículo 241 del C. de P.C.

Y concluyen: "Así mismo, se debe tener en cuenta el valor equivalente a la construcción de un tanque auxiliar construido en adobe revocado de 1.50 por 1.50 por valor de $20.000.00; como también la renovación de las plantaciones de plátano y guineo desde 1976, lo que se avalúa en la suma de $200.000.00... En cuanto a las mejoras de plátano, lo hicimos globalmente, pues existe poca cantidad de plátano y guineo en todo el terreno".

Y como esta apreciación pericial no satisface las exigencias del artículo 241 del C. de P.C. ya que los expertos no fundamentan su conclusión, con conceptos técnicos o artísticos, adviene la ineficacia de esa estimación pericial.

En cuanto a la diligencia de inspección judicial practicada sobre el inmueble de que trata el presente proceso (fls. 27 a 28 cuad. 5A), es de advertir que si el *ad quem* se hubiere atenido a la fidelidad de los hechos que en ella se dieron por establecidos, en especial sobre estos hechos:

a) Lo relativo a la cabida probable de la finca; b) que ésta se encuentra cultivada en café, plátano y dos lotes pequeños de caña; c) que existen tres lotes pequeños de café viejo que tienen más de dieciséis años, café que fue recibido del anterior dueño, cuando Nury Cuesta compró esta propiedad; d) que en el beneficiadero para el café existe una máquina despulpadora de cuatro chorros y un motor de un caballo de fuerza, no habría acogido el dictamen pericial rendido por los expertos Esteban Alfonso Trejos y Jairo Quintero, en lo concerniente al número exacto de árboles de café existentes en la finca, ni estimado lo dicho por ellos en relación con la máquina despulpadora y el motor de un caballo, cuya descripción equivocada hacen.

Frente al testimonio de Octavio Giraldo Giraldo y cuyo relato en lo esencial de este proceso es como sigue: "Allá habían unos palitos de café, poquitos, de la casa para abajo y para arriba no había café, no puedo decirle cuánto café había, habían cafetales viejos, viejos acabados. Yo hice un contrato con don Nury de sembrarle cuarenta mil árboles de café, eso hace más de diez años. Yo sembré solamente café, de la casa para arriba había unos potreros o mejor estaba cercado y rastrojo, y de la casa para abajo había pasto malo todo eso se rompió y se sembró café", se advierte:

Una de las exigencias del artículo 228 del C. de P. C. es la de que el testigo explique las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ha ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento. Pues bien, en el caso de que se trata, en la recepción del testimonio de Octavio Giraldo, no se dio cumplimiento a esta regla, ya que no se inquirió de éste la información necesaria que permitiera darle credibilidad a su dicho, esto es las circunstancias en que se le contrató, el tiempo que empleó en el siembro de los árboles, si el trabajo lo ejecutó con exclusividad, o con el auxilio de otra u otras personas, si empleó algún sistema para controlar el siembro de esa cifra exacta de árboles, la época tuvo lugar esa siembra, de esa omisión debe seguirse el error de hecho en que incurrió el *ad quem* al estimarlo como tal para los fines de la condena de que trata la sentencia que se impugna.

Ahora bien. Como el dictamen rendido por el experto Gabriel E. Carmona López dentro del incidente de excepciones previas era prueba que no debía atender el *ad quem* para fundar su decisión de segundo grado, en razón de su especificidad para ese sector

del proceso, caso en el cual debía atenerse a la que se rindió posteriormente y sobre la cual versa exclusivamente la impugnación y que a la postre es fundada, síguese que es inoperante hacer cualquier consideración en relación con ese elemento probatorio, ya que la reclamación en nada variaría la naturaleza de la decisión a que aquí se llega, dado que el resultado sigue siendo idéntico al ataque al medio probatorio endilgado sigue próspero.

De modo que como los yerros imputados al dictamen pericial rendido por Esteban Alfonso Trejos y Jairo Quintero, a la diligencia de inspección judicial practicada sobre el inmueble materia del proceso el 10 de agosto de 1989 y al testimonio de Octavio Giraldo Giraldo, son manifiestos y trascendentes, ya que de haberlos palpado el *ad quem* no habría cuantificado en $40.144.600 moneda corriente el valor de las mejoras puestas por el demandado al predio de que se trata, síguese que el cargo está llamado a prosperar.

Como consecuencia de prosperar los cargos 4°, en relación con el quebranto directo del artículo 966, inciso 3, del Código Civil, y el 2° por violación indirecta de las normas sustanciales en relación con la cantidad y el valor de las mejoras, síguese que la sentencia impugnada debe casarse para en sede de instancia proferir la que corresponda.

Pero para dictar sentencia sustitutiva debe decretarse la prueba de peritos para establecer el valor de las mejoras al tiempo por la restitución y el mayor valor del predio en razón de esas mejoras "en dicho tiempo", para lo cual los expertos tendrán en cuenta las pruebas que en la parte resolutiva se indican. Para la práctica de la prueba se comisiona al magistrado que presidió la Sala de Decisión que dictó la sentencia, con facultades para designar los peritos, darles posesión, reemplazarlos si fuere el caso, y recibir el dictamen y remitirlo a este despacho, para lo cual se le confiere el término de treinta (30) días.

Decisión

En virtud de lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia de 12 de diciembre de 1990 dictada en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

En sede de instancia, decreta la siguientes prueba:

Por medio de peritos idóneos, establézcase el valor de las mejoras que Nury Cuesta Angel incorporó en el predio materia del litigio mientras estuvo en su poder, precisando en tal caso cuál sería el valor actual del inmueble en razón de las mejoras y cuál sería el valor de éste sin ellas. Los peritos tendrán en cuenta la inspección judicial practicada al predio mencionado en la demanda y en la respuesta, así como los testimonios pertinentes.

Para la práctica de esta prueba comisiónase al magistrado que presidió la Sala de Decisión que dictó la sentencia casada, con treinta (30) días de término y facultades para nombrar los peritos, darles posesión, señalarles el plazo para dictaminar, reemplazarlos si fuere el caso, recibir la pericia y remitirla a este despacho.

Término probatorio cuarenta (40) días.

SENTENCIA NUMERO 173

INCONGRUENCIA

Esta causal, tiene por finalidad la de enmendar un especial defecto en la sentencia definitiva de instancia, consistente en haberse pronunciado con desconocimiento de las reglas que bajo el título "Congruencia" establece el artículo 305 del C. de P.C. Hipótesis en que se da la causal. Labor que cumple la Corte.

INDICIOS / LITISCONSORCIO NECESARIO - CONFESIÓN / CONFESION - LITISCONSORCIO NECESARIO

Objeto. Autonomía del juzgador en la escogencia de los hechos básicos y la deducción de sus consecuencias. Límites: en cuanto a la prueba de los hechos básicos y respecto del enlace entre el indicio y lo que él se infiere, así como de la pluralidad, gravedad, precisión y correspondencia de éstos y frente a los demás elementos de convicción. Reglas para la correcta utilización de la prueba indiciaria como argumento decisorio en el fallo civil. El debate sobre su exactitud jurídica queda cerrado por lo común en la instancia, a menos de contraevidencia. En tratándose de cuestión litigiosa que haya de resolverse de manera uniforme para todos los litis consortes, cual sucede, cuando existe litis consorcio necesario, los actos que impliquen disposición del litigio y la confesión pueden producir sus efectos si emanan de todos los que integran el consorcio.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - VÍA DIRECTA E INDIRECTA

Maneras como se llega a la violación de la ley sustancial. Cuándo tiene lugar la violación directa y cuándo la indirecta. En la violación directa, al impugnante no le es dado separarse en lo más mínimo de las conclusiones a que en la obligada tarea de determinación de la controversia en sus extremos fácticos llegó el sentenciador en la providencia censurada. Actividad a la cual debe circunscribirse el censor.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: *Carlos Esteban Jaramillo Shloss*

Santafé de Bogotá, D.C, veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992)

Referencia: Expediente número 3345

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 17 de agosto de 1989 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario de mayor cuantía seguido por Mario Mantilla López contra Ana Carmen Neissa de Mantilla y Humberto Murie Martínez.

I. El litigio

1. Mediante demanda presentada el 3 de febrero de 1983, que por reparto correspondió al Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá, Mario Mantilla López, actuando por intermedio de apoderado especialmente constituido para el efecto, entabló proceso ordinario contra Ana Carmen Neissa de Mantilla y Humberto Muriel Martínez para que en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada, se efectúen las siguientes declaraciones principales: Primera. La simulación, y por lo tanto dejarlo sin efecto legal alguno, del contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 1442 de la Notaría 14 de Bogotá y otorgada el 13 de mayo de 1981, contrato por el cual se dice que, a título de venta, Ana Carmen Neissa de Mantilla le transfiere a Humberto Muriel Martínez el derecho de dominio y la posesión que ejerce sobre una casa situada en la diagonal 128C No. 22'31 de Bogotá. Segunda. Como consecuencia de lo anterior: Se condene a la demandada a perder su cuota o porción en el inmueble indicado en la petición anterior; se comunique lo dispuesto al Juez 13 Civil del Circuito de Bogotá donde se tramita el proceso de separación de bienes del actor y la demandada; se declare que el inmueble referido deja de pertenecer al demandado Muriel Martínez y pasa a ser propiedad del demandante; se orden al Notario 14 de Bogotá la cancelación de la escritura pública citada; se ordene al Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá la cancelación de la inscripción correspondiente y el registro de la propiedad a nombre de Mario Mantilla López; se condene al demandado Muriel Martínez y a sus causahabientes a cualquier título a que le restituyan al actor el inmueble objeto de esta demanda; se condene a los demandados en forma solidaria al pago de los frutos producidos por el inmueble a los que hubiere podido producir mediante una adecuada administración desde el 13 de mayo de 1981 hasta el día de la entrega real y material del inmueble al demandante; y, "que para todos los efectos legales los demandados sean considerados como poseedores de mala fe".

Como peticiones subsidiarias el actor formuló las siguientes: a) Que se declare nulo, de nulidad absoluta por objeto ilícito, el contrato de compraventa a que se hizo referencia en las peticiones principales, y se dispongan las restituciones recíprocas del

caso, ya que dicha venta tuvo lugar cuando el inmueble se encontraba aún embargado, y b) Que se declare la rescisión por lesión enorme del contrato de compraventa ya señalado.

A su vez, la demanda expone como hechos fundamentales los que enseguida pasan a compendiarse:

a) El 29 de abril de 1961 el actor contrajo matrimonio con Ana Carmen Meissa Rojas. En vigencia de la sociedad conyugal formada entre ellos, con dineros aportados por Mario Mantilla se compró a la sociedad Metropolitan Supply Company Limitada por medio de la escritura pública número 13 de 10 de enero de 1975 de la Notaría 5ª de Bogotá, el lote de 400 mts2 con un área construida de 202.64 mts2 ubicado en el número 22-31 de la diagonal 128C de esta ciudad, inmueble que por mutuo acuerdo quedó a nombre de la esposa, hoy demandada, como consta en el folio de matrícula inmobiliaria distinguido con el número 050-0276487;

b) Sobre el mismo inmueble la señora Neissa de Mantilla, por medio de la escritura número 14 corrida en la misma fecha y Notaría, constituyó a favor de la Corporación de Ahorro y Vivienda "Las Villas" hipoteca de primer grado para garantizar el pago de la suma que dicha entidad prestó para la cancelación del precio, obligación a la que el actor quedó comprometido solidariamente;

c) Posteriormente ocurrieron divergencias entre los cónyuges que se manifestaron judicialmente en la demanda de separación de bienes presentada por el actor el 25 de marzo de 1981 en el Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotá, oficina judicial que decretó la separación y disolución de la sociedad conyugal mediante sentencia del 19 de octubre de 1982; y, en la demanda de quiebra presentada por la esposa contra Mario Mantilla López y "Ceimcol Ltda." en el Juzgado 27 Civil del Circuito de Bogotá;

d) La Corporación de Ahorro y Vivienda "Las Villas", inició un proceso ejecutivo con título hipotecario tendiente a hacer efectiva la obligación ya referida, trámite que se sigue en el Juzgado 9° Civil del Circuito de Bogotá, habiéndose decretado allí el embargo del inmueble;

e) Ana Carmen Neissa de Mantilla había aceptado el 2 de junio de 1980 una letra por $2.000.000.00 con vencimiento el 12 del mismo mes, en favor de Humberto Muriel Martínez, para descargar un pagaré suscrito entre ellos mismos que vencía el 1° de junio, título con el cual dicho acreedor le inició en el Juzgado 25 Civil del Circuito de esta ciudad, trámite de ejecución dentro del que se embargó el remanente del proceso citado en el literal anterior;

f) Arreglada la obligación con la Corporación de Ahorro y Vivienda "Las Villas", la demandada, por escritura pública número 1442 del 13 de mayo de 1981 de la Notaría 14 de esta ciudad, inscrita en la Oficina de Registro el 13 de agosto del mismo año, transfirió a título de venta a Humberto Muriel Martínez el inmueble ya relacionado, declarando que el precio de $3.700.000.00 se pagaría de la manera siguiente: $200.000.00 a la firma de la promesa de compraventa suscrita el 26 de abril de 1981; $2.300.000.00 cancelando la deuda que por vía ejecutiva le cobra el comprador a la vendedora en el

Juzgado 9° Civil del Circuito de Bogotá; y, $1.200.000.00 representados en el saldo de la obligación hipotecaria que actualmente grava el inmueble materia de la compraventa, subrogación que al decir del actor, no se ha llevado a cabo, continuando Ana Carmen Neissa de Mantilla y Mario Mantilla López como deudores responsables de la obligación. En la misma escritura de venta se especificó que el inmueble objeto del contrato "... ni tiene demanda, ni embargos pendientes, puesto que el decretado por el Juzgado 9° Civil del Circuito de Bogotá registrado el 26 de julio de 1980 se cancela junto con este público instrumento..." y se indicó que el comprador recibiría el inmueble el día de la firma del documento, fecha a partir de la cual se lo entregó en arrendamiento a la demandada.

2. Al libelo inicial dieron respuesta los demandados para oponerse a las pretensiones en él contenidas. Por un lado, Ana Carmen Neissa de Mantilla afirmó que siempre había aportado a la sociedad conyugal el fruto de su trabajo y los bienes propios que adquirió para la manutención del hogar como el inmueble objeto de la compraventa impugnada y el lote número 11 de la manzana D-1 de la Urbanización Autopista Norte el cual vendió para pagar la cuota inicial de un apartamento en el barrio Pablo VI donde vivió la familia Mantilla Neissa varios años, y que fuera vendido por el actor sin que tuviera noticia de lo que hizo con el dinero recibido. También con el producto de su trabajo, constituyó la demandada una sociedad de familia formada por ella y por sus hijos, entidad denominada Ceimcol Ltda. y para cuya dirección designaron al demandante con el objeto de que tuviera alguna ocupación, administración que llevó a la sociedad a la quiebra pues el gerente gastó dineros de los que jamás rindió cuentas. También afirmó que el inmueble objeto de la escritura impugnada si fue en verdad enajenado a Humberto Muriel quien tiene a su cargo la obligación con "Las Villas", y de otro lado replicó la demanda Humberto Muriel Martínez quien además de defenderse discutiendo la legitimación del actor en la causa, señaló que compró el inmueble previa autorización de Las Villas quedando como único deudor de la obligación hipotecaria frente a dicha Corporación.

3. Planteada la cuestión litigiosa en los extremos que se dejan reseñados, la primera instancia culminó con sentencia de fecha 2 de diciembre de 1986, providencia en la cual el juzgado de conocimiento resolvió "denegar las pretensiones de la demanda", "absolver a los demandados" y "Condenar en las costas del proceso al demandante".

Inconforme el actor interpuso recurso de apelación, habiendo terminado la segunda instancia con el pronunciamiento del 17 de agosto de 1989 en mérito del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó en su totalidad la sentencia recurrida y condenó al apelante a pagar las costas.

II. Motivación de la sentencia impugnada

1. Comienza el *ad quem* sus consideraciones, luego de hacer un breve resumen del proceso, expresando que comparte la conclusión del *a quo* en cuanto a la legitimación del actor para impetrar la declaratoria de simulación, habida cuenta que "el inmueble materia del conflicto fue adquirido a título oneroso por Carmen Neissa de Mantilla con posterioridad a contraer matrimonio con Mario Mantilla y que, por otra parte, la venta que ésta hiciera a Humberto Muriel Martínez, se efectuó cuando ya había sido formulada

la demanda de separación de bienes y liquidación de sociedad conyugal existente entre aquéllos". Asevera el Tribunal que, no obstante, "no se evidencian elementos de juicio capaces de desvirtuar la existencia real del acto jurídico plasmado en el título escriturado otorgado el 13 de mayo de 1981", por cuanto considera que si bien es cierto "que se dan hechos indicadores de la simulación tales como el menor precio de venta, (...); las desavenencias conyugales (...) y el que la demandante hubiera seguido ocupando el inmueble (...), sin embargo, esta serie de indicios se desvirtúan con otros que no pueden descartarse, tales como la difícil situación económica que a la sazón afrontaba la cónyuge demandada; la existencia de un proceso ejecutivo instaurado por la Corporación Las Villas encaminado a obtener que con el remate del inmueble se pagara su crédito" y, respecto al precio establecido para la casa en la escritura impugnada, sostiene que éste no podía ser el comercial en razón a la existencia de un embargo sobre el inmueble.

2. También comparte el fallador de segundo grado el razonamiento del *a quo* sobre la no procedencia de la nulidad pedida, por cuanto considera que "de la conducta asumida por la Corporación Las Villas, se infiere que con anterioridad a la suscripción de la escritura pública 1442 de 13 de mayo de 1981 por lo menos en forma tácita prestó su consentimiento para tal efecto", como se deduce del hecho de haber aceptado, de parte de Humberto Muriel Martínez, el pago de las cuotas que adeudaba Carmen Nelssa de Mantilla para solicitar el desembargo del inmueble. Y agrega a renglón seguido, también en relación con este mismo punto del litigio que, aun en el caso de no aceptarse lo anterior, "el demandante carecía de legitimación para solicitar la declaratoria de nulidad -por objeto embargado- de un contrato frente al cual es un tercero", puesto que en los términos del numeral 3 del artículo 1521 del Código Civil, aquélla "sólo puede ser impetrada por el acreedor pues fue establecida en su beneficio para amparar el derecho a que le sea pagado un crédito con el valor de las cosas embargadas por decreto judicial, en virtud de la acción general que le corresponde por ley sobre los bienes del deudor".

Finalmente declara el proveído en examen que no es del caso entrar a estudiar la pretensión rescisoria por lesión enorme "... toda vez que la inconformidad del recurrente no se hizo extensiva a ella...".

III. La impugnación y consideraciones de la Corte

Tres cargos deduce el recurrente contra la sentencia del Tribunal, los dos iniciales con respaldo en la causal primera que consagra el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y el último en la segunda, cargos que la Corte pasa enseguida a estudiar según el orden lógico que el contenido de tales acusaciones impone, ello en atención a lo previsto sobre el particular en el artículo 375 del mismo cuerpo legal.

Cargo tercero

Advirtiendo de entrada que de la demanda inicial hizo parte, como pretensión hecha valer en forma subsidiaria, la de rescisión por lesión enorme del contrato de venta del cual da cuenta la escritura pública 1442 de 13 de mayo de 1981 otorgada ante el Notario 14 del Círculo de Bogotá, sostiene en este capítulo el recurrente que la sentencia adolece de incongruencia por omisión de pronunciamiento, toda vez que la aludida pretensión "... no fue examinada y juzgada por el Tribunal...", defecto que conduce a que la Corte infirme la providencia y, en sede de instancia, decida acerca de la rescisión "...

cuyos efectos favorecen a la sociedad conyugal Mantilla-Neissa, en liquidación, a nombre de la cual actúa el demandante en el proceso ...".

SE CONSIDERA

1. *Como de modo terminante lo señala la norma y es un criterio constantemente reiterado por la doctrina jurisprudencial (G.J. T. CXXIV, pág. 144), la causal segunda de casación -"No estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio"- tiene por finalidad propia la de enmendar un especial defecto en la sentencia definitiva de instancia, defecto consistente en haberse pronunciado con desconocimiento de las reglas que bajo el título "Congruencia" establece el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, vale decir haciendo de lado la norma que cual ocurre con la acabada de mencionar, en el ámbito de la jurisdicción civil exige una rigurosa adecuación del fallo con el objeto y la causa que identifican, tanto la pretensión misma como la oposición que eventualmente contra ella hubiera podido plantearse en el proceso. Es imperativo, entonces, para los sentenciadores de instancia resolver todas las cuestiones esenciales que hayan sido materia de litigio y, al hacerlo, deben cuidar porque tales determinaciones guarden estrecha consonancia con lo pedido y lo resistido, luego faltan a estos deberes y las respectivas providencias serán susceptibles de ser infirmadas en casación por ese preciso motivo, cuando sin contar con autorización legal específica hacen de oficio pronunciamientos sobre cuestiones extrañas a la relación jurídico-procesal o cuando, por ausencia de la necesaria relación de razonable correspondencia, de esos proveimientos pueda concluirse que no se acomodan a las pretensiones formuladas en oportunidad por las partes, bien sea porque dejan pedidos del actor o de la defensa sin resolver o bien por haberles concedido más de lo que reclamaron.*

Entendidas así las cosas, la comprobación de un desajuste del que da origen a la llamada "incongruencia civil" habrá de resultar, al menos en un buen número de casos, de un simple cotejo entre aquellas pretensiones y las resoluciones adoptadas por el Tribunal, ello por cuanto que, habiendo lugar a la casación, la Corte tendrá que limitarse, según las circunstancias, a completar el fallo en realidad omiso o deficiente, a reducir el que sea excesivo o, en el supuesto desenfoque, a conformarlo con los extremos delimitantes de la controversia. Pero si del cotejo de marras se desprende que el Tribunal, no solamente por la índole integralmente desestimatoria del pronunciamiento efectuado sino también porque así lo pone de manifiesto la escueta lectura de la sentencia que lo recoge, resolvió todos los planteamientos de las partes, la verdad es que, cualquiera que fuere el concepto que merezcan los fundamentos de fondo expuestos para justificar dichas resoluciones, un ataque en casación aduciendo incongruencia y por ende cimentado en la causal segunda, se torna de suyo impertinente y debe ser rechazado.

2. Y es precisamente esa inevitable labor de confrontación la que lleva a concluir que, en la especie *sub lite*, la censura en estudio queda descalificada. En efecto, como se dejó consignado al resumir la motivación de la sentencia impugnada, y es ésta una circunstancia evidente que el propio censor destaca, el Tribunal se ocupó de la acción

rescisoria entablada por el demandante, y lo hizo para puntualizar, con inocultable sentido decisorio, que por no ser tema materia del recurso de apelación interpuesto, toda vez que acerca de él ningún agravio específico expresó el apelante, nada era procedente añadir, confirmando por lo tanto la sentencia, también integralmente desestimatoria en lo que a este punto concreto de la controversia concierne, que profirió el *a quo*. Hubo, pues, pronunciamiento explícito sobre la aludida pretensión; por falta de "calidad" en el cónyuge demandante para demandar la declaración judicial de ineficacia por lesión de un acto de disposición de bienes realizado por su esposa en provecho de un tercero, la pretensión tantas veces mencionada fue desestimada y absueltos de ella los demandados, de donde se sigue que en relación con este aspecto del debate nada dejaron los falladores pendientes de respuesta y todo lo que de aquí pase, tendiente de una u otra manera a desvirtuar las bases en que esa apreciación descansa, no tiene cabida dentro de la causal escogida para montar este cargo que, así, se deniega.

Cargo primero

Fundamenta esta censura en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y mediante ella acusa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá por violación indirecta, "como consecuencia de errores en la apreciación de las pruebas", de normas sustanciales contenidas en los artículos 1766 y 1781 numeral 5 del Código Civil, así como en el artículo 1° de la Ley 28 de 1932. Y en desarrollo de dicho planteamiento, el memorialista especifica los que en su concepto son cinco errores de hecho en que incurrió el Tribunal, errores que de no haberlos cometido habría declarado la simulación solicitada:

a) El primero lo hace consistir en que el Tribunal dejó de aplicar los artículos 210 y 187 del Código de Procedimiento Civil al ignorar la confesión ficta imputable al demandado Humberto Muriel Martínez, toda vez que habiendo sido solicitado y decretado como prueba el interrogatorio, no compareció ni presentó en ningún momento justificación de su ausencia en condiciones que impidieran aplicar la sanción legal pertinente. Agrega que "los hechos de la demanda son sustentatorios de la pretensión de simulación de la compraventa y por lo mismo la confesión ficta derivada de la sanción legal establecida al respecto constituye prueba que ha debido ser tenida en cuenta y apreciada por el juzgador de segunda instancia", de suerte que el no hacerlo condujo a "una decisión judicial desconocedora de la simulación demandada y que vulnera el artículo 1781, numeral 5° del Código Civil, conforme al cual el bien inmueble sacado simultáneamente del activo de la sociedad conyugal, pertenece a ésta, y por lo mismo debe regresar a ella";

b) El segundo error de hecho lo hace recaer la censura en que, según criterio, el sentenciador de segunda instancia dejó de observar, como factor indicativo de la simulación deprecada, el hecho de que la vendedora no sólo recibió como parte del precio apenas $200.000.00, sino que aceptó seguir respondiendo ante la Corporación de Ahorro y Vivienda Las Villas por todo el tiempo que falta para que se extinga el plazo de la obligación hipotecaria, tal como se desprende de la escritura impugnada cuando dice: "... el comprador cancelará totalmente a la Corporación de Ahorro y Vivienda Las Villas en la forma pactada entre la exponente vendedora y dicha Corporación...", sin tener en cuenta, además, que estaba aceptando unilateralmente una situación que no le

atañe a ella sola pues el crédito le fue otorgado por dicha Corporación a "Mario Mantilla y Ana Carmen de Mantilla" según carta de aprobación del 18 de julio de 1974;

c) En tercer lugar estima el casacionista que el *ad quem* incurrió en error de hecho "en la apreciación de los indicios con los que contrarresta aquellos que reconoce en su sentencia", pues si en lugar de haberlos tenido en cuenta siendo poco relevantes de una venta real, hubiera apreciado la confesión ficta del demandado Muriel Martínez y "el asentimiento de la pseudo-vendedora a continuar comprometida con el pago de la obligación hipotecaria que pesaba sobre el inmueble objeto de la venta simulada", habría tenido que concluir forzosamente que existía la simulación demandada;

d) Afirma el memorialista que el pago del precio es simulado pues la supuesta deuda contraída por la vendedora se hace constar en una letra de cambio a favor del abogado Humberto Muriel Martínez por $2.000.000.00, aceptada el 2 de junio de 1980 y con vencimiento 10 días después, situación que a juicio del recurrente "no se presenta sino en casos como el presente en que tienen que cumplir un papel con muy rápidos efectos (conseguir el embargo inmediato del inmueble(, antes de que sea embargado dentro del proceso de separación de bienes instaurado por el esposo Mario Mantilla López".

Además señala que innecesariamente el acreedor Humberto Muriel manifestó que con la letra se descargaba un pagaré que vencía el 1° de junio de 1980, hecho que para el impugnador origina interrogantes de variada índole, tales como: ¿Para qué un título valor iba a ser reemplazado por otro de igual valor y eficiencia legal que vence a los diez días de aceptado? ¿No será que es un disfraz que indica un supuesto pago del precio de una venta simulada?, resultando ser estos hechos, indicios que de haberlos tenido en cuenta el Tribunal habría modificado su decisión;

e) Finalmente, el cargo acusa al sentenciador de segundo grado de incurrir en error evidente frente al conjunto de pruebas pues no tuvo en cuenta que la situación económica precaria de la demandada no fue sólo para la época de la transacción objeto de este litigio, pues en múltiples oportunidades se iniciaron en su contra procesos ejecutivos sin que pueda sostenerse válidamente que sólo el último de ellos fue determinante de la venta a tan irrisorio precio, resultando otro indicio determinante el inminente embargo dentro del proceso de separación el cual, en las anteriores oportunidades, no se había presentado.

Y en orden a puntualizar las violaciones de la ley denunciadas al encabezar el correspondiente capítulo de su demanda, asevera el recurrente que si la Corporación falladora no hubiera caído en los desaciertos fácticos "... que se le han imputado en la apreciación de la prueba indiciaria y en la inaplicación de la prueba consistente en la confesión ficta a que dio lugar el demandado Muriel Martínez, ...", forzosamente la sentencia de primer grado habría sido revocada para hacer la consecuente declaratoria de simulación pues así lo imponen las normas sustanciales infringidas "... como son el artículo 1766 del Código Civil en el que tradicionalmente la jurisprudencia ha basado toda la teoría de la simulación en sus diferentes formas y en este caso, por cuanto de no declararse la simulación impetrada, entraría a tener efecto la venta contenida en la escritura ya mencionada, lesionando el activo de la sociedad conyugal Mantilla-Neissa

que se halla por ser liquidada (sic). De la misma manera se vulnerarían los artículos 1781 numeral 5 del Código Civil que de no tener eficacia la venta cuestionada haría que el inmueble objeto de ella se considere bien social susceptible de ser repartido (...) y el artículo 1° de la Ley 28 de 1932 a cuyas voces el mismo bien se considera entonces integrante de la sociedad conyugal aludida para los efectos de su liquidación...".

SE CONSIDERA

1. *Sabido es que al lado de las presunciones legales que el artículo 176 del Código de Procedimiento Civil trata como exoneradoras del deber de producir prueba en relación con determinados aspectos en un proceso, se encuentran las llamadas pruebas indirectas o por inferencia indiciaria mediante las cuales se logra, por inducción lógica, el resultado de dar por conocidos, con base en hechos firmemente acreditados en el plenario, otros que no lo están. Suponen estas últimas, entonces, una verdadera labor crítica donde, al menos en principio, campea con amplia autonomía la actividad intelectual del juzgador quien, por una parte, es libre en la escogencia de los hechos básicos que le han de servir para formular la inferencia y, de otro lado, también goza de la misma libertad para deducir sus consecuencias, libertades éstas que, sin embargo, tienen precisos límites en los artículos 248 y 250 del Código de Procedimiento Civil: El primero en cuanto dispone que raciocinios de esta índole sólo son eficaces cuando aquellos hechos básicos resulten probados del modo debido en los autos, y el segundo al estatuir que la admisibilidad legal de estos procedimientos, además de exigir un enlace preciso y directo entre el indicio y lo que de él se infiere, requiere así mismo, que salvedad hecha de los casos poco frecuentes de deducciones concluyentes apoyadas en la presencia de indicios necesarios, haya pluralidad, gravedad, precisión y correspondencia en medidas tales que, tanto en su interioridad como frente a los demás elementos de convicción obrantes en el proceso, se configure un conjunto indiciario coherente según las reglas del criterio humano. En consecuencia, para la correcta utilización de la prueba indiciaria como argumento decisorio en un fallo civil, preciso es observar varias normas que desde luego en casación juegan papel de importancia, normas que en apretada síntesis puede decirse son las siguientes:*

1) Al tenor del artículo 250 del Código de Procedimiento Civil, por lo general la prueba indiciaria adquiere calidad procesal y fuerza evidenciadora en conexión con otros elementos demostrativos de diferente naturaleza, luego si entre ambos extremos existe discordancia, ruptura o recíproco rechazo, es claro que las inferencias efectuadas no podrán reputarse en derecho como fuentes de certeza.

2) La vinculación mutua de las circunstancias indicadoras ha de tener tal significación que, vistas todas ellas con sentido de unidad, constituyan los eslabones de una única cadena dándose así una articulación en grado tan estrecho que, desaparecido uno o varios de esos eslabones, la cadena en cuestión queda rota y convertidos los "indicios" en simples suposiciones, suposiciones de suyo no idóneas para fundamentar las conclusiones que sobre ellas haya pretendido cimentar el juzgador; en otras palabras, lo que debe configurarse es un sistema completo de indicios, no así la suma física de datos circunstanciales dispersos que, con la intensidad necesaria, no ofrezcan la concordancia, la convergencia y la gravedad que en esta materia pide la ley.

3) Una tercera exigencia es que los hechos conocidos y catalogados como indicios guarden armonía entre ellos, ciertamente, pero también y de preferencia en relación con el hecho principal que se investiga, esto porque no debe olvidarse que este tipo de prueba, calificada de artificial por buena parte de los doctrinantes, se establece en virtud de consecuencias que sucesivamente van deduciéndose de unos hechos acreditados a cabalidad que con otros ignorados están en relación tan íntima que, basándose en los primeros, el juez llega a tener por verídicos los segundos por efecto de una conclusión que en aras de su propia naturalidad, sea digna de aceptarse por cualquiera que la examine con rectitud de miras.

4) Finalmente, el conjunto indiciario ha de salir indemne ante pruebas infirmantes o contraindicios capaces de eliminar esa concatenación general de la que se viene haciendo mérito.

2. Emendidas así las cosas, si en la prueba por indicios se trata en esencia de que los sentenciadores pasen a descubrir, en gracia de argumentaciones por hipótesis apoyadas en antecedentes fácticos que son los indicios propiamente dichos, hechos antes no evidenciados, con facilidad se concluye que el debate sobre la exactitud jurídica de tales inferencias queda cerrado por lo común en la instancia y que, por obvia consecuencia, su posible censura en casación tiene un ámbito asaz reducido que, de conformidad con el inciso único del numeral 1 del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, no es otro distinto al que suministra, en su segunda fase, la causal primera, esto pro cuanto, como lo ha sostenido la Corte en una ya larga y muy reiterada doctrina, "... cuando el Tribunal de instancia forma su convicción a virtud de indicios, en materia susceptible de esta especie de prueba, su concepto sobre la certeza de los hechos presumidos es intocable en casación, salvo el caso de contraevidencia, del que podrían enunciarse las siguientes hipótesis: que el sentenciador tenga por probados hechos básicos sin estarlo, es decir que haya sacado deducciones de hechos que no están acreditados en el proceso; o que haya ignorado hechos debidamente comprobados, suficientes por sí mismos para imponer una consecuencia contraria a la del fallo; o que haya dejado de relacionar los varios indicios entre sí, cuando de esta labor habría necesariamente de deducirse una conclusión opuesta a la abrazada por él; o en fin, cuando en la interpretación de los indicios o en la operación de conectar unos con otros, haya establecido una relación que repugna a la lógica...", apreciaciones éstas que bien pueden sintetizarse diciendo, con palabras que también son de la Corte, que los juicios ponderativos que acerca de la prueba de indicios hagan en sus fallos los sentenciadores de instancia, en tesis general son intocables en casación y "...deben mantenerse mientras no se demuestre que son contrarios a la lógica y a la realidad objetiva que las pruebas exteriorizan..." (G.J. Ts. LVI, pág. 252, CXIII-CXIV, págs. 190/191, y LXXXVII, pág. 76, recientemente reiteradas en Casación Civil de 20 de noviembre de 1989 aún no publicada).

Por lo tanto, si con la clara caracterización que se deja apuntada no puede predicarse, de esos procesos mentales inherentes a la inferencia indiciaria, que adolecen del defecto de contraevidencia, bien por lo que respecta a la contemplación objetiva de los hechos indicadores o bien en aquella tarea dialéctica de evaluarlos en su conjunto y en razón a la cual se llegó en la sentencia a las conclusiones de hecho en que a la postre quedó cristalizada la prueba, de nada sirve entonces ensayar en

casación análisis distintos a los efectuados para sustentar el juicio jurisdiccional de instancia y hacerlo utilizando razonamientos que, antagónicos con los que refleja el pronunciamiento judicial impugnado, son los que mejor parecen convenir a los intereses que apersona el censor, habida cuenta que ante esta contraposición de pareceres y por virtud de postulados axiomáticos en los que ahora no es del caso detenerse, ha de prevalecer siempre el del Tribunal cuyas decisiones, como emanadas de quien es agente del Estado, revestidas están de la presunción de acierto.

3. Pues bien, en la especie que ocupa hoy la atención de la Corte nada se da, con la indispensable contundencia, en orden a concluir que la estimación de la prueba por indicios, en la forma en que propone hacerla el recurrente, es la única admisible frente a la realidad que muestran los autos, tomando en contraevidente, por contera, la que se hizo por el Tribunal en la providencia cuya infirmación se reclama; esa realidad lo que pone al descubierto, por el contrario, es que el criterio ponderativo del organismo sentenciador, lacónico en exceso tal vez pero no por ello menos expresivo, no se aparta de las posibles alternativas de razonable apreciación que suministra la prueba.

En efecto, de entrada lo primero que cumple advertir es que la confesión ficta que al tenor del artículo 210 del Código de Procedimiento Civil y según lo reclama el casacionista, habría lugar a atribuirle al demandado Humberto Muriel Martínez respecto de los hechos aducidos en la demanda para justificar la acción de simulación deducida, de ninguna manera puede tener el alcance infirmatorio que el cargo insinúa pues a semejante resultado se oponen *los artículos 51 y 196 del Código de Procedimiento Civil, preceptos éstos por cuya virtud ha de entenderse que en los eventos de litis consorcio y mediando entre los distintos sujetos que integran la respectiva parte relaciones de la naturaleza de las que define el artículo 83 ibídem, a una presunción como la que en su inciso segundo consagra el artículo 210 mencionado no pueden imprimírsele consecuencias exorbitantes que, cual acontece con las aquí sugeridas, además de contrariar el postulado de la relatividad de la confesión, podrían comprometer la uniformidad que la decisión jurisdiccional debe guardar frente a todos los litis consortes; es que la confesión bajo cualquiera de sus modalidades es, de acuerdo con conocidos conceptos de jurisprudencia, una prueba de carácter especial que prácticamente, reconoce el derecho a la otra parte, formando así una relación jurídica mediante el consentimiento con el cual no quedan ligados los terceros que en él no han intervenido, luego entendidas así las cosas, aparece con igual claridad la razón que ha llevado a la Corte a decir, invocando en su apoyo los textos contenidos en los artículos 51 y 196 del Código de Procedimiento Civil, que "en tratándose de cuestión litigiosa que haya de resolverse de manera uniforme para todos los litis consortes, cual sucede cuando existe litis consorcio necesario, los actos que impliquen disposición del litigio y la confesión, pueden producir sus efectos si emanan de todos los que integran el consorcio..." (G.J. T. CXLII, pág. 52, reiterada posteriormente en Casación Civil de 28 de febrero de 1975 no publicada). Por eso, si en un proceso originado en la demanda de simulación que contra quienes fueron partes en un determinado contrato entabla un tercero interesado en que sea declarada la ineficacia integral de los vínculos sustanciales por dicho acto creados, vale decir ante un litigio con las características que el presente muestra, uno de los demandados incurre en confesión presunta respecto de los hechos referidos por la demanda en cuestión, tal confesión que por principio únicamente puede perjudicar a su autor, no puede tomarse como fuente de evidencia necesaria del simulacro contra*

el otro demandado de suyo ajeno a la conducta procesal de la que esa especie de confesión emerge, impedimento éste que en último análisis es el que explica por qué la omisión que el casacionista le endilga al Tribunal, omisión consistente en no haberse percatado de la falta de comparecencia del demandado Humberto Muriel Martínez a absolver un interrogatorio de parte decretado en la instancia, carece de la virtualidad jurídica suficiente para imponer, como ciertas e inexorables, conclusiones fácticas contrarias a las acogidas en el fallo impugnado y que obliguen a tener por probados, desde luego con un sentido decisorio también perjudicial para la demandada Ana Carmen Neissa de Muntilla y que en tal hipótesis sería el único posible frente a ambos contratantes, los hechos indicadores de la simulación alegados por el actor en su libelo. A lo sumo, dicha conducta omisiva puede significar evidencia de índole testimonial que, ante el contenido del escrito de demanda que al proceso le dio inicio, no tiene la trascendencia que la censura le asigna.

Y si por fuerza de las anteriores consideraciones han de hacerse de lado los argumentos que la censura pretendió derivar de la predicada confesión ficta en que incurrió uno de los demandados, el cargo pierde entonces su consistencia y debe ser desestimado, habida cuenta que, ateniéndose el recurrente a su particular modo de ver las cosas, a través de la impugnación se limita a proponer una confrontación de pareceres en cuanto a la apreciación de indicios concierne, aspirando a que en sede de casación, reconociéndosele mérito infirmatorio pleno a sus puntos de vista sobre este aspecto y desechándose por añadidura los que el sentenciador *ad quem* dejó puntualizados en su providencia como elementos de juicio que permiten descartar semejante versión, se tenga por algo incontrastablemente probado que, no obstante los términos explícitos de la escritura pública 1442 otorgada el 13 de mayo de 1981 ante la Notaría 14 del Círculo de Bogotá, el acto de enajenación por medio de ese instrumento celebrado lo fue tan sólo en apariencia y con el fin de crear ante el público la falsa imagen de un contrato de compraventa que en verdad los estipulantes redujeron a la nada. En otras palabras, lo que en el fondo procura diseñarse es un nuevo planteamiento crítico destinado a poner de manifiesto que, en atención a las circunstancias que rodearon el negocio de venta y resultantes de la actitud observada entre sí y frente a terceros por quienes lo celebraron, había indicios suficientes para que el fallador se convenciera del carácter ficticio de dicho negocio, sistema de impugnación éste que, como se explicó líneas atrás, no puede alcanzar resultado positivo en casación aun cuando aquel planteamiento pudiera parecer más agudo o lógicamente mejor estructurado que el efectuado en la sentencia, ello porque a través de esta vía se obliga a la Corte a cambiar a su arbitrio lo que, en el juicio jurisdiccional atacado, hicieron los Tribunales de instancia con fundamento en la ley que defiere a la discreta autonomía de estos últimos, dejándolo por lo mismo a su inteligencia y prudente juicio, un amplio campo que a la función fiscalizadora inherente al recurso de casación no le es permitido invadir, salvo los casos, muy excepcionales por cierto, de incidencia en yerros de hecho acreditados de manera terminante, situación que en la especie *sub lite* no se configura pues el juzgador *ad quem* no afirmó estar probados, sin estarlo, hechos indicadores con base en los cuales optó por estar a la sinceridad del acto instrumentado en la escritura pública 1442; tampoco de hechos probados y cual si no lo estuvieran, dejó de hacer forzosas inferencias que, en tanto fueren eso y no elementos de simple verosimilitud, estaban llamadas a actuar como fuente de auténtica certeza acerca de la simulación; y en fin, no contraría los dictados de la lógica, ni menos todavía

ignora el cumplimiento de elementales leyes de la naturaleza, el raciocinio que llevó al Tribunal a excluir como indicadores de la existencia del simulacro cuyo reconocimiento pidió el actor, hechos a los que ciertamente habría podido atribuírseles semejante significado probatorio si no hubieran concurrido otras circunstancias que en esa perspectiva los debilitan, circunstancias que referidas a la precaria situación económica por la que atravesaba la vendedora y el inminente peligro de un remate hipotecario, le permitieron a la corporación concluir que las posibilidades de enajenación del inmueble eran reducidas, que "... a negocio tan desventajoso sólo podía arriesgarse quien tuviera un verdadero conocimiento de la honorabilidad de la vendedora y, finalmente, que el precio que podía exigirse no sería el comercial como quiera que de por medio existía un embargo...".

Corolario de todo lo antes discurrido es que el cargo no puede recibir despacho favorable y en consecuencia se rechaza.

Cargo segundo

También a través de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, censura la sentencia de ser violatoria en forma directa, por interpretación equivocada, del artículo 1521 numeral 3 del Código Civil, yerro que condujo a inaplicar los artículos 1630, 1741 y 1820 numeral 3 del Código Civil, el artículo 2 de la Ley 50 de 1936 y el 1° de la Ley 28 de 1932.

Desarrolla el cargo sosteniendo que el Tribunal interpretó equivocadamente el numeral 3 del artículo 1521 del Código Civil:

a) Al afirmar que la nulidad originada en tal disposición sólo puede ser impetrada por el acreedor que ha obtenido el embargo, con lo cual violó las normas que disponen que la nulidad absoluta es alegable por cualquier persona que pueda tener interés en ello (art. 1741 C.C. y 2° de la Ley 50 de 1936);

b) Al afirmar que el actor "carece de legitimación para solicitar la declaratoria de nulidad de un contrato frente al cual es un tercero", apreciación con la cual también viola por inaplicación los artículos 1820 numeral 3 y 1821 del C.C. y el 1° de la Ley 28 del 32 puesto que, conforme a lo estatuido en ellos, la sociedad conyugal se disuelve por la separación de bienes decretada judicialmente y una vez disuelta debe procederse a su liquidación para cuyos efectos cada uno de los socios debe entenderse interesado en los actos y enajenaciones que por cualquiera de ellos se haya llevado a cabo, y

c) Al presumir la autorización de la Corporación acreedora para la venta del bien embargado por haber seguido recibiendo pagos hechos por el demandado Muriel Martínez, cuando, en sentir del recurrente, dichos pagos "en nada implican aceptación o autorización de la corporación acreedora a la negociación o venta cuya nulidad se demanda. Tales pagos fueron hechos (...) en ejercicio de la facultad que a toda persona confiere para el pago el artículo 1630 del C.C.".

SE CONSIDERA:

1. *Atendiendo a exigencias de pura lógica sobre las cuales se encuentran construidos preceptos positivos de la índole de los contenidos en los artículos 368,*

numeral 1, y 374, numeral 3, ambos del Código de Procedimiento Civil, ha señalado la Corte de manera reiterada que a la violación de la ley sustancial, que como es bien sabido constituye el supuesto cardinal de la causal primera de casación, se puede llegar de dos maneras distintas, por vía directa o por vía indirecta, distinción que nunca debe perderse de vista pues acarrea consecuencias de importancia. "... Tiene lugar la primera de tales modalidades -según conocidas definiciones de jurisprudencia- cuando sin consideración a los medios de convicción que le hayan servido al sentenciador para formar su juicio, el fallo inaplica al litigio un precepto que ciertamente lo rige o le aplica el que no lo gobierna o le aplica el que sí le es pertinente pero dándole un alcance que no le corresponde...", al paso que tendrá ocurrencia la violación indirecta "...cuando el fallador en la estimación de la prueba incurre en un error de hecho o en uno de derecho y a consecuencia de tales desaciertos, deja de aplicar al caso litigioso la norma que verdaderamente lo regula o le aplica una que le es extraña..." (Casación Civil de 29 de noviembre de 1989 aún no publicada), lo que en el plano de los efectos prácticos equivale a decir, como también lo ha reiterado la Corte muchas veces, que la violación directa de la ley sustancial presupone, por contraposición al que a su vez constituye supuesto estructural de la violación indirecta, que por el juzgador no se haya caído en desacierto ninguno, de hecho o de derecho, en el manejo de las probanzas y que, por lo tanto, "...tampoco exista reparo que oponer contra los resultados que en el campo de la cuestión fáctica haya encontrado el fallador, como consecuencia del examen de la prueba..." (G.J. T. CXLVI, pág. 60).

Entendidas así las cosas, con facilidad se capta por qué en la demostración de un cargo claramente formulado dentro del marco de la primera de aquellas posibilidades, al impugnante no le es dado separarse en lo más mínimo de las conclusiones a que en la obligada tarea de determinación de la controversia en sus extremos fácticos, llegó la providencia censurada. En este ámbito, vale decir en el del error jurídico en estricto sentido (v. G.J. T. CXIX, pág. 34), la única actividad argumental admisible del recurrente ha de circunscribirse, necesaria y exclusivamente, a los textos legales de carácter sustancial que considere no aplicados o aplicados indebidamente o quebrantados por error de entendimiento, pero en todo caso con absoluta prescindencia de cualquier razonamiento que, montado sobre una discrepancia más o menos visible con el sentenciador de instancia en el terreno de la evidencia recogida, haga necesario un nuevo examen crítico de los medios probatorios de los que esa evidencia emerge. Suponer que la violación de la ley pudo producirse por ambos caminos a la vez es una proposición que adolece de notoria contradicción "... pues uno supone lo que el otro excluye..." (G.J. T. CXXXIX, pág. 52) y desde luego, no le compete al Tribunal de casación, relevando de oficio al litigante interesado, esclarecer la ambigüedad que un estado de cosas así significa.

2. Pues bien, de la lectura del cargo se concluye a simple vista que no obstante habérsele formulado por infracción directa de varias normas civiles, principalmente del numeral 3 del artículo 1521 del Código Civil del cual se predica quebrantamiento por yerro hermenéutico, la verdad es que en su desarrollo juegan papel de primer orden las consideraciones efectuadas por el casacionista en el sentido de que el Tribunal se equivocó, por un primer aspecto, al no reconocerle al demandante legitimación sustancial para solicitar la declaración judicial de nulidad de la venta contenida en la escritura pública 1442 tantas veces mencionada, legitimación que al decir de la censura

sí existía en razón a la calidad de cónyuge socio en gananciales ostentada por aquél frente a la vendedora que realizó el negocio del cual dicha escritura da cuenta, y de otro lado incurrió en desacierto también el *ad quem* al "presumir" la aceptación de ese acto por parte de la corporación acreedora, aceptación que la sentencia dedujo, al tenor de cuanto se dejó visto en el capítulo destinado a extractar sus fundamentos, del hecho de haber consentido la institución financiera en cuestión, titular del crédito tutelado por el embargo existente, que el adquirente continuara cubriendo los instalamentos de la deuda garantizada y que, en consecuencia, se le pusiera término a la traba procesal que afectada al bien raíz cuando éste fue objeto de enajenación por su dueña, la demandada Carmen Neissa de Mantilla. En otras palabras, el cargo que se estudia no puede entendérsele sino construido, al menos en buena parte, sobre yerros que había cometido el Tribunal en la apreciación de pruebas aducidas para justificar el derecho a obtener el pronunciamiento invalidativo que de modo subsidiario impetró en su demanda el hoy recurrente, sustentación que no es conciliable con la clase de censura planteada.

Y obvia secuela de lo anterior es que la impugnación, viéndola ya con el sentido panorámico que le imprimió su autor, pierde toda consistencia toda vez que, por efecto de la deficiencia acabada de describir, al menos uno de los soportes autónomos que le sirvieron de estribo al proveimiento desestimatorio de la acción de nulidad incoada, queda incólume, y ante esa situación viene al caso recordar, con palabras muchas veces repetidas por la Corte, que aunque el recurrente acuse la sentencia por violación de varias disposiciones, ella, es decir la Corte actuando como Tribunal de casación, no tiene necesidad de entrar en el estudio de los motivos esgrimidos para sustentar esa violación "... si la sentencia trae como base principal una apreciación que eficazmente no ha sido atacada en casación (...) y esa apreciación es más que suficiente para sustentar el fallo acusado..." (G.J. Ts. LXXXVIII, pág. 596, LXXIII pág. 111, y CXV, pág. 59, entre otras).

Lo dicho es entonces suficiente para rechazar también este último cargo.

Decisión

En mérito de las consideraciones que anteceden la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia de fecha diecisiete (17) de agosto de 1989 proferida en el proceso ordinario de la referencia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Las costas son de cargo del recurrente. Practíquense por separado las respectivas liquidaciones (art. 392 num. 7 del Código de Procedimiento Civil).

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero.

SENTENCIA NUMERO 177

CONTRATO DE SEGURO - PRUEBA / CONTRATO DE SEGURO - PÓLIZA / CONTRATO DE SEGURO - ANTICIPACIÓN DE SU VIGENCIA

No se perfecciona tan sólo con el lleno de los requisitos de que trata el artículo 1502 del C.C., sino que exige para su existencia, la formalidad externa de que conste por escrito, en documento que ha de contener además de las condiciones generales del contrato los datos y estipulaciones especificamente señalados en el artículo 1047 del C. de Co. Siendo el contrato se seguro solemne, en ausencia de la póliza no puede la jurisdicción dar por demostrada la convención, ya que el contrato solemne no tiene existencia jurídica sino desde que se cumple la formalidad externa que la ley exige para su perfección. La póliza, es requisito *ad constitutionem* y no una simple formalidad *ad probationem*. Las partes pueden anticipar la vigencia del seguro, pero al momento de suscribir la póliza debe existir el riesgo.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: *Pedro Lafont Pianetta*

Santafé de Bogotá, D.C, veinticinco (25) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992)

Referencia: Expediente número 3465

Se decide por la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 8 de abril de 1991, en el proceso ordinario iniciado por Mery García Peláez, Alba Cecilia Estrada Roldán en su propio nombre y como representante legal del menor Esteban Gómez Estrada, contra Suramericana de Seguros de Vida, S.A.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante demanda que por reparto correspondió tramitar al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Medellín, Mery García Peláez y Alba Cecilia Estrada Roldán, esta última en su propio nombre y como representante legal del menor Esteban Gómez Estrada, convocaron a la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A., (fls. 16 a

26, cdno. 1), a un proceso ordinario para que por la jurisdicción se declarase la existencia de un contrato de seguro de vida celebrado el 25 de agosto de 1988 entre Javier Gómez García y la compañía demandada, cuya vigencia "técnica" y "legal" empezó ese día, en vida del tomador, quien falleció en las horas de la noche de la misma fecha. Impetran las demandantes que, en virtud de la declaración anterior, "se condene a la demandada a pagar a los demandantes la suma de treinta millones de pesos ($30.000.000.00) más los intereses a la tasa del 18% anual a partir del 25 de agosto de 1988 y hasta cuando se haga el pago del capital en la proporción estipulada o sea de un 30% para Mery García viuda de Gómez; el 40% para Esteban Gómez Estrada y el 30% para Alba".

Subsidiariamente, solicitaron las demandantes declarar que la solicitud presentada el 25 de agosto de 1988 por el señor Javier Gómez García a la compañía demandada, en formulario preimpreso por ésta, "configura una oferta de contrato de seguro de vida debidamente aceptada", por lo que, en consecuencia, la compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A., al negarse al pago ha actuado sin buena fe exenta de culpa, es decir, "con mala fe", causando con su conducta perjuicios a los demandantes, los cuales "consisten en la suma de $30.000.000.00 que fue la cantidad estimada del interés asegurable y en la cual consistía la obligación aceptada por la aseguradora más los intereses del 18% anual a partir del 25 de agosto de 1988" (fl. 22, cdno. 1), suma ésta de dinero a cuyo pago ha de ser condenada la parte demandada, "en la proporción de un 30% para Mery García viuda de Gómez, un 40% para Esteban Gómez Estrada y un 30% para Alba Cecilia Estrada Roldán" (fl. 22, cdno. 1).

2. Fundaron sus pretensiones las demandantes, en síntesis en los siguientes hechos:

2.1 Que el 25 de agosto de 1988, "siendo las tres de la tarde", en la ciudad de Medellín el señor Javier Gómez García formuló solicitud escrita a la compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A., la cual fue aceptada "por medio de su agente 3274 Vidana Cano", quien expidió "el recibo provisional 256202", con el cual se acredita que la demandada "recibió la suma de noventa y siete mil novecientos ochenta y seis pesos por concepto de parte de la prima" (fl. 16, cdno. 1), recibo en el que expresamente se "hace constar que su emisión pone en vigor la póliza" (fl. 17, cdno. 1).

2.2 El monto del seguro tomado por el señor Javier Gómez García, fue de $30.000.000, el interés asegurado fue la vida del tomador, el riesgo asegurado fue la muerte de éste y el precio del seguro, o prima pactada, lo fue de $207.527.00, suma que la aseguradora y el tomador pactaron sería pagada por cuotas, la primera de las cuales fue de $97.986.00, cancelada por Javier Gómez García, el 25 de agosto de 1988.

2.3 El tomador y asegurado, señor Javier Gómez García, instituyó "como beneficiarios de dicho seguro de vida a su señora madre, Mery García Peláez en un 30%; a su hijo Esteban Gómez Estrada en un 40%; y a su compañera permanente, señora Alba Cecilia estrada Roldán en un 30%.

2.4 Javier Gómez García falleció el 25 de agosto de 1988, hacia las 9 de la noche, e "inmediatamente la compañía demandada tuvo conocimiento de la muerte", se negó mediante comunicación del 26 de agosto de 1988 "a expedir el formulario preimpreso que para ello configura 'la póliza'" (fl. 19, cdno. 1), como mecanismo para "eludir el pago de la correspondiente indemnización" (fl. 19, cdno. 1).

3. Admitida que fue la demanda y cumplido el traslado de ella y sus anexos al representante legal de la sociedad demandada, ésta le dio contestación como aparece a folios 47 a 57, con expresa oposición a las pretensiones de la parte actora.

En cuanto a los hechos, aduce la demandada que no le consta la hora en que se solicitó la expedición de la póliza de seguro por parte de Javier Gómez García, ni tampoco la hora de su muerte. Manifiesta que jamás existió contrato de seguro como lo afirman los demandantes sino simplemente una solicitud del mismo y que, por consiguiente, ni existe tomador, ni asegurado, ni beneficiarios, ni riesgo asegurado, ni siniestro, ni obligación alguna a cargo de la compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A. para con los demandantes, entre otras razones porque "la firma y el código del agente que aparecen en la solicitud identifican simplemente al agente intermediario, y de ninguna manera implican aceptación de la solicitud por parte de la aseguradora" (fl. 47, cdno. 1). Por ello, propone como excepciones las que denomina "inexistencia de contrato de seguro", "inexistencia de la obligación", "cobro de lo no debido", "rechazo oportuno de la oferta o propuesta de seguro", "falta de legitimación en la causa por activa" y "la ecuménica del artículo 306 del C. de P. C." (fls. 52 a 54, cdno. 1).

4. Cumplido el trámite procesal propio de la instancia, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Medellín, dictó sentencia el 27 de noviembre de 1990 (fls. 90 a 101), en la que se declaró probada la excepción de inexistencia del contrato de seguro propuesta por la parte demandada y, en consecuencia, se denegaron las súplicas de la demanda.

5. Interpuesto el recurso de apelación contra el fallo del *a quo*, el Tribunal, para desatarlo, profirió sentencia de segundo grado el 8 de abril de 1991 (fls. 11 a 22, cdno. 6), confirmatoria de la apelada por la parte actora.

6. Recurrida la sentencia del Tribunal en casación y surtido el trámite previsto en la ley para el efecto, de su decisión se ocupa ahora la Corte.

II. La sentencia del Tribunal

1. El Tribunal, luego de sintetizar el litigio y la actuación procesal durante la primera instancia, afirma que se encuentran cumplidos los presupuestos procesales y, que por ello ha de dictarse sentencia de mérito.

2. Seguidamente analiza el contenido y alcance de los artículos 1036 y 1045 del C. de Co., en cuanto hacen relación a las características y elementos esenciales del contenido del contrato de seguro y manifiesta que, de conformidad con lo prescrito por los artículos 897 del C. de Co. y 1501 del Código Civil, en ausencia de uno cualquiera de los elementos de la esencia del contrato de seguro, éste no producirá efecto alguno.

3. A continuación el Tribunal expresa que, en el expediente aparece demostrado que el señor Luis Javier Gómez García suscribió el 25 de agosto de 1988 una solicitud de seguro de vida a la sociedad demandada, así como el fallecimiento del solicitante en la misma fecha. Agrega que tal solicitud fue presentada por su agente a la compañía aseguradora el 26 de agosto de 1988, día en el cual conoció la demandada que el solicitante había muerto (fls. 14 del cdno. ppal. y 13 del cdno. 5), razón por la cual "el dinero recibido por parte del agente como anticipo, en relación con la solicitud por

seguro de vida, fue devuelta (sic) a la señora Alba Cecilia Estrada, una de las personas designadas como beneficiarias en la solicitud" (fl. 19, cdno. 6).

4. A renglón seguido, asevera el Tribunal que "la sociedad aseguradora no expidió la respectiva póliza" (fl. 19, cdno. 6) y manifiesta que, de acuerdo con el artículo 1054 del C. de Co., la ocurrencia del siniestro ha de suceder "luego de perfeccionado el contrato de seguro y de existir la correspondiente cobertura asegurativa, pues de lo contrario no habrá riesgo asegurable" (fl. 20 vto., cdno. 6).

5. Así las cosas, luego de transcribir algunos apartes de jurisprudencia de esta Corporación sobre el contrato de seguro, dice el Tribunal que, conforme a lo pactado en la solicitud y en el recibo provisional número 256202, el seguro "sólo iniciará su vigencia cuando la Suramericana expida la póliza correspondiente de acuerdo con la solicitud y haya recaudado la suma completa" (fl. 20, cdno. 6). De ahí se concluye por el sentenciador que "el contrato de seguro no se perfeccionó, la compañía aseguradora no suscribió la póliza, antes de recibir la compañía aseguradora la solicitud tendiente a obtener la aprobación del seguro de vida solicitado, se enteró del deceso del petente", (fl. 20, cdno. 6) por lo que entonces no existía ya riesgo asegurable, ni en consecuencia, pudo existir siquiera el contrato de seguro a que se refiere la demanda.

6. Por lo que se refiere a las pretensiones subsidiarias, el Tribunal, tras mencionar los artículos 845 y 851 del C. de Co., manifiesta que cuando la compañía aseguradora demandada recibió la oferta del señor Javier Gómez García para tomar un seguro de vida (26 de agosto de 1988), "el oferente había fallecido el día anterior" (fl. 21, cdno. 6), por lo que en virtud de la ausencia de riesgo asegurable, se produjo "el rechazo de la oferta por parte de la compañía aseguradora, rechazo presentado dentro del plazo determinado por el artículo 851 ibidem C. de Co. (fl. 21, cdno. 6), lo que quiere decir que "no existió el vínculo precontractual entre el señor Javier Gómez García y la compañía aseguradora" (fl. 21, cdno. 6), a lo cual debe agregarse que aún no se había cancelado la totalidad de la prima del seguro, sobre cuyo monto "no se tenía certeza", pues ella "se liquida una vez aceptada la póliza", para lo cual se tienen en cuenta no sólo las tarifas oficialmente aprobadas, sino factores tales como la edad, estado de salud y otros datos que determinan su valor final a cargo del tomador del seguro.

III. La demanda de casación

Dos cargos formula el recurrente a la sentencia impugnada, ambos por violación indirecta de las normas sustanciales que en ellos se señalan, el primero por error de derecho y el segundo por error de hecho en la apreciación de las pruebas, cargos que se despacharán en forma conjunta por cuanto se harán respecto de ellos algunas consideraciones comunes.

Cargo primero

Acusa en este cargo el recurrente la sentencia impugnada, "de ser violatoria de los artículos 871, 1036, 1037, 1038, 1045, 1046, 1047, 1048, 1049, 1054, 1072, 1079, 1080 reformado por la Ley 45 de 1990 en su artículo 83, 1137, 1138, 1148, 1158 del Código de Comercio, artículo 1° de la Ley 65 de 1966, artículos 1501, 1618, 1624, inciso 2 del Código Civil como consecuencia de error de derecho consistente en la violación de los

artículos 174, 175, 183, 187, 252 y 279 del Código de Procedimiento Civil, 824, 826 y 1052 del Código de Comercio en que incurrió el *ad quem* al no haberle dado valor probatorio a los documentos con los cuales la parte demandante acreditó la existencia del contrato de seguro" (fl. 8, cdno. Corte).

En desarrollo del cargo así propuesto, manifiesta el censor que el Tribunal no dio por establecido el contrato de seguro, no obstante haber visto "el recibo de folio 5 del cuaderno uno, la solicitud de seguro de folios 11 y 33 y la declaración de asegurabilidad de folios 12 y 34 complementados con el contrato de trabajo de la agente María Victoria Correa, de folios 36 a 40, e ilustrada la voluntad de los contratantes con la declaración de William Correa que corre visible a folios 10, 11 y 12 del cuaderno de pruebas de la parte demandante" (fls. 9 y 10, cdno. Corte).

Afirma a continuación que de los documentos aportados puede observarse que contienen todos los elementos esenciales del contrato de seguro que el sentenciador echa de menos, "así en ellos no se diga expresamente que constituyen o configuran la denominada 'póliza', palabra sacramental que no es exigida por la ley" (fl. 10, cdno Corte).

Tras la transcripción de apartes de uno de los tratadistas nacionales en materia de seguros, expresa el censor que en el expediente se encuentra demostrada: "la oferta formalmente aceptada firmada tanto por el asegurador representado por la agente María Victoria Correa la cual tenía la facultad suficiente para vincular al asegurador, conforme al artículo 1º de la Ley 65 de 1966" (fls. 11 y 12, cdno. Corte), además de encontrarse igualmente probada, conforme al texto del recibo expedido por aquélla al tomador del seguro el 25 de agosto de 1988, la vigencia inmediata de la póliza, pese al texto ambiguo de tal recibo, ambigüedad que ha de interpretarse contra quien redactó ese documento, conforme a los artículos 1618 y 1624, inciso 2 del Código Civil.

De este modo -prosigue el recurrente-, "si el *ad quem* hubiese dado el valor probatorio demostrativo del contrato de seguro a los documentos antes referenciados habría encontrado procedente el acogimiento de las pretensiones principales de la demanda, lo que no hizo, por cuanto estimó que no existía en el proceso un documento con fisonomía jurídica de póliza" (fl. 12, cdno. Corte), lo que constituye error de derecho en la apreciación de las pruebas mencionadas, mediante la "violación del medio de las normas que consagran el principio de la necesidad de la prueba, la enumeración de los medios de prueba, la autenticidad presumida de los documentos contentivos del contrato de seguro y de las firmas puestas en ellos y la necesidad de las solemnidades *ad substantiam actus* cuando se probaron actos en los cuales la norma así lo exige para su validez o existencia" (fls. 12 y 13, cdno. Corte).

Cargo segundo

Al formular este cargo, acusa el recurrente la sentencia del Tribunal "por ser violatoria de los artículos 871, 897, 1036, 1037, 1038, 1045, 1046, 1047, 1049, 1052, 1054, 1072, 1079, 1080 reformado por el artículo 83 de la Ley 45 de 1990, 1137, 1138, 1141, 1148, 1158 del Código de Comercio, artículos 1501, 1618 y 1624, inciso 2 del Código Civil y el artículo 1º de la Ley 65 de 1966", como consecuencia de errores de hecho manifiestos en la apreciación probatoria.

En orden a precisar la acusación, afirma el recurrente que se incurrió por el Tribunal en error de apreciación del "recibo de folio cinco del cuaderno uno", la "solicitud de seguro de folios 11 y 33", la "declaración de asegurabilidad de folios 12 y 34", el "contrato de trabajo de la agente María Victoria Correa, de folios 36 a 40 del cdno. 1", la "declaración de William Correa de folios 10, 11 y 12 del cuaderno de pruebas de la parte demandante" (fls. 13 y 14, cdno. Corte).

Como consecuencia de la errónea apreciación de las pruebas mencionadas, al decir del censor "no se dio por probado, estándolo, que el día 25 de agosto de 1988 en las horas del día se celebró un contrato de seguro de vida entre Javier Gómez G. y la compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A." (fl. 14, cdno. Corte), contrato éste del cual están demostrados sus elementos esenciales con las pruebas que se dice fueron mal apreciadas, los que no obstante no se tuvieron por probados, estándolo, como igual ocurrió respecto de la facultad de la agente de la compañía aseguradora para representarla y de la voluntad de las partes para que el contrato de seguro a que se alude en la demanda tuviera vigencia inmediata.

En procura de demostrar el cargo, aduce el censor que Javier Gómez García y la compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A., al suscribir los documentos que menciona como pruebas mal apreciadas, convinieron "por escrito en los elementos esenciales del contrato" (fl. 17, cdno. Corte), por lo que "siendo su voluntad que empezara su vigencia en ese mismo momento en que firmaron, habiendo pagado la parte correspondiente su precio del contrato, no puede menos que concluirse en el yerro que incurrió el *ad quem* cuando echa de menos la existencia de un documento que "revista la fisonomía jurídica de póliza", cuando a su vista tuvo un conjunto de documentos que configuran el escrito contentivo del seguro así no se le haya denominado póliza o se reserve ese nombre para un documento especial con cierto formato y cierto boato que acostumbran a expedir las compañías de seguro (sic)" (fls. 17 y 18, cdno. Corte).

De esta suerte, en opinión del recurrente, el *ad quem* llegó a quebrantar las normas sustanciales que se denuncian como infringidas, lo que no habría sucedido si "hubiese valorado en su real dimensión las pruebas señaladas" (fl. 18, cdno. Corte), razón por la cual solicita casar la sentencia impugnada y, en su lugar, al desatar la apelación contra el fallo de primer grado, actuando en sede de instancia, acoger las pretensiones de la parte actora.

Consideraciones

1. *Por ministerio de la ley, el contrato de seguro tiene como uno de los atributos el de ser solemne (art. 1036 Código de Comercio), como quiera que no se perfecciona tan solo con el lleno de los requisitos de capacidad de las partes que intervienen en su celebración, consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícitos, sino que exige para su existencia, la formalidad externa de que conste por escrito, en documento que ha de contener además de las condiciones generales del contrato los datos y estipulaciones específicamente señalados en el artículo 1047 del Código de Comercio, norma ésta que guarda estrecha relación con el artículo 1046 del mismo estatuto legal, en el que se prescribe en forma expresa que este contrato "se perfecciona y prueba" con el documento "que se denomina póliza". En ella, como es sabido, se individualiza el*

amparo de que se ha hecho cargo el asegurador dentro de un marco preciso, que permite establecer la extensión de la cobertura, de una parte y, de otra, las causas que determinan, limitan y excluyen la responsabilidad del asegurador, ya sea frente al tomador, al asegurado o a los beneficiarios, todo dentro de las condiciones generales del seguro respectivo (arts. 1047 C. de Co., Ley 105 de 1927 y 43, Ley 45 de 1990).

2. *Consecuencia ineludible de la solemnidad exigida por el legislador para el perfeccionamiento del contrato de seguro, es que, sin ella, no nace a la vida jurídica, pues tal formalidad es un requisito ad substantiam actus, de cuya falencia deviene la inexistencia misma del contrato, así como la imposibilidad de su prueba por otros medios probatorios pues así lo ordena en forma categórica el artículo 1046 del Código de Comercio. Ello significa, entonces, que en ausencia de la póliza no puede la jurisdicción dar por demostrado un contrato de seguro de ninguna clase, pues a este tipo de contratos le es aplicable la doctrina de la Corte, según la cual "es principio indiscutible que el contrato solemne no tiene existencia jurídica sino desde que se cumple la formalidad externa que la ley exige para su perfección" (Cas. Civ. 11 de septiembre de 1984), G.J. Tomo CLXXVI, pág. 256), sin perjuicio de que como lo ha dicho la Corte "si bien es cierto que las partes pueden anticipar la vigencia del seguro, no es menos evidente que al momento de suscribirse la póliza, debe existir el riesgo" (Sent. 337 de septiembre 3 de 1988).*

3. Aplicadas las nociones anteriores al caso *sub lite*, encuentra la Corte que el recurrente tanto en el primero como en el segundo cargo acusa la sentencia impugnada de la infracción indirecta de las normas sustanciales allí mencionadas, como consecuencia de errores de apreciación probatoria, de derecho según el primero de los cargos formulados (fl. 9) y de hecho, conforme a lo expuesto al proponer el segundo. Uno u otro yerro, en cada cargo, los hace radicar el censor en la equivocada apreciación de la solicitud de seguro (fls. 11 y 33, c-1), el recibo obrante a folio cinco (c-1), la declaración de asegurabilidad (fls. 12 y 34, c-1), el contrato de trabajo de la agente María Victoria Correa (fls. 36 a 40, c-1) y la declaración testimonial de William Correa (fls. 10, 11 y 12, cdno. de pruebas, parte demandante).

De la simple lectura de las piezas procesables mencionadas, aparece con absoluta claridad que ninguno de los dos cargos aquí analizados se encuentra destinado a prosperar por cuanto:

3.1 Ninguno de los documentos que se dice fueron equivocadamente apreciados por el juzgador reúne los requisitos formales y sustanciales que la ley exige para la existencia misma de la póliza de seguro (art. 1047 del C. de Co.), ni tampoco puede estimarse que del análisis integral de esos documentos puede concluirse que son o sustituyen la póliza de seguro -como lo propone el censor-, pues semejante conclusión riñe en forma rotunda con lo prescrito por el artículo 1046 del Código de Comercio, norma ésta que exige para el perfeccionamiento y prueba del contrato de seguro "el documento" que "se denomina póliza", el cual viene a ser no sólo la expresión documental del contrato, sino que constituye formalidad externa sine quo non *para su propia existencia, como que es requisito* ad constitutionem *del propio contrato y no una simple formalidad* ad probationem.

En efecto: en la "solicitud que se presenta a la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A." (fls. 11 y 13, cdno. 1), expresamente se aceptó por el peticionario que "el seguro sólo iniciará su vigencia cuando la Suramericana expida la póliza correspondiente de acuerdo con lo solicitado y haya recaudado la prima completa"; al propio tiempo, en la "declaración de asegurabilidad" -segunda parte de la solicitud, (fl. 34, cdno. 1), el señor Javier Gómez García, manifiesta que conviene en que las respuestas consignadas en ese formulario "serán parte integrante del contrato de seguro y la base de la póliza que se me expida" (fl. 34, cdno. 1), al paso que el "recibo provisional" que aparece a folio cinco, cuaderno 1, además de la denominación misma que de por sí determina el carácter de ese documento, expresa que el "anticipo en relación con la solicitud de seguro de vida... pone en vigor la póliza y los anexos solicitados desde el mismo momento de la emisión", lo que indica que ni de lejos este documento, ni los ya mencionados aisladamente o en conjunto constituyen la póliza que el Tribunal echó de menos al formar su convicción sobre la inexistencia del contrato cuya existencia se impetra declarar en la sentencia por la parte demandante.

3.2. De otro lado, sentado como está que el seguro es contrato solemne, resulta manifiesta la impertinencia del contrato celebrado por la compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A. con su agente María Victoria Correa Castaño para intentar demostrar con ese documento (fls. 36 a 41, c-1), la existencia del seguro de vida que la recurrente pretende se declare por la jurisdicción en este proceso, ya se trata de dos relaciones jurídicas distintas, con sujetos diferentes y con objeto diverso.

3.3. Igual sucede con la declaración de William Correa, que se encuentra a folios 10, 11 y 12 del cuaderno de pruebas de la parte demandante, pues la solemnidad exigida por la ley para la constitución del contrato de seguro, impone al juzgador la inadmisibilidad de un medio de prueba diferente a la póliza para demostrar el contrato de seguro (art. 1046 C. de Co.), lo indica que el supuesto yerro de juicio del Tribunal por este aspecto carece de asidero legal, como quiera que proceder en contrario significa darle cabida a un medio de prueba cuya inconducencia es evidente.

IV. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 8 de abril de 1991, en el proceso ordinario promovido por Mery García Peláez y Alba Cecilia Estrada Roldán, esta última en su propio nombre y como representante legal del menor Esteban Gómez Estrada, contra la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A.

Costas a cargo de la parte recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO A-108

IMPEDIMENTO / RECUSACION

Fundamento de las causales de impedimento y de recusación. Su taxatividad y motivación, ya por el impedido, ora por el recusante. La legislación actual consagra como motivo de impedimento y por ende, como de recusación, tanto el interés directo como el indirecto, o sea cuando se dé una circunstancia que puede ser económica o moral, que lleve al juzgador a desear determinada decisión, acorde desde luego con su interés en el resultado del proceso. Clasificación de los motivos de impedimento y recusación. Factores: objetivo y subjetivo. Frente a este último, el dicho del magistrado, que versa sobre una situación de orden moral y, por lo tanto, de conciencia, es absolutamente respetable y debe prevalecer, mientras no se demuestre lo contrario a lo que él afirma.

IMPEDIMENTO / RECUSACION - NUMERAL 2 ARTÍCULO 150 C.P.C. / REVISION - IMPEDIMENTO - RECUSACIÓN

Requisitos para que se estructure esta causal. No se da cuando se trata de conocer del recurso extraordinario de revisión.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Referencia: Expediente número 2842

Decide la Corte sobre la recusación formulada por el abogado Alvaro Mora R., en condición de apoderado del recurrente en revisión Joaquín Alonso Salazar Arango, respecto del Magistrado Ponente Héctor Marín Naranjo.

ANTECEDENTES

1. En escrito de 6 de febrero del corriente año el mencionado apoderado recusó al referido Magistrado invocando la causal 1ª del artículo 150 del C. de P. C.: "tener el juez,

su cónyuge o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, interés directo o indirecto en el proceso". Posteriormente adicionó su petición, el 13 de febrero de este mismo año, invocando la causal 2: "haber conocido el proceso en instancia anterior, el juez, su cónyuge o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente".

En apoyo de la primera causal de recusación pretendida dice el peticionario que el proceso a revisar no es otro que el ordinario promovido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- contra la sucesión de Federico Barrientos Uribe, por el cual se obtuvo la declaración de nulidad absoluta del testamento dispuesto por el occiso; instituto que es a la vez el demandado en el proceso de revisión. Que el Magistrado Ponente está casado con la abogada Marietta Jaramillo de Marín, quien ocupa un alto cargo en el área legal y administrativa del Instituto, en condición de asesora de la Dirección General, por lo cual tiene contacto permanente con el Director General, asiste a las Juntas Directivas, ha representado al Director en eventos y congresos, "a lo que además se suma su condición y dependencia laboral del ICBF", por lo cual "se encuentra estrechamente vinculada con sus intereses y su suerte". De todo lo cual concluye que la cónyuge del Magistrado tiene interés directo e indirecto "ya que de no producirse la revisión, y la impugnación extraordinaria no prosperare, ello daría lugar a que el Instituto resultara airoso, la sentencia habría hecho tránsito en tal caso a la cosa juzgada material y el Bienestar Familiar vendría a ser en forma inmutable y definitiva, el heredero único y universal de la cuantiosa fortuna... hoy mayor a los dos mil quinientos millones de pesos ($2.500.000.000)...".

En apoyo de la segunda causal dice que la sentencia impugnada en revisión, de fecha noviembre 20 de 1989, fue proferida con ponencia del Magistrado recusado.

II. Mediante proveídos de 12 de febrero y 2 de marzo de este año el Magistrado recusado manifestó no aceptar que él o su esposa tuvieran interés directo o indirecto en las decisiones a tomar en el proceso de revisión, ni haber conocido de este proceso en instancia anterior.

SE CONSIDERA

1. *Las causales de impedimento y recusación que consagra la legislación procedimental, están todas orientadas a precaver que el juzgador, en un caso concreto, pierda la independencia e imparcialidad en sus decisiones judiciales, al darse respecto de él un motivo o causal específicamente señalado en la ley, que podría perturbar su serenidad de criterio y la rectitud con que debe administrar justicia.*

2. *Ahora bien, las causales de impedimento y recusación son taxativas y deben ser motivadas, ya por el impedido, ora por el recusante, a fin de evitar que el juzgador se sustraiga de cumplir con sus obligaciones de administrar justicia pretextando cualquier circunstancia que no compromete su independencia, o de impedir que una parte formule una tacha infundada de parcialidad sobre el juez o magistrado. Y, por ello, siendo normas de excepción las que contienen los impedimentos, no puede hacerse de ellas una interpretación y aplicación intensiva o bondadosa, como lo tiene sentado la jurisprudencia de la Corte (Cas. Civ. de 30 de abril de 1964, T. CVII, págs. 137 y 138).*

3. *El artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, con la modificación introducida por el Decreto 2282 de 1989, consagra como causal de recusación, la circunstancia de "tener el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, interés directo o indirecto en el proceso".*

4. *A diferencia de la legislación procedimental derogada (Ley 105 de 1931, art. ...), que no hablaba del interés en las modalidades de directo e indirecto, pero que la Corte consideró en su época que comprendía las dos especies la referida causal (auto de 6 de junio de 1935, G.J. T. XII, pág. 87), la legislación actual, siguiendo este criterio doctrinal, como acaba de verse, si consagra como motivo de impedimento y, por ende, como de recusación, tanto el interés directo como el indirecto, o sea, cuando se dé una circunstancia, que puede ser económica o moral, que lleve al juzgador a desear determinada decisión, acorde, desde luego, con su interés en el resultado del proceso.*

5. *Empero, respecto del motivo de impedimento y de recusación de que se viene hablando, hay que hacer algunas precisiones que han sido advertidas por la jurisprudencia de la Corte y del Consejo de Estado.*

En efecto, la Corte, siguiendo el criterio doctrinal de Mattirolo, ha clasificado los motivos de impedimento y recusación en cuatro grupos: afecto, interés, animadversión y amor propio del juez, y pertenecen al primero los motivos de que trata el artículo 150 del C. de P.C., en los numerales 3, 4, 5 y 9, segunda parte; 11 y 13; al segundo, los dos numerales 1, 10, 12 y 14; al tercero, las de los numerales 6, 7, 8 y 9 primera parte; y al cuarto, el del numeral 2 (art. 150 del C. de P.C.).

Empero, fuera de la clasificación precedente, se ha dicho que las diferentes causales de impedimento y recusación que contiene el artículo 150 del C. de P.C. se pueden agrupar en dos clases de factores, uno de índole objetivo, que son los motivos indicados en los numerales 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13 y 14, y otro de linaje subjetivo, que son los motivos señalados en los numerales 1 y 9.

Esta última clasificación ha permitido que, por ejemplo, el Consejo de Estado haya dicho: "Mientras en los primeros (los agrupados en el factor objetivo) el impedimento surge, sin discusión alguna, de la prueba de los supuestos de hecho normativo (el parentesco, la existencia de pleito pendiente, de la denuncia penal, del hecho de ser acreedor o deudor, heredero o legatario, etc.) o sea, que dada la prueba de las circunstancias contempladas por la ley, no cabe otra solución para el juez que conoce del impedimento o de la recusación que aceptar aquél o ésta; o, en otras palabras, el que juzga el impedimento (o la recusación) no tendrá en principio discrecionalidad para declararlo o no. En cambio, en los segundos (los agrupados en el factor subjetivo), el juez que conoce de la recusación puede aceptarla o no, porque las pruebas, al referirse a un estado anímico... le deben dejar cierto margen de discrecionalidad en su persuación..." (auto de 8 de mayo de 1987). Y la Corte, aludiendo a las causales de índole subjetivo ha sostenido que "el dicho del magistrado, que versa sobre una situación de orden moral y, por lo tanto, de conciencia, es absolutamente respetable y debe prevalecer, mientras no se demuestre lo contrario a lo que él afirma" (auto de 12 de mayo de 1969).

6. Al examinar la recusación propuesta respecto al Magistrado Héctor Marín Naranjo, fundada en la causal de que trata el numeral 1 del artículo 150 del C. de P.C., encuéntrase lo siguiente, respecto del caso concreto:

El Magistrado, como se dejó dicho, negó que él o su esposa tuvieran interés directo o indirecto en los resultados del proceso de revisión: "el suscrito no tiene absolutamente ninguna relación con los miembros de la Junta Directiva del ICBF. Tampoco la tiene con el personal directivo de la misma entidad, incluido el Director General. Es más, ni siquiera los conoce personalmente... la esposa del suscrito nada tiene que ver con los asuntos atañederos a la vocación hereditaria del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o a los de los bienes vacantes y mostrencos. Por lo mismo, las decisiones judiciales concernientes a esos tipos de negocios en nada la afectan en su vinculación con el ICBF: ni para bien ni para mal".

Esta afirmación del Magistrado, de conformidad con el criterio que anteriormente se dejó expuesto, es en principio atendible, dado su linaje subjetivo, salvo evidencia en contrario, que en verdad no resulta de las pruebas recaudadas:

La doctora Marietta Jaramillo de Marín, esposa del Magistrado recusado, según da cuenta la partida del registro civil que obra al folio 129 de este cuaderno, manifestó ocupar el cargo de asesora de la Dirección General del ICBF, tener profesión de abogada y haber desempeñado con anterioridad otros cargos en el Instituto, partiendo del año 1973. Dijo que dentro de su trabajo no está conocer los negocios y actividades que se cumplen en relación con las vocaciones hereditarias y las declaraciones de vacantes y mostrencos que ejecuta el Instituto, pues la actividad está concentrada en la sección de bienes y representación judicial, adscrita a la Subdirección Jurídica, a la cual no ha estado vinculada en los seis años que lleva como asesora, ni siquiera por encargo. Que no pertenece a la Junta Directiva del Instituto, ni ha tenido su representación legal; que ha asistido en representación del mismo a foros y seminarios sólo cuando se trata el tema de la protección legal del menor y la familia, lo cual constituye su campo de acción. Que hace parte sí del Comité de Dirección, encargado de discutir las políticas y programas que orientan a las regionales de la entidad en el cumplimiento de sus diferentes funciones, sin que allí se hayan discutido las actividades relacionadas con las sucesiones y bienes vacantes y mostrencos; que ocasionalmente recibió poder para suscribir escrituras públicas y representar judicialmente al Instituto; que tan sólo para la época en que fue directora en las Regionales de Caldas y Cundinamarca tuvo ocasión de adelantar actividades relacionadas con bienes vacantes y mostrencos, sucesiones y vocaciones hereditarias.

Agregó luego, que en relación con el proceso ordinario adelantado por el ICBF contra Jairo Antonio Zapata Agudelo y otro, no ha tenido conocimiento ni ha adelantado conversación o emitido concepto, pues no es consultada en ese tipo de asuntos. Que igual ocurre respecto del proceso de revisión. Que el mayor porcentaje de los ingresos del Instituto provienen del 3% que sale de las nóminas de los empleados públicos y privados; que no es deudora del ICBF; que fue deudora de la Cooperativa de Empleados del Instituto y lo es del Fondo de Empleados, Fonbienestar, los cuales tienen personería jurídica propia; que asiste regularmente a Comités, como el de la Comisión de Vigilancia de la Televisión y el Interinstitucional para la Defensa de los Derechos del

Niño; que está próxima a cumplir veinte años de servicio al Estado pero no tiene aún la edad requerida para obtener la jubilación; que el ICBF ha tenido superávit en sus ingresos porque se han sobrepasado las metas del recaudo proveniente de las nóminas, ingreso fundamental de la Entidad; que el superávit por este concepto fue el año pasado de más de seis mil millones de pesos; que el Comité de Dirección, al cual pertenece, asiste el Subdirector Jurídico y se tratan temas relacionados con las funciones que cumplen los defensores de familia; que los directivos del Instituto saben que su esposo es Magistrado de la Corte aunque pocos lo conocen; que su esposo tan sólo le comentó sobre el proceso de revisión a causa de la recusación y que en razón de su trabajo no tiene oportunidad de enterarse de los procesos que el Instituto adelanta.

La declaración rendida por la funcionaria guarda armonía con las certificaciones expedidas por la jefatura de la División de Personal y por el Director General del Instituto (fls. 166 a 171 de este cuaderno). Dice el director que "las funciones que desempeña la doctora Marietta Jaramillo de Marín son de asesoría en el área de la legislación de menores y de familia. Las funciones del área legal de este Instituto le están asignadas a la Subdirección Jurídica... nunca he discutido con la doctora Jaramillo de Marín cuestiones atinentes al proceso ordinario del ICBF contra la sucesión de Federico Barrientos Uribe".

De todo lo anterior se infiere, con precisión, que la doctora Marietta Jaramillo de Marín no tiene entre sus funciones, ni directa, ni indirectamente, injerencia en los procesos de sucesión que adelanta el Instituto y en particular en relación con el ordinario del ICBF contra la sucesión de Federico Barrientos Uribe o con este proceso de revisión. Su trabajo está restringido a otros asuntos, en particular los atinentes a la legislación de menores y de familia. Así que por tal concepto no tiene interés en el resultado del proceso de revisión a decidir por la Corte, interés que ella niega de plano.

De otra parte, el monto de los bienes involucrados en el proceso de sucesión de Federico Barrientos no es tan elevado como pretende el recusante, según se aprecia de las copias expedidas por el Juzgado 6º de Familia de Medellín (fls. 174 y ss., de este cuaderno) y, en todo caso, los ingresos del Instituto, según quedó claro, provienen en su mayor parte de otros rubros diferentes a derechos hereditarios, que le producen por sí solos un cuantioso superávit, por lo que mal puede estimarse que el resultado del proceso de revisión sea vital para el ICBF, en forma tal que necesariamente despierte el interés de la esposa del Magistrado recusado. Ni por razón de sus funciones desempeñadas en campos ajenos a la cuestión debatida en el proceso de revisión, ni por razón de la incidencia del litigio en el campo patrimonial del Instituto, está comprometida la estabilidad laboral de la doctora Marietta Jaramillo de Marín, lo cual descarta el interés que se le atribuye.

7. También consagra el artículo 150 numeral 2 del Código de Procedimiento Civil, como causal de impedimento, y por tanto de recusación, la circunstancia de "haber conocido del proceso en instancia anterior, *el juez o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente".*

Como se dejó sentado ab initio, *las causales de impedimento, que son las mismas que dan pie para la recusación de un juez o magistrado, han sido señaladas por la ley con criterio claramente taxativo. Por consiguiente, al juzgador no le es permitido*

sustraerse de cumplir con los deberes que la ley le asigna alegando situaciones o hechos, que según la disciplina jurídica, ciertamente no constituyan motivo de impedimento; como tampoco, por el mismo principio específico o limitativo, le es permitido a las partes formular recusaciones apoyadas en motivos diferentes de los establecidos por la ley sobre el particular.

8. *La estructuración de esta causal, de linaje objetivo, como se dejó sentado, descansa sobre ciertos supuestos, que se extraen sin dificultad del texto que la consagra, a saber:*

a) Que se trate de un verdadero "proceso" y no de una actuación procesal cualquiera;

b) Que se refiera a un mismo proceso, pues la causal persigue, como se desprende nitidamente de su redacción, garantizar la imparcialidad judicial en las diferentes instancias y el recurso de casación, en un mismo asunto. Así que es posible para el juez conocer de otros procesos no obstante que tengan relación con el anterior, sin que se estime afectada su imparcialidad, y

c) Que el proceso haya tenido instancia anterior, cuyo conocimiento haya estado a cargo del mismo juez de la instancia superior, su cónyuge o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil (inciso precedente).

9. *Los mencionados supuestos no se dan todos en el presente caso, pues resulta evidente que el proceso de revisión es diferente de aquél en que se dictó la sentencia cuya revisión se pretende. Si bien la revisión es un recurso extraordinario contra lo decidido en ciertas sentencias, se propone, se tramita y se resuelve en proceso enteramente diferente al que fue objeto del fallo. Por consiguiente no se configura la causal de recusación estudiada.*

10. Sobre el particular se ha pronunciado la jurisprudencia de la Corte en repetidas ocasiones, siempre en el mismo sentido, entre otros en los autos del 14 y 27 de julio de 1982, dictados en procesos de revisión no identificados en las copias del archivo de esta corporación, y últimamente en auto de 14 de diciembre de 1988, en el cual se dijo: "... se configura esta causal cuando el mismo funcionario que conoció de la 'instancia anterior' también ha de conocer de la instancia posterior superior o del recurso extraordinario de casación. Por el contrario, no se estructura esta causal cuando el funcionario que conoce en instancia superior o del recurso de casación, no ha conocido en una instancia anterior, pues en ellos la ley permite al mismo funcionario enmendar los eventuales errores u omisiones, a través de los medios y formas en ella establecidos. Ni tampoco se configura esta causal en la revisión extraordinaria de una sentencia de la que se ha conocido, porque, como lo ha dicho esta Corporación, el proceso de revisión es distinto de aquél en que se dictó la sentencia cuya revisión se pretende, y por consiguiente no se configura la causal de impedimento..." (Revisión, Jesús Tovar Gómez).

11. Por último, respecto de la segunda causal de recusación, fuera de que no prospera por lo antes dicho, tampoco se abre paso, porque tal como se formuló cae dentro de las previsiones del inciso 2 del artículo 151 del C. de P.C.

DECISIÓN

En armonía con lo expuesto, la Corte,

RESUELVE:

1. **Declárase** infundada la recusación al Magistrado Ponente en el proceso de revisión, doctor Héctor Marín Naranjo.

2. **Impónese** al recusante Joaquín Alfonso Salazar y a su apoderado Alvaro Mora R., en forma solidaria multa equivalente a cinco (5) salarios mínimos, la cual deberá ser cancelada a órdenes del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, en las oficinas del Banco Popular, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de esta providencia. Envíese copia auténtica al mencionado Fondo (art. 394 del C. de P.C.).

Notifíquese y cúmplase.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 186

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Sentencia / CASACION - Procedencia / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de Hecho

Debe el recurrente destruir la presunción de legalidad y acierto que acompaña la sentencia impugnada. Taxatividad de las sentencias susceptibles de este recurso, así como de sus causales. Marco dentro del cual la Corte asume su competencia. La causal 1ª de casación. Si el recurrente opta por la vía indirecta y censura la sentencia por haber incurrido en error de hecho en la apreciación de las pruebas, el yerro ha de ser evidente y trascendente. Explicación de cada uno de estos conceptos.

PROMESA DE CONTRATO - Plazo / PLAZO - Función / NULIDAD SUSTANCIAL - Plazo

Se entiende debidamente configurado al tenor del numeral 3 del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, cuando cumple la función de "fijar la época en que ha de celebrarse el contrato", esto es de dar certeza y determinación del día en que ha de perfeccionarse el contrato prometido. Si de la interpretación del contrato de promesa puede establecerse la omisión de ciertos requisitos que conduzcan a la declaración de nulidad de oficio, el juzgador debe verificar el cumplimiento de los requisitos pertinentes.

PROMESA DE CONTRATO - Nulidad Absoluta / NULIDAD ABSOLUTA - Promesa de Contrato

Si objetivamente del contenido del contrato solemne de promesa parece la falta de determinación temporal, precisa que fije la época en que debe celebrarse el contrato prometido, se trata de una comprobación ostensible o manifiesta de la omisión de un requisito formal, que faculta al juez para decretar de oficio la nulidad absoluta, tratándose del litigio entre los mismos contratantes.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: *Pedro Lafont Pianetta*

Santafé de Bogotá, D. C., veintinueve (29) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Referencia: Expediente número 3353

Se decide por la Corte el recurso extraordinario de casación, interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 10 de noviembre de 1989, en el proceso ordinario iniciado por Victoriano Laconcha Abecia contra Jairo Arturo Pineda Huertas y María Eugenia Betancourt de Pineda.

I. Antecedentes

1. Victoriano Laconcha Abecia, actuando representado por Procurador Judicial, convocó a un proceso ordinario de mayor cuantía a Jairo Arturo Pineda Huertas y María Eugenia Betancourt de Pineda, a objeto de que previa su tramitación legal se proveyese sobre las siguientes pretensiones:

1.1 Que se declare "disuelto por incumplimiento" el contrato de promesa de compraventa celebrado entre las partes el 23 de octubre de 1978, contrato en el cual el demandante prometió vender a los demandados y éstos prometieron comprar el apartamento 401 del Edificio Carmen, ubicado en la carrera 24 número 24-56 de Bogotá, cuya descripción y linderos aparecen en la demanda.

1.2 Que, en consecuencia, se ordene a los demandados restituir ese inmueble al actor y se disponga a su vez que Victoriano Laconcha restituya a aquéllos "las sumas de dinero consignadas hasta la fecha de presentación" de la demanda inicial.

1.3 Que se condene a la parte demandada a pagar al demandante los frutos civiles y naturales producidos por el inmueble en mención y, además, aquellos que con mediana inteligencia y cuidado hubiere podido producir durante todo el tiempo en que permanezca en su poder.

2. Fundó sus pretensiones el actor, en los hechos que se sintetizan así:

2.1 El 23 de octubre de 1978 se celebró entre las partes un contrato de promesa de compraventa en el cual Victoriano Laconcha Abecia prometió vender a los demandados y éstos prometieron comprar el apartamento número 401 del Edificio Carmen, ubicado en la carrera 24 número 47-56 de Bogotá, cuyos linderos se especifican en la demanda.

2.2 Las partes contratantes acordaron como el precio del inmueble la suma de un millón doscientos mil pesos moneda corriente ($1.200.000.00 M/cte.), de los cuales los prometientes compradores entregaron al demandante cien mil pesos ($100.000.00) "como arras de negocio, así: veinte mil pesos ($20.000.00) en efectivo a la firma del documento y ochenta mil pesos ($80.000.00) consignados el 31 de octubre de 1978 en la cuenta corriente número 1864119 del Banco de Colombia", como se estipuló en la

cláusula 3ª del contrato, cumplido lo cual el demandante entregó a los prometientes compradores ese inmueble, al igual que certificado de libertad y tradición del inmueble.

2.3 Ninguno de los contratantes se presentó "dentro de los sesenta (60) días" siguientes contados a partir de la firma de la promesa de compraventa, a otorgar la escritura pública que le diera cumplimiento al contrato prometido, para lo cual se había acordado su otorgamiento en la Notaría 9ª de Bogotá.

2.4 Pese a lo anterior, los demandados continuaron ocupando el inmueble y consignaron en la referida cuenta del Banco de Colombia, a nombre del actor, sumas de dinero que jamás fueron acordadas.

2.5 Los demandados obtuvieron aprobación de un crédito por el Banco Central Hipotecario por la suma de ochocientos cuarenta mil pesos ($840.000.00), con destino al pago del precio del inmueble al demandante, lo que comunicaron a éste el 29 de octubre de 1979. A esta comunicación, el actor le dio contestación por telegrama fechado el 5 de noviembre del mismo año, en el que manifiesta que el contrato prometido "se había anulado" por la falta de comparecencia de las partes a otorgar la escritura pública de compraventa respectiva, en el plazo y notaría convenidos.

2.6 Como quiera que Jairo Arturo Pineda y María Eugenia Betancourt de Pineda insistieron en que se le diera cumplimiento a la promesa de venta suscrita con el actor sobre el inmueble a que alude la demanda, sin que se llegara a ningún acuerdo, se le dio entonces iniciación a este proceso.

3. Admitida que fue la demanda y notificado el auto admisorio de ella a los demandados, éstos le dieron contestación con oposición rotunda a las pretensiones y, a su turno, formularon demanda de reconvención, en la que ejercieron la acción de cumplimiento con fundamento en que el promitente vendedor, por su parte, incumplió previamente con sus obligaciones pues, ni canceló un gravamen hipotecario que pesa sobre el inmueble, ni proporcionó a los prometientes compradores la documentación que se había obligado a facilitarles para la obtención de un crédito destinado al pago del precio, ni obtuvo paz y salvo notarial para otorgar la escritura, ni tampoco concurrió a la Notaría Novena en el plazo acordado, para celebrar el contrato de compraventa.

4. Tramitado el proceso, el Juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá, le puso fin a la primera instancia mediante sentencia fechada el 8 de febrero de 1983 (fls. 108 a 118, c-1), en la que se denegaron las pretensiones de la demanda inicial, la excepción de los demandados y las pretensiones de la demanda de reconvención. Igualmente, se declaró "disuelto el contrato de compraventa" (sic) suscrito entre las partes el 23 de octubre de 1978, se dispuso que Victoriano Laconcha Albecia devuelva a los demandados los dineros recibidos y pague a éstos la suma de ochenta y un mil novecientos treinta y nueve pesos ($81.939.00) por concepto de mejoras. Además, se ordenó a los demandados restituir al actor el inmueble a que se refiere la demanda, junto con la suma de quinientos mil pesos ($500.000.00) por concepto de frutos civiles.

5. Apelado el fallo de primer grado por los demandados-reconvinientes, (fl. 120, c-1), el Tribunal, luego de tramitar el recurso de apelación, lo desató mediante sentencia pronunciada el 31 de julio de 1985 (fls. 38 a 41, c-4).

6. Recurrida la sentencia del Tribunal en casación, la Corte, mediante fallo proferido el 19 de abril de 1989, la casó y decretó la nulidad de todo lo actuado a partir de la fecha de la sentencia impugnada.

7. Vuelto el expediente al Tribunal para reponer la actuación anulada, éste dio cumplimiento a lo decidido por la Corte y al efecto dictó nuevamente sentencia de segunda instancia, el 10 de noviembre de 1989, visible a folios 57 a 62, cuaderno 4, en el cual revocó la sentencia apelada y, en su lugar, decretó la nulidad sustancial del contrato de promesa de compraventa a que se refiere la demanda, ordenó a los demandados entregar al actor el inmueble objeto del contrato "junto con los frutos producidos desde cuando lo tuvieron en su poder hasta cuando se haga la entrega", frutos que se calcularán conforme a lo dispuesto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil. De igual manera, se condenó por el sentenciado al actor a devolver a los demandados las sumas de dinero recibidas, junto con la corrección monetaria y sus intereses legales civiles, hasta cuando el pago se verifique, cuya determinación en concreto se realizará conforme a lo dispuesto por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil. Finalmente, se ordenó efectuar "las compensaciones a que haya lugar".

8. Recurrida entonces en casación por los demandados la sentencia de segunda instancia y cumplida la tramitación propia de este recurso extraordinario, de su decisión se ocupa ahora la Corte.

II. La sentencia del Tribunal

1. El Tribunal, tras sintetizar el litigio y la actuación surtida durante la primera instancia, expresa que examinado el contrato materia de las pretensiones de resolución por una de las partes y de cumplimiento por la otra en este proceso, encuentra que la cláusula 4ª del mismo se pactó que la escritura pública destinada a darle cumplimiento se otorgaría "dentro de los 60 días" a partir de la fecha del mismo (23 de octubre de 1978), cláusula ésta que si bien no fue discutida en el proceso por las partes, el Tribunal la encuentra contraria a derecho, pues conforme al artículo 89, numeral 3 de la Ley 153 de 1887, la promesa de celebrar un contrato debe contener un plazo o condición que fije la época en que haya de celebrarse el contrato prometido y, en este caso, "tal como fue redactada la cláusula transcrita, el cumplimiento del contrato se hizo imposible de llevar a cabo, es decir que la obligación de hacer emanada de la promesa, y consistente en otorgar una escritura pública, no tuvo fecha cierta", pues se hubiera podido realizar el primer día, o en otro cualquiera "antes de vencerse los 60 días" (fls. 58 y 59, c-4).

2. A renglón seguido expresa el sentenciador que, como esa deficiencia en el contrato analizado, lo deja sin una formalidad esencial para su validez, en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 50 de 1936, artículo 2° y el artículo 1741 del Código Civil, a declararse, de oficio, la nulidad de ese acto jurídico, pues el vicio es manifiesto y quienes celebraron el contrato son, además, partes en este proceso.

3. Agrega a continuación el Tribunal, que en aplicación de lo previsto en el artículo 1746 del Código Civil ha de ordenarse que las cosas vuelvan al estado anterior a la celebración del contrato y, por ello, procede a decretar las prestaciones mutuas de restitución del inmueble con sus frutos con cita de los artículos 714 y 717 del Código

Civil y a condenar al prometiente vendedor a devolver el dinero recibido junto con su corrección monetaria e intereses legales civiles (fls. 59 y 60, c-4).

III. La demanda de casación

Dos cargos formula el recurrente a la sentencia acusada, ambos por la primera de las causales de casación establecidas en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el uno por vía directa en la violación de normas sustanciales y el otro por infracción indirecta de ellas.

Primer cargo

Acusa el censor la sentencia en este cargo, por violación directa "de las siguientes normas de derecho sustancial, unas por no haberse aplicado debiendo hacerlo, otras por haberse aplicado indebidamente:

1. Artículos 27, 28, 30, 31, 32, 1494, 1495, 1496, 1500, 1501, 1502, 1517, 1546, 1551, 1602, 1603, 1608, 1609, 1610, 1613, 1615, 1618, 1620, 1621, 1622, 1740 y 1741 del Código Civil.

2. Artículo 60 del Código de Régimen Político y Municipal.

3. Artículos 4°, 5°, 8° y 9° de la Ley 153 de 1887.

4. Artículo 2° de la Ley 50 de 1936" (fl. 18, cdno. Corte).

En procura de sustentar el cargo propuesto manifiesta el censor que el Tribunal incurre en su interpretación del artículo 89, numeral 3 de la Ley 153 de 1889, en "grave equivocación" y violación de esa norma legal, porque no es verdad que el pacto de celebrar el contrato prometido "dentro de determinados días contados a partir de la fecha de la promesa..." "imposibilite" su cumplimiento..., puesto que, "como el mismo fallo lo admite, la satisfacción de lo así pactado... se hubiera podido realizar" en cualquiera de los sesenta días posteriores a la celebración de la promesa de compraventa (fls. 16 y 17, cdno. Corte).

Agrega que, siendo ello así, resulta "manifiestamente errado" pretender que lo que la ley denomina "época" para la celebración del contrato deba entenderse como "el señalamiento de lo que -impropiamente- el fallo denomina "fecha cierta", so pena de que sea dable hablar de "indeterminación del plazo" (fl. 17, cdno. Corte). La exigencia legal contenida en el numeral 3 del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, -prosigue el censor-, no puede entenderse como lo hace el Tribunal, pues si tal cosa ocurriera "no sería valedero" pactar el cumplimiento de una obligación "dentro de cierto número de días", lo que llevaría a violar, también, el artículo 60 del Código de Régimen Político y Municipal que regula lo que debe entenderse por la ejecución de un acto "en o dentro de cierto plazo", lo que se "entenderá que vale si se ejecuta antes de la media noche en que termina el último día del plazo" (fl. 17, cdno. Corte).

De la misma manera, -en opinión del censor- se violó también el artículo 1551 del Código Civil que, luego de definir lo que es el plazo como época que se fija para el cumplimiento de una obligación, limita, "en forma por demás clara y precisa, la posibilidad de que el juez pueda interpretar el alcance de una estipulación referente al

plazo, únicamente para cuando las partes discuerden sobre su inteligencia y aplicación, hipótesis legal esta última que jamás se presentó entre los contendientes en el pleito" (fl. 18, cdno. Corte).

Segundo cargo

Con apoyo en la causal primera de casación (art. 368 del C. de P.C.), el recurrente acusa en este cargo la sentencia objeto de censura, de ser violatoria, como consecuencia de haberse incurrido en errores evidentes de hecho, de las siguientes normas sustanciales:

"1. Artículos 27, 28, 30, 31, 32, 1494, 1495, 1496, 1500, 1501, 1502, 1517, 1546, 1551, 1602, 1603, 1608, 1609, 1610, 1613, 1615, 1618, 1620, 1621, 1622, 1740 y 1741 del Código Civil.

2. Artículo 60 del Código de Régimen Político y Municipal.

3. Artículos 4°, 5°, 8° y 89 de la Ley 153 de 1887.

4. Artículo 2° de la Ley 50 de 1936" (fls. 22 y 23, cdno. Corte), algunas de las cuales fueron aplicadas indebidamente y otras se dejaron de aplicar.

Arguye el impugnante que el Tribunal "ignoró por completo" que las partes en este proceso, si bien disputaron por otras razones en torno al contrato de promesa de compraventa entre ellas celebrado, no lo hicieron respecto al plazo pactado para solemnizar la compraventa prometida, como puede observarse de las piezas procesales sobre el particular, lo que significa que el sentenciador incurrió en error de hecho evidente "consistente en no haberse tenido en cuenta en el fallo el texto de la demanda con la cual se inició el proceso; tampoco el escrito de su contestación; ni menos el tenor de la demanda de reconvención y lo que se respondió a esta última (fl. 19, cdno. Corte), tal cual aparece por la mención que del plazo pactado se hace por las partes en el hecho 4° de la demanda inicial y su contestación, así como en el hecho 3° de la demanda de reconvención y su respuesta, los cuales se transcriben (fl. 20, cdno. Corte).

Así las cosas, en opinión del recurrente, ese yerro condujo al Tribunal a la transgresión de los artículos 1551 del Código Civil, 1501 del mismo y 89, numeral 3 de la Ley 153 de 1887, en cuanto, a contrario de lo dicho por el Tribunal, el plazo sí se determinó en el contrato y, además, sobre él no existió controversia entre las partes, todo lo cual llevó al fallador a "aplicar de manera indebida, violándolos, los artículos 1741 del Código Civil y 2° de la Ley 50 de 1936" (fl. 21, cdno. Corte).

De esta suerte, continúa la censura, el Tribunal, supuso "discrepancia entre los contratantes al respecto" sobre el plazo pactado para celebrar el contrato prometido, y, pese a lo expresado literalmente por los contratantes en la cláusula 4ª de la Promesa de Compraventa en el sentido de otorgar la escritura pública para darle cumplimiento, "dentro de los 60 días" siguientes a su fecha, "dio por ausente el cumplimiento del requisito que impera el numeral 3 del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, cuando la verdad jurídico-probatoria es que la cláusula 4ª de la Promesa sí recoge literalmente estipulación inequívoca de un plazo para solemnizar el contrato prometido" (fl. 22, cdno. Corte), yerro de tal magnitud que sin él no se habría dictado en el sentido en que lo hizo el Tribunal, en sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES

1. Como es ampliamente conocido, al recurrente en casación se impone por el legislador la carga procesal de destruir la presunción de legalidad y acierto que acompaña a la sentencia impugnada, carga ésta que, si no es satisfecha, acarrea de suyo la improsperidad del recurso extraordinario. Y, dada la propia índole de éste, sólo son susceptibles de esa impugnación las sentencias expresamente señaladas al efecto por la ley (art. 366 C. de P.C.), por las causales taxativamente determinadas en ella (art. 368 C. de P.C.) y con sujeción estricta a los requisitos formales que el legislador exige como indispensables para la tramitación del recurso (art. 374 C. de P.C.).

1.1 De esta suerte, es que en ningún caso la competencia funcional de la Corte en casación puede extenderse más allá de los motivos que el recurrente aduzca para proponer o sustentar los cargos formulados contra la sentencia impugnada, vale decir, que el impugnador traza, por así decirlo, el marco preciso dentro del cual puede ejercer en el caso la Corte su competencia, lo que a ella le impide suplir las deficiencias de la demanda de casación, o completar una acusación o ignorar sus falencias, si adolece de ellas.

1.2 La violación de normas de derecho sustancial, ya en forma directa, ora como consecuencia de errores de hecho manifiestos y trascendentes o de errores de derechos en la apreciación probatoria, puede alegarse en casación por el recurrente, en virtud de que así lo autoriza el artículo 368, numeral 1 del Código de Procedimiento Civil.

Mas, si el recurrente opta por la vía indirecta y censura la sentencia por haber incurrido en errores de hecho en la apreciación de las pruebas, conforme a la legislación positiva, el yerro ha de ser evidente y trascendente.

Lo primero, significa que ha de ser protuberante, manifiesto, que pueda apreciarse a primera vista, sin necesidad de esfuerzo en el razonamiento. Lo segundo, implica que además del error guarde relación de causa a efecto con la resolución judicial contenida en el fallo que se acusa, de tal manera que ésta sea producto del yerro. En otros términos cual lo dijo la Corte en sentencia del 17 de junio de 1964, G. J. tomo 107, página 288, reiterada en la número 330 del 27 de septiembre de 1990, no publicada, esta Corporación "cuando actúa como Tribunal de casación sólo puede entender en los temas que le proponga el recurrente y únicamente puede modificar las apreciaciones del fallador, atinentes a puntos de hecho, cuando formulado un ataque en esa órbita se demuestra comisión de error trascendente que aparezca en los autos, es decir, yerro que emerja con esplendor bajo la circunstancia de su enunciación".

2. Aplicadas las nociones precedentes al caso *sub lite*, encuentra la Corte que ninguno de los dos cargos con los cuales se combate la sentencia impugnada está destinado a prosperar, por cuanto:

2.1 Previamente es preciso señalar que la fundamentación de su decisión se encuentra en el siguiente párrafo donde mediante el análisis de la cláusula 4ª de la promesa concluye en la falta de la fecha cierta. En efecto, refiriéndose a dicha cláusula expresa: "De manera tal como fue redactada la cláusula transcrita (...) la escritura se llevará a cabo ante la Notaría Novena de esta ciudad de Bogotá dentro de los 60 días

a partir de la fecha de este contrato...'), el cumplimiento del contrato se hizo imposible de llevarlo a cabo, es decir que la obligación de hacer emanada de la promesa y consistente en otorgar una escritura pública, no tuvo fecha cierta, pues se hubiera podido realizar el primer día siguiente a la fecha de la promesa o el día 20, o el último día, antes de vencerse los 60 días de que habla la cláusula, y de esta manera quedó indeterminada la fecha" (fls. 58 y 59 del cdno. 4).

Luego, si conforme a esta argumentación -como asevera el recurrente en el cargo primero- *la violación del artículo 1551 del Código Civil y del artículo 89, numeral 3 de la Ley 153 de 1887 se produjo por la interpretación errónea, y si de acuerdo con el cargo segundo la violación se efectuó por la vía indirecta de tales normas sustanciales, la Sala estima pertinente despachar conjuntamente estos dos cargos por referirse al mismo tema del plazo de la promesa de contrato, primero precisando el alcance de dichos preceptos, cuya interpretación se combate en el primer cargo; para luego establecer su apreciación fáctica, atacada en la segunda censura.*

2.2 En cuanto al primer cargo formulado, reitera la Sala que tratándose exclusivamente del plazo de una promesa de contrato, se entiende debidamente configurado, al tenor del numeral 3 del artículo 89, cuando cumple la función de fijar "la época en que ha de celebrarse el contrato", esto es, de dar certeza y determinación del día en que ha de perfeccionarse el contrato prometido. A este respecto, esta Corporación ha dicho "... en el ámbito temporal de los contratos las partes disponen, por propia voluntad, de dos modalidades para definir hacia el futuro los alcances de las obligaciones, que son el término y la condición. El primero es entendido como el acontecimiento futuro, pero cierto en cuanto a su realización que suspende la exigibilidad de los compromisos negociables hasta que se cumpla. Así se menciona el plazo, o sea el señalamiento de un día para su atención, que al llegar hace que las obligaciones adquieran plena vida. *En cambio, la condición no está revestida del elemento de certeza, con que se identifica el término. Es un acontecimiento futuro en lo que atañe a su realización sin la perspectiva definida, que suspende el nacimiento o la resolución de las obligaciones..." (Casación del 1° de marzo de 1985, Proceso ordinario de Jesús A. Gómez Pineda contra Noé Suárez Calderón, Mag. Pon. doctor José Alejandro Bonivento Fernández, sin publicar) (lo destacado es de la Sala).*

2.2.1 Ahora bien, conviene precisar que si de la interpretación del contrato de promesa puede establecerse la omisión de ciertos requisitos que conduzcan a la declaratoria de nulidad de oficio, el juzgador deberá verificar el cumplimiento de los requisitos pertinentes. Pues bien, en la interpretación de las voluntades de una promesa de contrato de compraventa civil, recogida en la cláusula (como la sub examine), *tendientes a dar cumplimiento a uno de los requisitos de validez de aquéllas, como lo es "un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato" (num. 3, art. 89, Ley 153 de 1887), es preciso hacerlo conforme al alcance de esta exigencia normativa. Luego, si esta última, en el caso concreto de fijación de plazo, tiene el sentido de determinación temporal precisa (y no simple lapso de tiempo) para la celebración de contrato prometido y cumplimiento de buena fe de la promesa, no puede menos que analizarse e interpretarse la cláusula correspondiente, con fundamento en ella, y en desarrollo de las correspondientes reglas y métodos de interpretación negocial.*

2.2.2 Luego, al darle el *ad quem* -en este caso- de simple plazo de promesa de contrato, no vinculado a una condición, el entendimiento cabal y exacto de día cierto y determinado, como momento temporal preciso que fija la época en que debe celebrarse el contrato prometido, sencillamente se acogió el criterio legal que la jurisprudencia ha señalado en este evento para la interpretación de las cláusulas contractuales, y, no existiendo motivo razonable para su modificación, sino más bien para su reiteración, el primer cargo no está llamado a prosperar.

2.3 De otra parte, *en cuanto al* segundo cargo, *erigido con invocación de la vía indirecta como medio de violación de las normas sustanciales, conviene precisar que el error de hecho de que se acusa el fallo atacado no tiene para la Sala la virtualidad ni la fuerza exigidas para aniquilar la sentencia objeto de impugnación.*

2.3.1 Afirma el recurrente al punto, que el sentenciador incurrió en error de hecho por ignorar la prueba de que no hay disputa entre las partes sobre la intención y alcance de la cláusula cuarta del contrato de promesa de compraventa celebrado entre las partes, según el cual la escritura pública destinada a darle cumplimiento sería otorgada "dentro de los 60 días siguientes" a la celebración de tal promesa; y agrega que, por tal razón aplicó indebidamente el artículo 1551 del Código Civil y violó el artículo 89, numeral 3 de la Ley 153 de 1887. Y tal yerro, según el censor, ocurrió por no haber visto el fallador lo expresado en el hecho 4° de la demanda inicial y su respuesta, así como el hecho 3° de la de reconvención y su contestación (fls. 19 y 20, cdno. Corte).

2.3.2 Sobre el particular previamente reitera la Corte que si objetivamente, fundado exclusivamente en el contenido del contrato solemne de promesa aparece la falta de la determinación temporal mencionada se trata de una comprobación ostensible o manifiesta de la omisión de un requisito formal, que independientemente, de la discrepancia o no de las partes en torno a la cláusula correspondiente, el juez se encuentra autorizado para decretar de oficio la nulidad absoluta tratándose de litigio entre los mismos contratantes, por mandato del artículo 2° de la Ley 50 de 1936.

Pero en el estudio de la censura del segundo cargo, la Sala no encuentra cometido el error endilgado al *ad quem*. En efecto, conforme a lo antes expuesto si en el lapso comprendido entre la fecha de la promesa (octubre 23 de 1978) y los sesenta días siguientes podía, según los contratantes, otorgarse la escritura pública a que se obligaron, el plazo, aunque aparentemente determinado, no lo era en verdad, pues si bien se pactó que transcurriría entre los límites allí previstos, no existió en ese pacto certidumbre de cuándo se haría exigible esa obligación de hacer, lo que en otros términos quiere decir que el "momento preciso y cierto en que ha de celebrarse la convención prometida", quedó sumido en la indeterminación, lo que se pone de relieve no sólo por la laxitud misma de la ambigua redacción empleada, sino se piensa que, con igual fuerza podrán argüir las partes su cumplimiento personal e incumplimiento de la parte contraria si la primera acudió a la Notaría en uno de esos sesenta días y la segunda en otro cualquiera de ellos.

Luego, no habiendo error en la interpretación de la mencionada cláusula, cuyo sentido pone de manifiesto la omisión formal de determinación temporal arriba citada, concluye que tampoco hubo violación indirecta de la ley sustancial.

3. Viene entonces de lo dicho, que, a virtud de las reflexiones precedentes, aplicables en lo pertinente a los dos cargos propuestos por el recurrente, ninguno de los dos puede prosperar.

IV. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, el 10 de noviembre de 1989, en el proceso ordinario promovido por Victoriano Laconcha Abecia contra Jairo Arturo Pineda y María Eugenia Betancourt de Pineda.

Costas a cargo de la parte recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Jairo Parra Quijano, Conjuez.

SENTENCIA NUMERO 188

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de Hecho

Esta especie de yerro se da y el cargo resulta próspero cuando por una parte el desacierto que se le achaca a la sentencia impugnada es manifiesto o evidente y, por otra parte, es trascendente. Hipótesis en que el error de hecho resulta evidente.

PATERNIDAD NATURAL - Alcance Patrimonial / DEMANDA - Heredero - Cónyuge - Prueba

El artículo 10 de la Ley 75 de 1968, contiene la viabilidad del juicio investigativo de la ascendencia luego de muerto el presunto padre y la fijación de los alcances patrimoniales del fallo que entonces se dicte, reducidos a las personas que intervinieron en el proceso. Cuando la demanda en un proceso a varias personas unos en calidad de herederos y otra en la de cónyuge sobreviviente, en lo que concierne con la primera, debe demostrarse con la copia de las respectivas actas del estado civil, complementada con la aceptación de la herencia, o con la copia del auto de reconocimiento de herederos que se ha hecho dentro del proceso sucesorio respectivo. La segunda calidad debe acreditarse con la copia o la certificación de la partida de matrimonio.

LEGITIMACION EN LA CAUSA / CAPACIDAD PARA SER PARTE - Heredero - Cónyuge / HEREDERO - Cónyuge - Prueba

Antecedente jurisprudencial sobre la materia. A partir del fallo de 21 de julio de 1959, la Corte ha venido insistiendo en que la demostración de la calidad de heredero no compromete la legitimación en la causa, sino que tiene que ver con la capacidad para ser parte. La carencia de la prueba de la calidad de heredero equivale a la falta de presupuesto procesal capacidad para ser parte que conlleva una decisión inhibitoria. Este mismo criterio le es aplicable al cónyuge cuando actúa en el proceso en calidad de tal. En los juicios de filiación natural no se demanda al heredero *iure proprio* sino *iure* hereditario.

Corte Suprema de Justicia
Sala Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*

Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 21 de febrero de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué -Sala de Familia-, en el proceso ordinario adelantado por Julieta Castaño contra Fabiola Herrera Llano, Francisco Bernardo, María Claudia, Sandra Lucía, Jaime Alfonso, Fabiola del Pilar, Diego Luis y Juana Paola Covaleda Herrera, la primera como cónyuge sobreviviente y los restantes como herederos o hijos del causante Alfonso Covaleda Herrera.

ANTECEDENTES

I. Por la demanda presentada el 6 de diciembre de 1988, ante el Juzgado Civil del Circuito del Líbano, solicitó la mencionada demandante que con audiencia de los referidos demandados, se declarase que Julieta Castaño es hija extramatrimonial de Alfonso Covaleda Herrera y, como tal, heredera de éste, con derecho a recoger la parte de la herencia que le corresponda, y se dispusiese además que al margen del registro civil de nacimiento de la demandante se tomase nota de su estado civil de hija extramatrimonial de Alfonso Covaleda Herrera.

II. La demandante apoyó sus pretensiones en los hechos que seguidamente se compendian:

a) Luis Alfonso Covaleda y Luz Mila Castaño N. "sostuvieron relaciones sexuales continuas y permanentes desde los últimos meses del año de 1959 hasta el mes de febrero de 1960", de las cuales nació Julieta Castaño el 18 de noviembre de 1960, en el municipio de El Líbano;

b) Luis Alfonso Covaleda H., es el padre de Julieta Castaño, "pues la trató como su hija, proveyéndola a su subsistencia, educación y establecimiento, y sus deudos y amigos, y el vecindario de su domicilio en general, la ha reputado como hija de tal padre, por virtud del tratamiento", y aquél "le colaboró... a Julieta desde el momento de su nacimiento hasta el año de 1988, fecha en que murió, pues el causante Covaleda, fue quien le costeó los estudios primarios, bachillerato y universitarios e incluso, él fue quien consiguió vincularla a la Secretaría de Educación del Tolima";

c) Después de haber engendrado a Julieta Castaño, Luis Alfonso Covaleda Herrera, año de 1959, no volvió a compartir sexualmente con Luz Mila Castaño, y tan sólo le colaboraba económicamente para el sostenimiento, estudio y vestuario de Julieta";

d) los hijos legítimos y la esposa de Luis Alfonso Covaleda Herrera, o sea, los demandados, tienen conocimiento de que Julieta es hija del mencionado causante, "hasta el punto que ha habido ofrecimiento por parte de Francisco Fernando Covaleda, de cierta cantidad de dinero para que no inicie juicio de filiación y petición de herencia e

igualmente el de sucesión... y actualmente el señor Francisco Covaleda H. ha realizado varias visitas a la ciudad de Ibagué y llamadas por teléfono para llegar a un acuerdo en la cantidad de dinero a reconocer como herencia a favor" de la demandante;

e) El trato notorio de hija que Luis Alfonso le dio a Julieta comprende desde el nacimiento de ésta hasta el 30 de mayo de 1988, fecha en que falleció aquél;

f) Luis Alfonso Covaleda, "cuando engendró 'a Julieta' y después de seis meses de embarazo de la señora Luz Mila Castaño M., contrajo matrimonio con Fabiola Herrera".

III. En escrito de 27 de febrero de 1989, las demandadas Fabiola Herrera de Covaleda y Juana Paola Covaleda Herrera consignaron su respuesta a la demanda, en el sentido de admitir, con aclaración, el hecho primero, denegar y desconocer la mayoría de los hechos y de pedir que se pruebe el séptimo, por lo que culminaron con oposición a las súplicas y con la formulación de las excepciones que denominaron de "falta de reconocimiento expreso o tácito del derecho reclamado" y de "presumibles relaciones sexuales promiscuas, por parte de la madre de Julieta Castaño, para la época de la concepción".

IV. Mediante escrito de 21 de abril de 1989, la demandante expresa que reforma la demanda, a efecto de que se decreten como pruebas las que allí menciona, y el 7 de junio del mismo año la Secretaría informa que los demandados que venían siendo representados por el abogado Jesús Antonio Ruiz Moreno, no contestaron la demanda.

V. Aceptada la corrección de la demanda, dicha decisión fue notificada a los demandados, salvo a Francisco Fernando Covaleda Herrera, respondiendo los notificados que la adición a la demanda original, nada agrega, como no sea la recepción de una prueba testimonial sospechosa.

VI. Impulsado el proceso en esas condiciones, la primera instancia terminó con sentencia de 16 de marzo de 1990, mediante la cual se hicieron los pronunciamientos siguientes:

"1. Declarar que Julieta Castaño, nacida en el municipio de El Líbano, Tolima, hija de Luz Mila Castaño, es hija extramatrimonial del extinto Alfonso Covaleda Herrera.

"2. Declarar que Julieta Castaño, en su condición de hija extramatrimonial del extinto Alfonso Covaleda Herrera, tiene derecho a recoger la cuota herencial que le corresponda sobre los bienes dejados por su padre y en tal calidad debe ser reconocida en el proceso sucesoral respectivo. En caso de haberse iniciado la sucesión y haberse efectuado la partición, ésta debe Rehacerse para dar cumplimiento a lo anterior.

"3. Ordenar que los demandados Restituyan a la demandante, los bienes que le corresponden en la forma establecida en la ley (Ley 29 de 1982).

"4. Ordenar que con las copias respectivas, se oficie al Notario de El Líbano, Tolima, a fin de que este funcionario inscriba esta sentencia al margen de dicha partida y haga las anotaciones del caso (Decreto 1260 de 1970).

"5. Declarar infundadas las excepciones de mérito o perentorias propuestas por la parte demandada.

"6. Ordenar la cancelación de la inscripción de la demanda. Ofíciese a las oficinas pertinentes.

"7. Costas a cargo de los demandados".

VII. Inconformes la mayoría de los demandados con la resolución precedente, interpusieron contra ella el recurso de apelación, habiendo terminado el segundo grado con fallo de 21 de febrero de 1991, confirmatorio del proferido por el *a quo*, por lo que la misma parte interpuso el recurso de casación, de que ahora se ocupa la Corte.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Referidos los antecedentes del litigio, el Tribunal, para decidir cómo lo hizo, sentó las reflexiones siguientes:

a) Que según la demanda, la demandante Julieta Castaño pretende la declaratoria del estado de hija extramatrimonial, con las respectivas consecuencias patrimoniales, en las causales previstas por los numerados 4 y 6 del artículo 6° de la Ley 75 de 1968, y el juzgador de primer grado encontró acreditada la segunda de las causales alegadas.

Luego el Tribunal, como antecedente al examen de la prueba, alude, con apoyo en jurisprudencia de la Corte que transcribe, a los elementos constitutivos de la posesión notoria, o sea, el nombre, trato, fama y tiempo.

En seguida el *ad quem* se da a la tarea de resumir lo manifestado por los declarantes Gladys Parra Covaleda, Graciela Trujillo Marín, Luz Nidia Vásquez Zambrano, Cecilia González, María Magdalena Lombo, Armando Gómez Vargas, Alvaro Carrillo Bedoya, Carlos Iber Espinal Espinal, Rosa María Molina de Betancourt, Hilda Beltrán de Clavijo y Ariel Jaramillo Salazar, cumplido lo cual concluye que al "ser ponderados uno a uno y de manera conjunta los anteriores testimonios, como lo manda el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, encuentra la Sala que varios de ellos realmente satisfacen la causal invocada en la forma como lo exige la ley, pues de manera concreta narran innumerables situaciones en donde afirman haber visto al desaparecido Covaleda Herrera proveyendo a la subsistencia, educación y establecimiento de Julieta Castaño durante un tiempo muy superior al mínimo exigido por la norma, percepciones directas con las que aseguran que aquél es el padre de ésta.

"En efecto, se destaca la versión de Gladys Parra Covaleda, prima hermana de los demandados, quien reconoce a Julieta Castaño, también como prima suya, pues al haberse levantado al lado de la familia Covaleda presenció por muchos años cómo su tío Luis Alfonso siempre la trató como hija y le colaboró en la subsistencia y estudios. Pese a haber sido tachada esta declaración por la cónyuge demandada en la contestación del libelo, argumentando "solidaridad con su hermano en pugnas familiares graves", la versión en un todo nos parece digna de credibilidad".

A continuación el *ad quem* se ocupa del análisis de otro grupo de declarantes, y en el punto afirma que "emergen con claridad del mismo modo, las versiones de Graciela Trujillo Marín, Luz Nidia Vásquez Zambrano, Cecilia González, María Magdalena Lombo y Armando Gómez Vargas, quienes en diferentes épocas fueron testigos de la

crianza, educación o establecimiento dispensados por el padre a Julieta Castaño. Otro tanto ocurre con la versión de testigo de la parte accionada, señor Ariel Jaramillo Salazar".

Más adelante sostiene el sentenciador de segundo grado lo siguiente:

"Así la realidad probatoria, las declaraciones tenidas en cuenta por el fallador de primera instancia fueron bien evaluadas, pues ellas indican inequívocamente que Luis Alfonso Covaleda Herrera por un término superior a los cinco años, mediante actos notorios, regulares y públicos, estuvo pendiente de la educación y establecimiento de la demandante, elementos éstos requeridos por el artículo 6° de la Ley 45 de 1936 y 398 del Código Civil, para el éxito de la filiación natural.

"Al estar demostrada, entonces, una cualquiera de las causales alegadas en la demanda introductoria, como lo fue la sexta del artículo 6° de la Ley 75 de 1968, la declaratoria de tener a Luis Alfonso Covaleda Herrera como padre extramatrimonial de Julieta Castaño debe confirmarse".

Culminado el estudio de la causal por posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial de Julieta Castaño respecto de Luis Alfonso Covaleda Herrera, aborda estos otros puntos:

"Acerca del estudio de la primera causal de filiación deprecada y que se refiere a las relaciones sexuales que existieron entre el presunto padre y la madre por la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción, le era facultativo al juez Civil del Circuito de El Líbano estudiarla, pues ya antes había dado por acreditada la posesión notoria del estado de hijo en favor de la actora.

"Pese a ello, la Sala no puede dejar de referirse a la situación que se presenta con relación a la existencia de dos registros civiles de nacimiento de Julieta Castaño, uno de ellos atacado por la parte demandada y con el cual trata de desvirtuar que aquélla no. nació el 18 de noviembre de 1960, y que por tanto, quienes así lo afirmaron en este proceso mintieron.

"La validez de cualquier registro civil de nacimiento está condicionada a que se haya hecho conforme al Estatuto de Estado Civil de las personas. Revisemos, entonces, cuál de ellos es válido.

"El primero se sentó en la Notaría de El Líbano el 12 de septiembre de 1969 por manifestación que del nacimiento de Julieta Castaño ocurrido el 18 de noviembre de 1961 hizo su progenitora Luz Mila Castaño, con fundamento en "declaraciones extrajuicio" (fl. 155 c. 1). El segundo registro aparece elaborado el 1° de diciembre de 1988 en la misma notaría, de acuerdo con la denuncia que de su nacimiento el 18 de noviembre de 1960 dio cuenta la propia Julieta Castaño con base en su partida de bautismo (fl. 154 c. 1).

"Con relación al que primero se efectuó nada hay que tacharle pues se hizo en acatamiento de los artículos 44 y siguientes del Decreto 1260 de 1970. En cuanto al segundo que alteraba la fecha de nacimiento de la registrada, para que fuera válido debió surtir los trámites contemplados en los artículos 2° y 4° del Decreto 999 de 1988 -

publicado en el Diario Oficial 38349 de mayo 25/88. Como esos pasos no se dieron, este último registro no puede ser apreciado en el proceso (art. 106 del Decreto 1260 de 1970).

"Significa lo anterior, que al estar vigente el registro civil de nacimiento obrante al folio 155 del cuaderno uno, debe tenerse a Julieta Castaño como nacida el 18 de noviembre de 1961.

"Empero, al llegarse a esa conclusión, no se puede de una vez afirmar que los testigos Cecilia González, María Magdalena Lombo, Armando Gómez y Ariel Jaramillo Salazar que bajo la gravedad del juramento manifestaron que la actora nació en 1960, deban ser objeto de rechazo como lo pretende el recurrente, pues analizadas las versiones individualmente resultan ser claras, responsivas y fundamentadas como quiera que provienen de personas que fueron muy allegadas a la familia Covaleda o Castaño. Del mismo modo al ser evaluadas en conjunto, ellas ofrecen credibilidad pues siendo personas extrañas entre sí coincidieron en varios pasajes respecto a la forma como se iniciaron las relaciones entre Luz Mila Castaño y el médico Covaleda, promediando el año de 1959 en El Líbano (Tolima). Además, recuérdese que, pese a la invalidez del registro (fl. 154 c. 1), la inscripción se hizo con base en una partida de bautismo que ciertamente existe y en donde se afirmó que Julieta Castaño nació el 18 de noviembre de 1960 (ver fl. 39 cdno. 4).

"Al no existir, entonces, una directa relación entre la prueba idónea que determina la fecha de nacimiento de Julieta Castaño con los testimonios que aluden las relaciones sexuales entre su progenitora y su presunto padre, la acción pedida con apoyo en el numeral 4 del artículo 6° de la Ley 75 de 1968 no podía prosperar. Triunfa sí, como antes se dijo, la filiación solicitada con base en la causal sexta ampliamente referida".

Por último expresa el *ad quem* que las excepciones propuestas no gozan de respaldo probatorio, y respecto de las demás declaraciones y condenas hechas por el *ad quo*, expresa que se encuentran ajustadas a la ley.

El recurso de casación

Dos cargos, dentro del marco de la causal primera de casación, formulan los recurrentes contra la sentencia del Tribunal, de los cuales la Corte se contrae al primero, por estar llamado a prosperar.

Cargo primero

Acusa la sentencia del *ad quem* de quebrantar los artículos 92 y 213 del C.C. 65, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107 y 108 del Decreto 1260 de 1970, por falta de aplicación; 1° y 4° de la Ley 45 de 1936, 1°, 6° y 10 de la Ley 75 de 1968, 1008, 1009, 1045 subrogado por el artículo 9° de la Ley 75 de 1968, 399, 1297 y 1298 del C.C., por aplicación indebida, como consecuencia de errores de hecho cometidos en la apreciación de las pruebas.

A título de introducción los recurrentes afirman que los yerros de facto consisten en haber supuesto la prueba del matrimonio que se dice contrajo el causante Alfonso Covaleda con Fabiola Herrera; en haber supuesto la prueba del reconocimiento como

hijos extramatrimoniales en los demás demandados; y, en haber supuesto que obraba en el proceso la prueba de que los demandados habían sido reconocidos como herederos del difunto. Como consecuencia de estos desaciertos llevaron al Tribunal a inferir que estaba probada la legitimación en causa pasiva respecto de los demandados, sin estarlo, y a despachar favorablemente las pretensiones de la demanda, "cuando han debido ser denegadas".

Entra enseguida la censura en la explicación del cargo y, prioritariamente, se ocupa de la prueba de la calidad de cónyuge de la demandada Fabiola Herrera y de la necesidad de su comprobación en la litis según las disposiciones legales pertinentes (art. 10, L 75 de 1968, 5, 105 y 106 del Decreto 1260 de 1970) según los hechos de la demanda (el segundo) y de la contestación a la misma (respuesta al segundo), prueba que no existe en la litis y que, por ende, fue supuesta por el *ad quem* en el fallo impugnado. Luego los recurrentes abordan el punto de la prueba de la de hijos legítimos, o de la calidad de hijos extramatrimoniales, de la calidad de herederos de los demandados restantes, y también sostiene que no obra la prueba de esas calidades, por lo que el *ad quem* incurrió en el punto en yerro de hecho, por suposición de prueba.

Concretamente y a manera de resumen de la prueba de los errores de hecho en que incurrió el Tribunal en el fallo impugnado, afirma la censura lo siguiente:

"Al formular el cargo que he venido explicando afirmé que las violaciones de la ley sustancial provenían del error de hecho en que incurrió el Tribunal al suponer la prueba de la existencia del matrimonio que le da legitimación en causa pasiva a la cónyuge supérstite y a los hijos en su condición de legítimos. Esta suposición de prueba, la del matrimonio, es clara, evidente, ostensible. No es sino mirar el expediente, rastrearlo todo, y se concluirá que tal partida, si es que existe, no obra en el expediente.

"La falta de tal partida de matrimonio no sólo le resta legitimación en la causa pasiva a de quien se afirmó en la demanda ser la viuda, sino también a de quienes se dijo eran hijos legítimos, por las razones que se dejaron expuestas.

"Si los sedicentes hijos no pueden ser reputados como legítimos, por falta de la prueba del matrimonio, único manantial de donde emana la legitimidad, tampoco pueden ser tenidos como extramatrimoniales del difunto doctor Covaleda, por falta de la prueba de una cualquiera de las formas de reconocimiento que taxativamente consagra la ley.

"Y la prueba de la calidad de herederos, que ha debido consistir en copia del auto que declaró abierta la sucesión del difunto doctor Alfonso Covaleda Herrera y del reconocimiento de herederos, también brilla en el expediente con luz propia, por su total ausencia.

"Queda, pues, demostrado el pecado de la suposición de pruebas. ¿Quién podría dudarlo?".

Por último se ocupa la censura de la incidencia del yerro de facto en la violación de la ley sustancial señalada al comienzo del cargo, explicando ampliamente cuáles preceptos infringió el sentenciador de segundo grado por falta de aplicación y cuáles por aplicación indebida, de todo lo cual concluye insistiendo en sus apreciaciones antes resumidas.

SE CONSIDERA

1. La preceptiva legal atinente al recurso extraordinario de casación autoriza, mediante la causal primera, que se enjuicie la sentencia del Tribunal de quebrantar la ley sustancial, como consecuencia de desaciertos de valoración o de hecho cometidos por el sentenciador en la apreciación del material probatorio.

2. Y si la acusación al fallo se hiciere por error de facto en la apreciación de los elementos de convicción, ciertamente esta especie de yerro, como lo tiene sentado la doctrina de la Corte, se da y el cargo resulta próspero, cuando por una parte el desacierto que se le achaca a la sentencia impugnada es manifiesto o evidente y, por otra parte, es trascendente.

Así las cosas, el error de hecho en la apreciación de las pruebas resulta ser manifiesto o evidente en las hipótesis siguientes:

a) Cuando el sentenciador supone prueba que no existe en el proceso;

b) Cuando ignora o pasa por alto la que obra en el litigio, y

c) Cuando altera la objetividad de la prueba, ya sea adicionando su real contenido, ora mutilando lo que la misma exterioriza. Se reitera, entonces, que en todos estos eventos el yerro de hecho asume la característica de manifiesto o evidente. Empero, para el buen suceso del cargo no le basta que el yerro de hecho sea manifiesto o evidente, sino, además, que sea trascendente, esto es, que hubiera determinado en el fallador de proferir decisiones contrarias a la legal. "En casación -ha dicho la Corte- los yerros que no son trascendentes carecen de valor impugnativo, pues a pesar de que existan, su ocurrir en nada afectan las conclusiones del fallo, y, por ende, son ineficaces para estribar la casación de éste (G.J. CXLVII, 38)"

3. Tal como lo señala el recurrente, el artículo 10, en cuanto establece que "muerto el presunto padre la acción de investigación de la paternidad natural podrá adelantarse contra sus herederos y su cónyuge", tiene por venero la doctrina planteada por la Corte en el fallo de 1ª de octubre de 1945, pues en la exposición de motivos del proyecto de Ley número 187 de 1967, que a la postre se convirtió en la "Ley 75 de 1968, se dijo por el Gobierno, quien presentó al Congreso el mencionado proyecto, concretamente en lo atinente al referido artículo 10, que contenía "la viabilidad del juicio investigativo de la ascendencia luego de muerto el presunto padre conforme lo ha venido aceptando la Corte, invariablemente, desde octubre 1º de 1945 (LIX, 684 y siguientes), y la fijación de los alcances patrimoniales del fallo que entonces se dicte, reducidas a las personas que intervinieron en el proceso, todo dentro de la pauta de la misma doctrina".

4. También es cierto, como lo destaca la censura, que cuando se demanda en un proceso a varias personas, unas en su calidad de herederos y otra en la cónyuge sobreviviente, como aquí sucede, en lo que concierne con los primeros, esa calidad debe demostrarse con la copia de las respectivas actas del estado civil, complementada con la aceptación de la herencia, o con la copia del auto de reconocimiento de herederos que se ha hecho dentro del proceso sucesorio respectivo, tal como lo tiene sentado la jurisprudencia (G.J. LIX, 20 y 21; LXXI, 102 y 103; LXXVI, 532; LXXVIII, 79; LXXXII, 471; CVIII, 180; CXXXVIII, 151). Y la segunda calidad debe acreditarse como lo indica

la ley, o sea, con la copia o certificación de la partida de matrimonio (arts. 5°, 105 y 106 del Decreto 1260 de 1970).

5. Ciertamente, al examinar los elementos de convicción que obran en el proceso, no aparece la prueba de que los demandados tengan la calidad con que se les señala en la demanda, esto es, que Fabiola Herrera sea la cónyuge sobreviviente de Alfonso Covaleda Herrera y que los restantes demandados sean herederos del mencionado causante, lo cual se traduce en que el sentenciador cometió el yerro fáctico que le achaca la censura en el cargo y, por demás, quebrantó las normas sustanciales que igualmente se indican en la acusación, por lo que la sentencia impugnada debe ser casada.

6. No obstante lo que se acaba de afirmar, por formar parte de la acusación, la Corte considera del caso hacer algunas precisiones doctrinales atinentes a la legitimación en la causa pasiva y al presupuesto procesal de capacidad para ser parte, por tratarse de dos instituciones diversas, tanto en su estructuración como en sus efectos.

En un comienzo la jurisprudencia de la Corte consideró, como legitimación pasiva en los procesos de investigación de la paternidad natural adelantado después de muerto el pretenso padre, la prueba de heredero del demandado. Empero, a partir del fallo del 21 de julio de 1959, la Corte ha venido sosteniendo que la demostración de la calidad de heredero no compromete la legitimación en la causa, sino que tiene que ver con la capacidad para ser parte, o sea, que se trata de una cuestión atinente al campo procesal y, específicamente, a uno de los presupuestos del proceso, y en manera alguna a una de las condiciones de la acción.

En el viraje doctrinal que dio la Corte en 1959, que marcó un nuevo rumbo, se sostiene que la calidad de heredero de quien actúa en un proceso como tal, ya sea por activa, ora por pasiva, si bien asume la posición de parte, no lo hace en nombre propio, ni como representante de la sucesión, porque ésta no es sujeto de derechos y obligaciones, ya que carece de personalidad jurídica, sino que quien así actúa obra autónoma y exclusivamente fundado en la calidad de heredero, *por lo que la carencia de prueba del carácter mencionado equivale a la falta del presupuesto procesal de capacidad para ser parte, lo cual se traduce, a la par que la ausencia de cualquiera de los otros presupuestos del mismo linaje, que le impida al juzgador pronunciarse de mérito sobre la controversia y le imponga, en consecuencia, una decisión inhibitoria.*

En efecto, en la citada sentencia, se afirmó por la Corte:

"Es decir, que en los casos previstos, y concretamente en el de la sucesión hereditaria, los herederos asumen el carácter de parte, por activa o por pasiva, no personalmente, ni como representantes de una entidad que carece de personería jurídica, sino por la calidad de heredero de que están investidos, y que desde luego debe aparecer comprobada en el proceso, en cuanto a la vocación y al aceptación se refiere. Lo que indica, como lo anota el autor citado (Enrico Redenti), que existe una tercera categoría Tertium Genus, *dentro del presupuesto procesal, capacidad para ser parte, que es precisamente el caso de quien no comparece en propio nombre, ni en representación de otro, sino por virtud del* cargo o calidad, *es decir en el evento contemplado por ser heredero. Por ende, queda demostrado que todo lo relativo a este aspecto de la cuestión, pertenece al campo procesal y no al sustancial, vale decir, que corresponde*

a uno de los presupuestos del proceso y no a una de las condiciones de la acción civil como se había venido considerando por la doctrina" (G.J. T. XCI, pág. 52).

Posteriormente la Corte insistió en el criterio doctrinal precedente, al afirmar sobre el particular lo siguiente:

"En los juicios de filiación natural no se demanda al heredero iure proprio *sino* iure hereditario.

"Si el pretenso hijo natural ha de encaminar el procedimiento contra todos y cada uno de quienes por sucesión hereditaria están llamados al mismo lugar jurídico que el causante ocupara, no deja de ser notorio que si el heredero responde de la acción, no es porque personalmente la paternidad pueda serle atribuida, sino por la razón elemental de que en el juicio debe comparecer en lugar del difunto.

"La ausencia de prueba de esa calidad impide el nacimiento de la relación jurídica procesal; no existe por pasiva la capacidad para ser parte como presupuesto del pronunciamiento de fondo. Pero si el carácter de heredero está probado, no hay duda de que entonces, además de capacidad para ser parte, constituye condición de la acción, por aparecer ya dirigida precisamente contra quien la conceden las normas, como predicado de la legitimación en causa de filiación natural después de muerto el legítimo contradictor.

"No es ciertamente lo mismo que el proceso demuestre que el llamado a juicio en realidad no ocupa como heredero el puesto del de cujus *para afrontar el litigio de filiación natural pasivamente legitimado, o que apenas se haya traído al proceso la prueba de su calidad de heredero. En el primer caso procede la absolución, mientras que en el segundo, fallo inhibitorio.*

"Así como es de ver también que acreditado el carácter de heredero, constituye tanto capacidad para ser parte, como condición de la acción, para la legitimatio ad causam, *que permita condenar o absolver según lo alegado y probado, y fundar cosa juzgada material por sentencia definitiva. Sólo que si falta la demostración del carácter de heredero como presupuesto procesal, no hay lugar a considerarlo de ninguna otra manera, y menos como elemento de la acción para fallo de mérito".*

Luego la Corte, en numerosos fallos, ha insistido en que la ausencia de prueba de la calidad de heredero, cuando actúa como tal, no constituye falta de legitimación, sino del presupuesto procesal de capacidad para ser parte, lo cual puede establecerse en las sentencias de 7 de julio de 1964 (T. CVIII, 58 y 59), 14 de diciembre de 1964, febrero 16 de 1966 T. CXV, 116), 7 de octubre de 1970 (T. CXXXVI, 14 y 15), 31 de mayo de 11971 (T. CXXXVIII, 556). Y este criterio doctrinal le es aplicable al cónyuge cuando actúa en el proceso en la calidad de tal. Y precisamente, como la prueba de estas calidades (heredero o cónyuge) tiene que ver con el presupuesto procesal de la capacidad para ser parte, es explicable la necesidad o exigencia jurídica de aportar la prueba sobre el particular o la postre, un fallo inhibitorio (arts. 77 num. 5 y 85 del C. de P.C.).

7. Si como se dijo atrás, el cargo prospera y, por ende, la sentencia combatida debe ser quebrada, se tiene que la Corte, antes de dictar la sentencia de reemplazo y para

decidir con mayor acierto, procederá a decretar pruebas de oficio, tal como lo autoriza la ley (arts. 37, 179, 180 y 375 del C. de P.C.).

RESOLUCIÓN:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **Casa** la sentencia de 21 de febrero de 1991, proferida en este proceso por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

Pero antes de dictar la sentencia sustitutiva, la Corte, en ejercicio de la facultad que le confiere el inciso 2 del artículo 375 del C. de P.C., decreta de oficio las pruebas siguientes:

a) Tener como prueba el documento que obra a folios 9 del cuaderno número 4 de 24 de marzo de 1970, suscrito por el Juez Segundo Promiscuo de Menores de Pereira, Luz Mila Castaño Montañez y Pastor Emilio Parra;

b) Que los Juzgados de Familia de Ibagué informen si en los libros radicadores de expedientes hay constancia de haberse recibido, a partir del 1° de marzo de 1973, del extinguido Juzgado Segundo Promiscuo de Menores de Pereira, ditigencias o expediente contentivo de un proceso de "paternidad" natural adelantado por Luz Mila Castaño Montañez, posiblemente como representante de Julieta Castaño, contra Alfonso Covaleda Herrera y, en el evento de haberse recibido, se servirá expedir copia auténtica de todo lo actuado en dicho proceso. Para mayor información, en el correspondiente despacho que se libre, se insertará la certificación que obra a folios 6 del cuaderno número 4;

c) Téngase como prueba el documento que obra a folios 6 del cuaderno número 4;

d) Que los Juzgados de Familia de Pereira y concretamente al despacho que le hubiere correspondido el conocimiento de los negocios que se adelantaban ante el extinguido Juzgado Promiscuo de Menores, como el archivo de éste, informe sobre la existencia de un proceso de investigación de paternidad de hijo extramatrimonial adelantado por Luz Mila Castaño Montañez como representante de la menor Julieta Castaño, contra Alfonso Covaleda Herrera, y de existir, se servirá expedir copia auténtica de todo lo actuado en dicho proceso, o de haberse enviado a otro juzgado, informar a cuál y en qué fecha aconteció esto último;

e) Téngase como prueba la copia de la partida eclesiástica que obra a folios 39 del cuaderno número 4;

f) Que el Juzgado Civil del Circuito de El Líbano, o el de Familia si ya está funcionando, se sirva expedir copia auténtica del auto o autos, con constancia de notificación y ejecutoria, de reconocimiento de herederos y de cónyuge sobreviviente, dictados en el proceso sucesorio de Alfonso o Luis Alfonso Covaleda Herrera. Así mismo, de obrar en el referido proceso sucesorio, expedirá copia auténtica del acta de registro de matrimonio de Alfonso Covaleda Herrera con Fabiola Herrera Llano;

g) Que el Notario de El Líbano expida copia y certificación del acta de registro del matrimonio de Alfonso Covaleda Herrera con Fabiola Herrera Llano;

h) Como quiera que la demandada Fabiola Herrera Llano, al otorgar poder, admite su calidad de cónyuge del causante Alfonso Covaleda Herrera, se dispone que ésta aporte la prueba legal de dicha calidad.

Líbrense los Despachos con los insertos del caso.

Los gastos que impliquen la práctica de las anteriores pruebas, serán de cargo de las partes, por igual (art. 179 del C. de P.C.).

Las anteriores pruebas se practicarán e incorporarán al proceso en un término de treinta (30) días.

No hay lugar a costas en el recurso de casación.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 196

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL - PERSONAS JURIDICAS / RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL - ACTIVIDADES PELIGROSAS - REQUISITOS / RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL - EXIMENTES

Artículo 2341 C.C.: Nociones generales sobre el tema. La reparación del daño también obliga a las personas jurídicas, porque ellas son directamente responsables por el comportamiento de sus agentes. Presunción de culpa en tratándose de actividad peligrosa (art. 2356 C.C.). Elementos que debe demostrar la víctima cuando reclama la indemnización de perjuicios causados por quien ejerce actividad de este linaje. Reglas que deben atender los falladores de instancia en orden a la debida aplicación del artículo 2356 del C.C.: a) En tratándose de daños causados con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas, a la víctima se le dispensa de presentar la prueba de la incuria o imprudencia atribuible a la persona de quien demanda el resarcimiento; b) La presunción de culpabilidad de que se trata afecta no sólo al dependiente o empleado que obra en el acto peligroso, sino también al empleador dueño de la empresa o de las cosas causantes del daño. -En casos semejantes, la víctima puede demandar la reparación acogiéndose, bien a la regulación legal de la responsabilidad por el hecho ajeno, bien a la regulación legal por el ejercicio de actividades peligrosas-. La responsabilidad del "guardián" de la actividad: es la persona física o moral que, al momento del percance tuviere sobre el instrumento generador del daño, un poder efectivo e independiente de dirección, gobierno o control, sea o no dueño, y siempre que en virtud de alguna circunstancia de hecho no se encontrare imposibilidad para ejercitar ese poder. Quienes tienen tal condición; c) Los fundamentos fácticos que debe probar el actor para poner en práctica la presunción, causas eximinentes de responsabilidad. Requisitos para que la eximente de responsabilidad basada en la intervención de un tercero se abra paso. El proceder del tercero debe ser imprevisto e irresistible.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*

Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Referencia: Expediente número 3382

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 24 de mayo de 1990, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario de mayor cuantía seguido por Luis y Rubén Rosensvaig de la Torre, junto con Berta Rosensvaig de Restrepo, contra la entidad Mercados y Almacenamiento Tequendama Limitada.

1. El litigio

1. En demanda presentada el 18 de noviembre de 1986 y cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, Luis y Rubén Rosensvaig de La Torre y Berta Rosensvaig de Restrepo, todos mayores de edad y vecinos de Bogotá los dos primeros y de Barranquilla la tercera, solicitaron se declare, previo proceso ordinario, que la sociedad Mercados y Almacenamientos Tequendama Ltda., domiciliada en Bogotá, es civilmente responsable de la muerte ocasionada a Cecilia Rosensvaig de La Torre por la camioneta de Placas EW-4476, de propiedad de la demandada y conducida por el señor Rigoberto Duarte, en accidente ocurrido el día 29 de agosto de 1985 en la Carrera 24 con calle 49 de esta ciudad; en consecuencia, solicitan que se condene a la sociedad demandada a pagarles la totalidad de los perjuicios materiales y morales que resulten demostrados, así como las costas del proceso.

Como causa de pedir afirmaron los demandantes:

a) El día 29 de agosto de 1985 la camioneta Dodge blanca de placas EW-4476 torpemente conducida por Rigoberto Duarte se subió a la acera de la carrera 24 con calle 49 y atropelló a Edgar César Upegui y a Cecilia Rosensvaig de La Torre, hermana de los demandantes, quienes transitaban por el lugar, para posteriormente detenerse y estrellarse contra una de las residencias ubicadas en la carrera 24;

b) Como resultado del accidente Cecilia Rosensvaig murió y Edgar César Upegui perdió un brazo, correspondiéndole adelantar la respectiva investigación penal al Juzgado Cuarto Superior de esta ciudad;

c) El vehículo causante de la tragedia es de propiedad de Mercados y Almacenamientos Tequendama Ltda., sociedad que tenía la custodia y era guardián jurídico del automotor, de lo que se deriva la obligación de indemnizar los perjuicios causados, con mayor razón si se tiene en cuenta que el accidente se causó en ejercicio de una actividad peligrosa y que el conductor del vehículo, para la época del accidente, era empleado de la demandada.

2. Notificado el auto admisorio de la demanda, Mercados y Almacenamientos Tequendama Ltda. se opuso a las pretensiones en ella aducidas y alegó como defensa

la "inexistencia de responsabilidad a su cargo", argumentando que el señor Rigoberto Duarte Alza actuó bajo su propia responsabilidad sin atender autorización ni orden alguna de su patrono o de algún representante suyo.

3. Tramitada la primera instancia del proceso el juzgado de conocimiento le puso fin con la sentencia de fecha 11 de julio de 1989 en la cual declaró infundada la excepción de "inexistencia de responsabilidad" propuesta, y en consecuencia, declaró que Mercados y Almacenamientos Tequendama Ltda. es civilmente responsable de la muerte de Cecilia Rosensvaig de La Torre en el accidente ocurrido el 29 de agosto de 1985, condenándola a pagar a los demandantes, por concepto de perjuicios morales, el equivalente en dinero a mil (1.000) gramos oro a cada uno; así mismo, denegó la reclamación por pago de perjuicios materiales y condenó a la demandada al pago de las costas procesales.

4. Apelada por la parte demandada la sentencia de primer grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a través de providencia fechada el 24 de mayo de 1990, la revocó y en su lugar negó las pretensiones de la demanda, absolvió a la sociedad apelante y condenó en costas de ambas instancias a la parte actora.

II. La sentencia del Tribunal

Después de efectuar un breve resumen de la demanda, la oposición y la sentencia de primer grado, el Tribunal advierte que se trata de un caso de responsabilidad civil extracontractual que exige la prueba de la culpa, el daño y la relación de causalidad entre éste y aquél.

Y sobre esa base, indica el *ad quem* que la responsabilidad por el hecho de otro no excluye la originada en actividades peligrosas donde el civilmente responsable, cuando conserva la guarda de la actividad, "está cobijado por la presunción de responsabilidad", derivada de dicho control, debiendo el sujeto actuante "reparar pero en cuanto se demuestre culpa de su parte". Agrega el sentenciador que también responde, pero indirectamente, por el hecho de otro aquél que no tenga control y dirección de la actividad pero sí grado de ascendencia legal sobre el autor, caso en el cual se presume la culpa pudiendo exonerarse probando suficiente diligencia y cuidado.

A continuación el Tribunal, luego de reseñar las pruebas que obran en el proceso, apunta que del "compendio procesal se infiere que el accidente se produjo no por causa y ocasión de la actividad de la empresa demandada, en punto al movimiento del vehículo automotor, sino por el abuso de uno de sus dependientes..."; y agrega que los testimonios "coinciden en las circunstancias de tiempo, modo y lugar, respecto de que Rigoberto Duarte, sin mediar orden patronal alguna y por ser una labor suya, bajo su propia responsabilidad y riesgo puso en movimiento un vehículo de la empresa que se encontraba parqueado y listo para hacerle algunas reparaciones de tapicería, y no para que con él se cumplieran actividades propias de la sociedad demandada". Así las cosas, precisó que "no obstante que la empresa es propietaria del automotor con el que se produjo el daño y se ejerció la actividad peligrosa por un dependiente suyo, el advertido abuso de las funciones del último, quien no tenía a su cargo el manejo de vehículos, ni recibió orden laboral distinta a que llevara las llaves a un tapicero para que éste,

abriéndolo, pudiera desempeñar su trabajo, en lo cual no hay negligencia ni leve, siquiera de la demandada, hay que concluir que la actividad peligrosa se determinó en cabeza del trabajador, única y exclusivamente, y no en la de aquélla, pues ésta temporalmente, en ese momento, perdió el poder de uso, dirección y control de la misma"; consideración que corrobora sosteniendo que la responsabilidad indirecta inherente al hecho de otro "depende de que su dependiente estuviese a su cuidado, luego síguese de ahí que si éste actuó por fuera y más allá del ejercicio de sus respectivas funciones, queda igualmente fuera de su cuidado, y por ende inaplicable al caso *sub lite* en que justamente acaeció dicho desvío de funciones laborales".

Y en consonancia con todo lo anterior, remata la motivación del fallo con la siguiente declaración: "... en todo caso débese puntualizar que las circunstancias antecedentes del hecho ponen de manifiesto que la sociedad no incurrió en culpa al entregar las llaves del vehículo con una finalidad específica a quien, su trabajador, decidió ponerlo en movimiento bajo su propio riesgo, pues no es razonable exigir del patrono que prevea el desvío o abuso de las funciones de sus dependientes"

III. El recurso de casación y consideraciones de la Corte

Como ya quedó dicho, contra la sentencia de segunda instancia interpuso casación la parte demandante. En la demanda respectiva se formulan contra dicho fallo tres cargos, todos dentro de la órbita del numeral 1 del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y cuyo estudio se reducirá al primero que, en mérito de las consideraciones que enseguida se indican, está llamado a prosperar.

Cargo primero

A través de esta censura, aduciendo a la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se acusa la sentencia de ser violatoria, por falta de aplicación de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil y de los artículos 8 y 48 de la Ley 153 de 1887 por aplicación indebida. Para la formulación de este cargo el recurrente parte de la base de que el Tribunal "enfocó los hechos del proceso a la luz de las normas reguladoras de la responsabilidad directa privada del ejercicio de las actividades peligrosas por parte de Mercados y Almacenamientos Tequendama Ltda., lo que suponemos entonces, "...que las normas que consideró reguladoras de los hechos planteados en el proceso pero que no aplicó, fueron los artículos 2341 y 2346 del C.C.".

Sobre esta premisa el recurrente afirma que el *ad quem* encontró que los hechos demostrados en el proceso "constituyeron una causa extraña exoneratoria de responsabilidad, desde luego que consideró que la extralimitación de funciones por parte de Duarte lo convirtió en un tercero frente a su propio patrono e implicó que transitoriamente Mercados y Almacenamientos Tequendama Ltda., perdiera el control jurídico de automotor, circunstancia por la cual en ese mismo momento el ejercicio de la actividad peligrosa fue desarrollado autónomamente por Duarte y no por la Sociedad de la cual era empleado", sosteniendo enseguida el impugnador que tal conclusión, afirmativa de la ocurrencia de la causa extraña generada en la "intervención de un tercero", constituye un errado enfoque de lo que ésta significa a la luz del artículo 2356 del C.C. pues para que tal eximente se configure, no debe ser imputable al agente de la actividad en cuyo

ejercicio se produjo el daño, puesto que si se infiere su dolo o culpa "la presunción de responsabilidad que lo cobija por el ejercicio de la actividad peligrosa no resulta desvirtuada y el demandado debe ser condenado a resarcir".

A juicio del casacionista cuando el conductor Rigoberto Duarte causó el accidente, no obró como tercero extraño a la demandada puesto que era su empleado y desarrollaba funciones que implicaban el otorgamiento de un grado especial de confianza, confianza significada en el hecho de haberle entregado voluntariamente las llaves del vehículo por lo que pudo conducirlo al trágico accidente, todo con el conocimiento y consentimiento expresos de la sociedad demandada, es decir que, "identificó su voluntad con la de la persona jurídica para la cual prestaba sus servicios. La culpa individual de Duarte, pues, es inseparable de la culpa moral de la demandada. Son una sola y misma culpa".

Y en orden a aclarar el alcance de la impugnación, aduce líneas adelante el recurrente que aunque el Tribunal en su sentencia aludió también a la responsabilidad indirecta por el hecho de un tercero, no censura el fallo en cuanto a ese punto, "... pues descartó que la Corte pueda llegar a entender que una absolución por responsabilidad extracontractual pueda fundarse, a un mismo tiempo, en figuras jurídicas excluyentes entre sí, como son la responsabilidad directa y la indirecta", puntualizando en consecuencia que el error del juzgamiento en su demanda denunciado consiste en que el sentenciador de instancia, no obstante haber contemplado las pruebas en su objetividad pues "... ni las cercenó ni las supuso...", se equivocó al considerar que esa realidad fáctica, demostrativa de una causal de exoneración inherente al hecho de un tercero, no prestaba suficiente fundamento en derecho para darle vigencia en el fallo a la doctrina de la responsabilidad por actividades peligrosas, "... error que resultó garrafal pues precisamente esos hechos tenidos por ciertos y adecuadamente probados, indicaban que tratándose de la responsabilidad directa de una persona jurídica, la conducta de Duarte por haber sido propiciada y facilitada por el patrono, fue la conducta de éste mismo, y no la de un tercero que con su conducta rompió el nexo de causalidad entre el ejercicio de la actividad causante del daño y la muerte de Cecilia Rosensvaig ...", de donde se desprende -y con esto remata el censor su tesis-, que si el Tribunal hubiera enfocado el asunto de ese modo, habría aplicado para componerlo los artículos 2341 y 2356 del C.C. y se habría abstenido de hacer lo propio con los artículos 8 y 48 de la Ley 153 de 1887, preceptos estos últimos que resultaron quebrantados por aplicación indebida.

SE CONSIDERA

1. Por ser ésa la doctrina sobre la cual descansa sin duda alguna el artículo 2341 del C.C., se tiene por verdad sabida que quien por sí o a través de sus agentes causa a otro un daño, originado en hecho o culpa suya, está obligado a resarcirlo, lo que equivale a decir que quien reclame a su vez indemnización por igual concepto, tendrá que demostrar, en principio, el perjuicio padecido, el hecho intencional o culposo atribuible al demandado y la existencia de un nexo adecuado de causalidad entre ambos factores, todo ello bajo el bien entendido que, como lo ha pregonado la jurisprudencia nacional desde el pasado siglo, aquel deber de reparar también obliga a las personas jurídicas pues ellas, según lo vienen reiterando la Corte a partir de renombrados fallos proferidos sobre el tema en junio de 1962 (cfr. G.J. Ts. XCIX, págs. 88 y 655, CVI, pág.

130 y CXLII, pág. 173 entre muchas otras), son directamente responsables por el comportamiento de sus agentes, ocurrido desde luego en ejercicio de las funciones propias del cargo o con ocasión de éstas e independientemente de que se trate de personal directivo o apenas subalterno, principio éste de significativa importancia que suele compendiarse en la siguiente fórmula, por cierto evocada con insistencia por el recurrente en varios apartes de su demanda de casación: "... la culpa personal de un agente dado compromete de manera inmediata a la persona jurídica, porque la culpa de sus agentes, cualesquiera que éstos sean, es su propia culpa...".

Empero, cuando el daño tiene origen en una actividad susceptible de ser considerada como peligrosa, apoyándose en el artículo 2356 del Código Civil de jurisprudencia igualmente ha implantado un régimen conceptual y probatorio cuya misión no es otra que la de favorecer a las víctimas de ciertos accidentes en que el hombre, utilizando en sus propias labores fuerzas de las que no puede tener siempre absoluto control y por lo tanto capaces de romper el equilibrio antes existente, de hecho había colocado a los demás asociados bajo el riesgo inminente de recibir lesión aunque la actividad de la que se trate, caracterizada entonces por su peligrosidad, se llevare a cabo con pericia y observando toda la diligencia que ella exige. Resumiendo las que son sus directrices básicas y los principios que en últimas lo justifican, de aquel régimen especial de responsabilidad y sus alcances tiene dicho la Corte, subrayando repetidamente el claro fundamento de equidad que lo inspira dadas las dificultades que por lo común tiene la prueba positiva de la falta imputable al demandado frente a eventos dañosos del tipo de los que se dejan descritos, que sin abandonar el criterio de la responsabilidad subjetiva que campea en el Título XXXIV del Libro Cuarto del Código Civil, la doctrina jurisprudencial, al abrigo del artículo 2356 del mismo cuerpo legal, ha deducido "... que existe una presunción de culpa en quienes se dedican al ejercicio de actividades peligrosas. Considerando, pues, que no es la víctima sino el demandado quien crea la inseguridad de los asociados al ejercer una actividad que, aunque lícita, es de las que implican riesgos de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños, enseñó que, en tales circunstancias, se presume la culpa en quien es agente de actividad peligrosa, de tal suerte que demandada indemnización por perjuicio causado por quien ejerce actividad de ese linaje, a la víctima le basta con demostrar:

a) el daño, y

b) la relación de causalidad entre éste y el proceder del demandado, pues en tal evento se presume el tercer requisito que es la culpa ...", agregándose en aras de la claridad que "... esta construcción jurisprudencial no entraña aceptación de la teoría de la culpa objetiva o del riesgo creado, pues de un lado descansa en la existencia de culpa del demandado, aunque ésta sea presunta, y de otro, admite su exculpación demostrando que el daño ocurrió por fuerza mayor, por intervención de un tercero o por culpa exclusiva de la víctima..." (G.J. T. CXLII, pág. 173).

2. Así las cosas, frente a casos con las características que presenta el que dio origen al litigio hoy en estudio y considerando que los automotores puestos en movimiento son sin duda agentes mecánicos propagadores de una actividad que implica alto grado de peligro, importa precisar con exactitud las reglas de mayor relevancia que por los falladores de instancia deben ser observadas en orden a

conseguir en el juzgamiento de tales casos se efectúe acatando el artículo 2356 del Código Civil y acogiendo con fidelidad la consistente doctrina jurídica que de este texto se desprende.

a) Sea lo primero señalar que tratándose de daños causados con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas, en sustancia consiste el mencionado sistema en dispensar a la víctima de presentar la prueba, con mucha frecuencia dificultosa en extremo, de la incuria o imprudencia atribuible a la persona de quien demanda el resarcimiento, lo que equivale a decir que ante sucesos de ese linaje la demostración de la culpa a cargo de aquella víctima demandante y la liberación mediante la prueba de la ausencia de culpa por parte del sujeto demandado, no son en verdad criterios con idéntica significación a la que ellos pudiera predicarse en punto de dirimir un litigio regido por el derecho común en materia de responsabilidad patrimonial por culpa civil extracontractual. La culpa, entonces, se presume en tanto los hechos pongan al descubierto que el demandado, con su obrar, ha creado la inseguridad de los asociados, puesto que es en esto último donde radica en últimas el factor específico de imputación de la obligación indemnizatoria correspondiente, luego es inevitable insistir una vez más en que la aludida presunción opera, no por el prurito de rendirle culto a la dogmática conceptualista, sino en vista de la naturaleza propia del acto dañoso y de las particulares circunstancias en que tuvo lugar como resultado de haberse desplegado una actividad caracterizada por ser peligrosa, razón por la cual ha dicho muchas veces la Corte que la presunción a la que le brinda apoyo el artículo 2356 del Código Civil tiene cabida en la medida en que fuere razonable su aplicación, es decir "... en aquellos casos en que el daño proviene de un hecho que la razón natural permite imputar a la incuria o imprudencia de su autor.. " (G.J. T. CLII, pág. 108);

b) Una segunda observación por hacer es que la presunción de culpabilidad así reconocida, dando por sentado que fuere factible acudir a ella como elemento con virtualidad decisoria en un juicio jurisdiccional determinado, se extiende inexorablemente respecto de todos aquéllos a quienes pueda tenérseles como responsables de la actividad en cuyo desarrollo se produjo el evento causante del daño; esa presunción tantas veces mencionada, al tenor de una conocida doctrina de esta Corporación reiterada recientemente (cfr. G.J. T. LXI, pág. 569, y Casación Civil de 12 de abril de 1991, no publicada), "... afecta no sólo al dependiente o empleado que obra en el acto peligroso, sino también al empleador dueño de la empresa o de las cosas causantes del daño.. ", y es entendido, además, que en un estado de cosas semejante, desde el punto de vista de la víctima de dos sistemas de imputación jurídica que confluyen son acumulables pues ella puede demandar la reparación "... acogiéndose, bien a la regulación legal de la responsabilidad por el hecho ajeno -es decir a la regulación contenida en los artículos 2346 a 2349 y 2352 del Código Civil, se agrega-, bien a la regulación legal por el ejercicio de actividades peligrosas... ".

Y el natural colorario que se sigue de cuanto queda expuesto es que, siendo en sí misma la actividad peligrosa la base que justifica en derecho la aplicación del artículo 2356 del Código Civil, preciso es establecer en cada caso a quien le son atribuibles las consecuencias de su ejercicio, lesivas para la persona, el alma o los bienes de terceros, cuestión ésta para cuya respuesta es común acudir a la noción de "guardián de la actividad", refiriéndose con tal expresión a quienes en ese ámbito tengan un poder

efectivo de uso, control o aprovechamiento respecto del artefacto mediante el cual se realiza dicha actividad (cfr. Casación Civil de 26 de mayo de 1989, aún no publicada), debiendo por consiguiente hacerse de lado dos ideas que, quizás a diferencia de lo que pudiera sostenerse sobre el tema en otras latitudes, en nuestro ordenamiento y a la luz del precepto legal recién citado, resultan desprovistas de suficiente sustento legal, a saber: la primera es que el responsable por el perjuicio causado sea necesaria y exclusivamente el mero detentador físico de la cosa empleada para desplegar la actividad riesgosa -toda vez que la simple circunstancia de que esa cosa se halle al momento del accidente en manos de un subordinado y no del principal, no es obstáculo para que apoyo en el artículo 2356 del Código Civil la obligación resarcitoria pueda imputársele al segundo directamente-, mientras que la segunda, por cierto acogida a la ligera con inusitada frecuencia, es que la responsabilidad en estudio tenga que estar ligada, de alguna forma, a la titularidad de un derecho sobre la cosa. En síntesis, en concepto de "guardián" de la actividad será entonces responsable la persona física o moral que, al momento del percance, tuviere sobre el instrumento generador del daño un poder efectivo e independiente de dirección, gobierno o control, sea o no dueño, y siempre que en virtud de alguna circunstancia de hecho no se encontrare imposibilitado para ejercitar ese poder, de donde se desprende que, en términos de principio y para llevar a la práctica el régimen de responsabilidad del que se viene hablando, tienen esa condición:

(i) el propietario, si no se ha desprendido voluntariamente de la tenencia o si, contra su voluntad y sin mediar culpa alguna de su parte, la perdió, razón por la cual enseña la doctrina jurisprudencial que "... la responsabilidad del dueño por el hecho de las cosas inanimadas proviene de la calidad que de guardián de ellas presúmese tener...", agregándose a renglón seguido que esa presunción, la inherente a la "guarda de actividad", puede desvanecerla el propietario si demuestra que transfirió a otra persona la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico, (...) o que fue despojado inculpablemente de la misma, como en el caso de haberle sido robada o hurtada..." (G.J. T. CXLII, pág. 188).

(ii). Por ende, son también responsables los poseedores materiales y los tenedores legítimos de la cosa con facultad de uso, goce y demás, cual ocurre con los arrendatarios, comodatarios, administradores, acreedores con tenencia anticrética, acreedores pignoraticios en el supuesto de prenda manual, usufructuarios y los llamados tenedores desinteresados (mandatarios y depositarios).

(iii). Y en fin, se predica que son "guardianes" de los detentadores ilegítimos y viciosos, usurpadores en general que sin consideración a la ilicitud de los antecedentes que a eso llevaron, asumen de hecho un poder autónomo de control, dirección y gobierno que, inhibiendo obviamente el ejercicio del que pertenece a los legítimos titulares, a la vez constituye factor de imputación que resultaría chocante e injusto hacer de lado;

c) Por último, identificada en sus rasgos más destacados la situación de hecho a la cual se vincula la responsabilidad prevista en el artículo 2356 del Código Civil, debe insistirse, en cuanto al alcance de este precepto, que por su intermedio ha consagrado el legislador una "... presunción de culpa..." (G.J. Ts. LVI, pág. 321, y CXXXIV, pág.

41) contra quien, supuesta la existencia de aquella autoridad autónoma e independiente de gobierno y dirección a la que se hizo detenida alusión en el párrafo precedente, le sean atribuibles las consecuencias del daño causado por razón de una actividad caracterizada por su peligrosidad, presunción llamada a operar entonces en contra del demandado siempre que el actor pruebe que concurren los fundamentos fácticos legalmente adecuados para ponerla en práctica, es decir la existencia del perjuicio cuya reparación se reclama, que éste se causó en ejercicio de una actividad peligrosa y, si a ello hubiere lugar por ser persona distinta el autor material del evento dañoso, que de la mencionada actividad es responsable el demandado, luego ante ese estado de cosas y del efecto indemnizatorio que de allí emerge, no podrá liberarse dicho demandado amparándose en el criterio de la diligencia normal pues le corresponde desvirtuar la base misma de la imputación, probando una causa extraña, es decir la concurrencia de hechos capaces de descartar cualquier hipótesis de responsabilidad por acarrear ellos la completa eliminación del "nexo causal", propiedad que por sabido se tiene, únicamente es dable asignarse el caso fortuito o fuerza mayor, al hecho de un tercero o al hecho de la propia víctima, supuestos los dos últimos que podrán tener esa significación tan sólo en la medida en que, respecto del guardián de la actividad, constituyan verdadera fuerza mayor para él y, por lo tanto, infortunios que por serle del todo ajenos, evitan que en derecho pueda estructurarse imputación alguna en su contra.

Y es justamente siguiendo ese orden de ideas que, aludiendo a la eximente de responsabilidad basada en la intervención de un tercero, la jurisprudencia ha sostenido con vehemencia en que no se configura ante cualquier hecho o intervención de terceras personas distintas de la víctima y del presunto ofensor a quien se le exige reparación; son necesarios varios requisitos cuya presencia objetiva en cada caso es la que permite concluir que, no obstante las apariencias que se desprenden de la actuación atribuible al demandado, ciertamente sus consecuencias no le pertenecen por ser otro el verdadero y único causante del agravio, requisitos que a la postre se reducen, primeramente, a pedir que el hecho del tercero le sea del todo ajeno al agente o responsable presunto y, en segundo lugar, a exigir así mismo que ese hecho haya sido la causa exclusiva del daño, es decir "que aparezca evidentemente vinculado por una relación de causalidad exclusiva e inmediata con el daño, caso en el cual la responsabilidad, (...) se desplaza del autor del daño hacia el tercero en seguimiento de esa causalidad que es uno de los elementos jurídicos esenciales integrantes de la responsabilidad civil..." (G.J. T. CVI, pág. 163). Dicho en otras palabras, el hecho en cuestión tendrá que ser de tal naturaleza que, en tanto borra la autoría, deje fuera toda posibilidad jurídica de imputación, lo que obliga a entender, de un lado, que la obligación resarcitoria emanada de un hecho ilícito ajeno no desaparece si la actuación correspondiente debe reputarse como propia en virtud de una relación previa existente entre el autor material del daño y quien se presupone responsable, e igualmente que tampoco cesa dicha obligación si de alguna manera la conducta de este último, cotejada frente a normas de comportamiento prudente previstas en la ley o impuestas por las circunstancias particulares que conforman el caso, ha de tenerse como antecedentes inmediatos de la ejecución del hecho por el tercero, todo ello en consonancia con lineamientos conceptuales atrás rememorados y por fuerza de los cuales se sostiene con razón que, respecto del presunto responsable, el proceder del tercero deberá ser imprevisto e irresistible, puesto que si era evitable y por negligencia

o descuido no se adoptaron medidas convenientes para impedirlo o para suprimir sus secuelas perniciosas, la imputación que a aquél se le haga será indiscutible, criterio por cierto acogido muchas veces por la Corte al señalar, invocando la reconocida autoridad de expositores franceses, que si bien la prueba del hecho de un tercero puede destruir la presunción de culpa de quien se dedica a actividad peligrosa, "... ese hecho no puede serle imputable al demandado; cuando la culpa de éste haya provocado el hecho del tercero del que haya resultado un daño, esa culpa es la causa verdadera del perjuicio. El hecho del tercero, entonces, no es ajeno al demandado..." (G.J. T. CXLII, pág. 175).

3. De cuanto queda expuesto en las consideraciones anteriores, fácilmente se concluye que es fundada la censura a través de este primer cargo formulada contra la sentencia definitiva de instancia, toda vez que en verdad el Tribunal fallador no estuvo acertado al desestimar en este caso la pretensión resarcitoria deducida, infringiendo por falta de aplicación los artículos 2356 y 2341 del Código Civil pues los hechos que constató como probados a cabalidad, según se verá enseguida, reclamaban que tales preceptos de índole sustancial se hicieran actuar en el pronunciamiento jurisdiccional de marras, dispensándosele en consecuencia tutela jurídica adecuada al derecho que los hermanos Rosensvaig de La Torre hicieron valer contra la sociedad Mercados y Almacenamientos Tequendama Ltda.

En efecto, si desde el punto de vista fáctico son premisas de evidente exactitud, asumidas con ese carácter en la providencia recurrida: que el vehículo cuya absurda embestida produjo la trágica muerte de doña Cecilia Rosensvaig de La Torre el día 29 de agosto de 1985 en un lugar céntrico de la ciudad de Bogotá, era de propiedad de la entidad demandada; que al momento del accidente el automotor era conducido por Rigoberto Duarte, empleado al servicio de la misma sociedad Mercados y Almacenamientos Tequendama Ltda. y persona completamente inexperta en la conducción de máquinas de esa clase; y finalmente, que el citado conductor pudo poner en marcha el vehículo y así determinada la ocurrencia del hecho, porque funcionario autorizado en la empresa demandada le había confiado las llaves para que a su vez las entregara a un tapicero encargado de realizar una reparación en la camioneta, resulta a no dudarlo equivocada la conclusión que, ante panorama con semejantes aristas, sacó el Tribunal *ad quem* en cuanto a la aplicación del derecho objetivo al caso concierne, estimando desvirtuada la presunción de culpa que sobre la persona jurídica dueña pesaba e imprimiéndole al obrar de su dependiente, autor material y directo del accidente, la significación de una causa extraña bajo la modalidad de "intervención de un tercero", todo bajo el curioso argumento de "... que no es razonable exigir del patrono que prevea el desvío o abuso de las funciones de sus dependientes...". Muy por el contrario, lo que se ha entendido con apoyo en principio del linaje de los que aquí se dejaron reseñados, y así lo proclama con insistencia la doctrina contemporánea en materia de responsabilidad patrimonial por el hecho de las cosas inanimadas y por el ejercicio de actividades peligrosas, es que de un hecho determinado nunca podrá predicarse que sea "ajeno" en orden a proporcionarle el valor de eximente, cuando se trata del obrar de un subordinado del presunto responsable y este último lo ha provocado o ha contribuido a agravar sus consecuencias; en otros términos, la exoneración por intervención de un tercero en la producción del perjuicio no puede operar y por eso está

llamada a conservar la plenitud de su vigor la presunción instituida en el artículo 2356 del Código Civil, en todos aquellos eventos en que, como aconteció en la especie litigiosa que hoy ocupa la atención de la Corte, fue el dueño, o por mejor decirlo el responsable presunto, quien imprudentemente creó la situación que a la postre y por mal uso de la cosa o de la actividad por su parte de su subalterno, dio lugar a la ocurrencia del suceso dañoso, suceso que desde luego no puede atribuirse a la voluntad expresa o presunta de aquél, pero que sin duda alguna les es imputable por el descuido en que incurrió al ejercitar los poderes que la condición de guardián le confiere, por ejemplo entregándole sin las debidas precauciones las llaves de un vehículo a un dependiente inexperto en la técnica de conducir automotores, incurriendo así en grave falta que además de suministrarle firme respaldo a la presunción recién mencionada, pues colocadas en ese estado las cosas no podría sostenerse con seriedad que el hecho fue imprevisible y por contera inevitable, obliga así mismo, a inferir que existe responsabilidad personal y directa según los dictados del artículo 2347 del Código Civil.

Bastaba pues que el trabajo encomendado hubiera sido, en el caso *sub examine*, la ocasión que propició el movimiento temerario de la camioneta y el subsiguiente agravio a los legítimos derechos de un inocente peatón y de sus familiares hoy demandantes, para descartar la exoneración de responsabilidad que en beneficio de la entidad demandada acabó por declarar el Tribunal, colocando en situación de manifiesta desventaja y que no es ciertamente por la que propugnan los artículos 2356 y 2341 del Código Civil, a todas las víctimas de la adversidad automovilaria cuando el responsable presunto -dueño, guardián, explotador o como quiera denominársele- alegue y pruebe su no conformidad o su voluntad en contrario respecto de la conducta de sus empleados, dependientes, comisionados o gestores, sin ocuparse al propio tiempo de demostrar también, y de hacerlo de modo irrefragable, que cumplió estrictamente con el deber absoluto de cuidado que era de su cargo dada la potencialidad peligrosa de la actividad de su provecho desplegada. En consecuencia, el fallador incurrió en el yerro *in judicando* que denuncia la demanda de casación, infringiendo por falta de aplicación las normas sustanciales que el cargo indica, luego éste debe prosperar.

IV. La sentencia sustitutiva

Imponiéndose entonces la infirmación integral del fallo impugnado, correspondería en sede de instancia proferir a continuación la sentencia de reemplazo, pero dada la naturaleza de la satisfacción pecuniaria que aspiran a obtener los actores en el proceso y atendidos los argumentos sustentatorios del recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandada contra la resolución de primer grado, la Corte estima indispensable hacer uso de la facultad que en materia de aportación oficiosa de pruebas le otorga el inciso segundo del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con los artículos 243 y 278 ibidem.

Decisión

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **Casa** la sentencia proferida en el proceso de la referencia por

el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y antes de proferir en instancia la que deba reemplazarla.

RESUELVE:

1. Solicitar al Banco de la República que con destino a este proceso, rinda informe sobre el valor en pesos del gramo de oro puro para el mes de agosto de 1989, así como también sobre las fluctuaciones mensuales que desde ese entonces y hasta la fecha haya presentado el precio en moneda nacional de ese metal. Líbrese por Secretaría el correspondiente oficio, haciéndole saber a la institución destinataria que dispone del término de quince (15) días contados a partir del recibo de la respectiva comunicación, para hacer llegar a esta Corporación el informe requerido.

2. Disponer de conformidad con los artículos 202 y 180 del Código de Procedimiento Civil, la comparecencia personal de los demandantes Luis Rosensvaig de La Torre, Rubén Rosensvaig de La Torre y Berta Rosensvaig de Restrepo para que, en la audiencia pública que se celebrará el día cinco (5) de agosto del año en curso a las ocho de la mañana, respondan por separado los interrogatorios que de oficio les serán formulados.

La citación correspondiente se entenderá efectuada mediante la notificación por estado de esta providencia (art. 205 del Código de Procedimiento Civil).

3. Ordenar la comparecencia de Milena Cecilia Rosensvaig Celis para que en la audiencia que se llevará a cabo el día cuatro (4) del mes de agosto del año en curso a las 2 p.m., rinda declaración testimonial complementaria a la que se produjo en el curso de la primera instancia (fls. 36 y 37 del cdno. 2). Por secretaría y mediante telegrama con las precisiones que indica el artículo 224 del Código de Procedimiento Civil, hágase la respectiva citación.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y cúmplase.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 201

EMPLAZAMIENTO - Procedencia / EMPLAZAMIENTO - Nulidad

Cuándo y en qué condiciones procede el emplazamiento del demandado por los trámites del art. 318 o del art. 320 del C. D. C. (Decreto 1400 de 1970). Y cómo en ambas hipótesis es común denominador el que se salvaguarde el derecho de defensa citado, las ritualidades del emplazamiento tanto en la una como en la otra, deben ajustarse fielmente a las exigencias de ley, so pena de que el proceso quede afectado de nulidad.

NULIDAD PROCESAL - Falta de Emplazamiento - Legitimación / PATERNIDAD NATURAL - Petición de Herencia - Litisconsorcio / PETICIÓN DE HERENCIA y PATERNIDAD NATURAL - Litisconsorcio / LITISCONSORCIO - Paternidad Natural - Petición de Herencia

La legitimación para proponer la nulidad por falta de emplazamiento en legal forma reside únicamente en cabeza de la parte emplazada de manera irregular, y la respectiva declaratoria sólo a esa parte beneficia. A menos que exista un litisconsorcio necesario, supuesto en el cual los consortes se aprovechan de esa declaratoria. En materia de acción de filiación extramatrimonial y de petición de herencia, cuando las mismas se instauran en frente de los herederos del presunto padre, en tal supuesto el litisconsorcio que entre éstos se forme no es necesario sino facultativo.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Héctor Marín Naranjo.*

Santafé de Bogotá, D. C., cinco (5) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Se decide el recurso de casación interpuesto por los demandados Manuel Fernando, Luis Jorge, Luz Myriam y Luis Carlos Riveros Sánchez contra la sentencia del

quince (15) de febrero de mil novecientos noventa (1990), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá en este proceso ordinario seguido por María Emma, Pablo Eduardo, Rosa Elvira y Rafael Antonio Duarte en frente de María Elisa, Gladys Beatriz, Manuel Fernando, Nohora Stella, Luis Jorge, Alvaro, Luz Myriam, Marlen Consuelo, Luis Carlos y Pablo Antonio Riveros Sánchez, en su calidad de herederos determinados de Pablo Emilio Riveros Cubillos.

ANTECEDENTES

Según demanda introducida ante el Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá, María Emma, Pablo Eduardo, Rosa Elvira y Rafael Antonio Duarte incoaron proceso ordinario de mayor cuantía en frente de María Elisa, Gladys Beatriz, Manuel Fernando, Nohora Stella, Luis Jorge, Alvaro, Luz Myriam, Marlen Consuelo, Luis Carlos y Pablo Antonio Riveros Sánchez, "en su calidad de herederos del señor Pablo Emilio Riveros Cubillos, fallecido, para que, con su citación y audiencia", se hicieren las siguientes declaratorias:

"*Primera.* Se declare que los demandantes María Emma Duarte, Pablo Eduardo Duarte, Rosa Elvira Duarte y Rafael Antonio Duarte son hijos extramatrimoniales de Pablo Emilio Riveros Cubillos, quien fue su padre.

"*Segunda.* Se declare que los demandantes mencionados, en su calidad de hijos extramatrimoniales de Pablo Emilio Riveros Cubillos tienen derecho de herencia en sucesión en igualdad de proporción a sus hijos concebidos en el matrimonio quienes son los demandados.

"*Tercera.* Se condene a los demandados a restituir a los demandantes la herencia que les corresponde en la sucesión intestada de Pablo Emilio Riveros Cubillos, ocupada por ellos.

"*Cuarta.* Se ordene al Registrador del Estado Civil correspondiente la corrección de los registros de nacimiento de los demandantes.

"*Quinta.* Se condene a los demandados en las costas del proceso".

Los hechos que sirvieron de sustento a las anteriores pretensiones pueden compendiarse así:

1° Hacia el año de 1934, Pablo Emilio Riveros Cubillos llegó a trabajar a una finca en la vereda Quebrada Honda, comprensión distrital de Cogua (Cundinamarca).

2° Vecino a la anterior, el matrimonio formado por Francisco Duarte y Custodia Espinel explotaba su propia finca.

3° Hija suya era María Amelia Duarte Espinel, a la sazón de unos diez y ocho (18) años, con quien prontamente Riveros Cubillos formalizó noviazgo que, a poco, devino en vida marital, unión que se extendió entre 1935 y 1944, año este último en que terminó por el matrimonio que Riveros Cubillos contrajo con Manuela Sánchez Martínez, madre de los hoy demandados.

4° De la unión entre María Amelia y Pablo Emilio "nacieron los siguientes hijos: María Emma Duarte, el 23 de mayo de 1937; Pablo Eduardo Duarte, el 4 de junio de

1938; Rosa Elvira Duarte, el 28 de agosto de 1940; y Rafael Antonio Duarte, el 13 de diciembre de 1942".

5° Las relaciones de María Amelia y Pablo Emilio "fueron públicas y conocidas de familiares, amigos y el vecindario en general". Además, mientras hizo vida marital con María Amelia, Riveros Cubillos "atendió a la subsistencia de sus hijos proveyendo a sus necesidades en el carácter de padre, y en virtud de este tratamiento el vecindario en general lo consideró ligado a sus hijos por el vínculo de filiación natural, todo ello por tiempo superior a cinco (5) años, conformando así válida posesión notoria del estado de hijos".

6° Pablo Emilio Riveros estuvo unido en matrimonio católico con la señora Manuela Sánchez Martínez desde el 4 de noviembre de 1944 hasta el día de su fallecimiento, acaecido en Cali el 17 de julio de 1984.

7° Dentro de tal matrimonio se procrearon los diez hijos antes indicados, los mismos que hoy aparecen demandados en este asunto.

8° El sucesorio de Pablo Emilio Riveros cursó en el Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá; dentro de aquél fueron reconocidos como herederos los diez hijos Riveros Sánchez; y como tal proceso culminó con la correspondiente partición y adjudicación de bienes "la herencia dejada por el causante se encuentra ocupada por los demandados quienes por lo mismo ocupan la herencia que en cuota les corresponde a los demandantes".

Admitida la demanda anterior (fl. 63, cdno. ppal.), del respectivo auto admisorio algunos de los demandados recibieron notificación personal, y a otros se les designó un curador *ad litem* para que los representara dentro del proceso. Sólo los asistidos por curador *ad litem* y otro de los notificados personalmente, dieron respuesta a la demanda.

Trabada la *litis* en los términos anteriores, se diligenció la primera instancia al cabo de la cual el Juzgado profirió sentencia estimatoria de las pretensiones de los actores.

De ese fallo incurrió en apelación el curador *ad litem* de los demandados Luis Jorge, Luis Carlos, Luz Myriam y Manuel Fernando Riveros Sánchez, aun cuando este último no fue mencionado en el respectivo escrito, ni en el auto por medio del cual se concedió el recurso de apelación.

Durante el trámite de la segunda instancia se hicieron presentes algunos de los demandados y confirieron poder a un abogado para que los continuara asistiendo durante el proceso.

La sentencia del *ad quèm* fue confirmatoria de la del *a quo*.

La Sentencia del Tribunal

Luego de referir los antecedentes de la presente controversia, dentro de los cuales destaca los hechos fundamentales de la acción, y los momentos procesales más sobresalientes de la primera instancia, se adentra el *ad quem* en el capítulo de las consideraciones, de entre las que merece mención primera la consignada al punto 1, en estos términos:

"... Salvo quienes estuvieron asistidos por curador *ad litem*, los demás demandados no interpusieron el recurso de apelación contra el fallo del *a quo*, sin que pueda aceptarse ahora tampoco la apelación adhesiva formulada, ni el error en que incurrió el Tribunal al admitirla, como que, al prescribir claramente el artículo 353 del C. de P. C., que la parte que no apeló podrá adherir al recurso interpuesto 'por la parte contraria', ello implica que al no haber recurrido la contraparte, vale decir, la parte demandante, por sustracción de materia, esto es, en ausencia de apelación principal no había de que adherir...". Concluye este aparte con la apreciación de que "con relación a quienes no apelaron, la sentencia del Juzgado adquirió firmeza".

Dice a continuación que los presupuestos procesales han tenido cabal cumplimiento y que la sentencia debe ser de mérito, aunque no se hubiera vinculado al proceso a la cónyuge del causante, pues "en esta especie de procesos no se forma ningún litisconsorcio necesario entre los herederos y la cónyuge supérstite, cuando, como aquí acontece, la demanda de paternidad se promueve después de fallecido el pretenso padre...".

Como admite que las causales de paternidad que se invocaron en este asunto corresponden a "la ocurrencia de relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre... así como la posesión notoria del estado de hijo extramatrimonial", recuerda los elementos que deben tenerse en cuenta para la "debida configuración" de la causal primeramente mencionada, concluyendo entonces que los testimonios recibidos afirman "hechos ciertamente indicativos de que, por la época en que según la ley se presume la concepción, hubo trato sexual entre la madre de los demandantes y el de *cujus*".

Emprende después el análisis de las declaraciones correspondientes a Hermelinda Zabala de Hernández, Alfredo Angel Espinel, Ana Elena Angel de Montes, Isidro Hernández y Juan Rodríguez Hernández, el cual le sirve para reafirmar su convencimiento de que, a la luz de tales testimonios, "estudiados uno por uno y en conjunto", no cabe duda de que entre la madre de los demandantes y Pablo Emilio Riveros existieron relaciones sexuales estables, que coinciden "con las fechas de nacimiento de los actores", lo que "impone concluir, como con acierto lo estimó el *a quo*, que la filiación natural deprecada debía declararse...".

La Demanda de Casación

En un solo cargo, con apoyo en la causal 5ª del artículo 368 del C. de P. C., "en armonía con el artículo 140 del mismo Código (anteriormente 152)", pide el recurrente "la casación del fallo de segunda instancia para que se decrete la nulidad de la actuación...", dadas las irregularidades cometidas en la notificación de la demanda en relación con los demandados Pablo Antonio Riveros Sánchez y Manuel Fernando Riveros Sánchez.

Acerca del primero de los nombrados, el impugnante empieza por relatar cuáles fueron, cronológicamente, las actuaciones que se adelantaron con el propósito de notificarle de manera personal el auto admisorio de la demanda. Luego señala lo que, en su sentir ocurrió durante la diligencia de notificación cumplida el 4 de junio de 1986.

A continuación, tras reproducir el texto anterior del artículo 33 del C. de P. C. y de comentar con cierto pormenor que los traslados no se pueden confundir con los anexos,

concluye diciendo que "al no haberse notificado la demanda en la forma prevista por los artículos 315 y 316 del C. de P. C. en armonía con el artículo 33, se violó el derecho de defensa del demandado porque no pudo tener conocimiento de la causa por la cual era citado al proceso".

Por lo que concierne con el demandado Manuel Fernando Riveros Sánchez, dice el recurrente que "se cometieron los mismos errores anotados en relación con el anterior demandado... no en cuanto a la diligencia de notificación sino en cuanto al emplazamiento (fl. 122, cdno. 1)".

Describe entonces los dos intentos que se hicieron para citar a Manuel Fernando Riveros, el primero por el citador Luis Alejandro de Dios Alvarez, y el segundo por el agente Alvaro Alarcón, para destacar que "del informe del citador Alvarez no se podía deducir que el demandado se ocultara sino que 'se encuentra viajando a Medellín' ", y que el agente Alarcon "no estaba legalmente autorizado para efectuar esa diligencia ni su informe tiene validez porque no era empleado del Juzgado como lo exigía el artículo 315... De allí que -agrega- que como no estaba acreditado el ocultamiento, el emplazamiento no podía ser efectuado en los términos del artículo 320 sino como lo disponía el artículo 318 del C. de P. C.".

De esta manera -remata-, al aplicarse el artículo 320 citado, "se violó el derecho de defensa de este demandado, y se incurrió por lo tanto en la causal de nulidad prevista en el mismo numeral 8° del artículo 152 del C. de P. C.".

SE CONSIDERA

1. Nada dirá la Corte en cuanto a los planteamientos y peticiones elevados en el cargo acerca de Pablo Antonio Riveros Sánchez, porque éste es uno de los demandados a quienes se negó el recurso de casación, según el auto del Tribunal que data del 17 de mayo de 1990 (fl. 39, cdno. 3); porque el recurso se concedió y se admitió respecto de Manuel Fernando, Luis Jorge, Luz Myriam y Luis Carlos Riveros Sánchez, y porque, como se dijo en la propia demanda de casación, el recurso se sustentó "en nombre de estos últimos".

Huelga pues, cualquier cosa que se diga respecto de quien no fue admitido al recurso, a pesar de lo cual comparece a sustentarlo. Amén de que, viendo las cosas desde el ángulo de los otros recurrentes, la causal de nulidad invocada sólo lo puede ser por la persona afectada (art. 143, inc. 3°, C. de P. C.).

La Sala, entonces, circunscribirá el análisis a la situación planteada en relación con el otro demandado Manuel Fernando Riveros. O sea, que respecto de los otros recurrentes en casación tampoco hay nada que decir justamente por lo que reza la norma acabada de citar.

II. Sabido es que la incomparecencia de demandado al proceso puede obedecer a uno de dos motivos perfectamente diferenciados: O a que se ignore su habitación o su lugar de trabajo. O a que se oculte con el propósito de evadir la notificación personal.

Como quiera que, de todos modos, es necesario que el proceso avance, la ley se ocupa de allanar ambos obstáculos, teniendo en cuenta, como es apenas natural, las

peculariedades de cada uno de ellos. A este propósito, no se puede perder de vista que en el primero de los eventos nombrados, se toma en consideración la situación de quien, no obstante ser indispensable su vinculación al proceso, ésta sin embargo no se logra por cuanto la persona permanece ajena a su existencia.

En cambio, en el segundo la cuestión es por completo diferente toda vez que atañe a aquel demandado que adopta una actitud de contumacia en frente del llamado que le formula la justicia.

Esa diversa perspectiva desde la cual han de ser vistos los fenómenos descritos, es la que justifica que los requisitos legalmente establecidos para la citación del demandado por medio de edictos sean distintos en uno y otro caso, tal como se palpaba, con toda evidencia, en el texto de los artículos 318 y 320, antes de la reforma introducida por el Decreto 2282 de 1989, pues es con base en ellos que la situación del caso sub judice *debe ser analizada por tratarse de los que la gobernaron.*

El primero de esos dos preceptos se ocupa de que la convocación de quien, debiendo ser notificado personalmente se ignore su habitación o lugar de trabajo, o se encuentre ausente y se desconozca su paradero, sea cumplida dentro de un lapso de cierta amplitud y cuente con una adecuada divulgación, con sujeción a los mecanismos contemplados en la norma. Ello porque el propósito que básicamente inspira a ésta reside en que la persona emplazada alcance a tener oportuno conocimiento del proceso para que concurra a él y haga valer allí sus derechos.

En el segundo, si bien se persigue, del mismo modo, enterar a quien debe recibir la notificación personal de la existencia del proceso, ya, tal propósito, como lo hizo ver, se cumple dentro de un encuadramiento fáctual completamente diferente, como que aquí se está ante alguien que, con su proceder, busca entorpecer el desarrollo normal del proceso y la eficaz administración de justicia.

Empero, es común denominador de ambas hipótesis el que se salvaguarde el derecho de defensa del citado, para lo cual las ritualidades del emplazamiento tanto en la una como en la otra deben ajustarse fielmente a las exigencias de la ley, so pena de que el proceso quede afectado de nulidad.

III. El inciso 1° del anterior artículo 320 era del siguiente tenor:

"Transcurridos cinco días desde cuando se suministró lo necesario para la notificación personal, y realizadas las diligencias del caso sin que ella se haya podido practicar por ocultación del demandado, el Juez, a solicitud de parte interesada y previo testimonio juramentado del Secretario, dispondrá que se emplace a la persona a quien se ordenó citar, por edicto que tendrá las especificaciones y prevenciones exigidas en el artículo 318, el cual se fijará en la Secretaría por diez días y se incorporará al expediente" (se destaca)

De acuerdo con la regla precedente, el emplazamiento por ocultación del demandado, debía estar precedido por estos pasos, sin los cuales no era posible concluir que hubiera quedado ejecutado en legal forma: a) Que, realizadas las diligencias indispensables para cumplir con la notificación personal, éstas no culminaron satisfactoriamente a causa de la conducta evasiva del demandado; b) Que el

Secretario dejara un testimonio juramentado acerca del adelantamiento de esas diligencias, y c) Que existiera una solicitud de parte interesada respecto del emplazamiento.

IV. Pues bien: el problema, en el caso materia de la decisión, reside en saber si se cumplieron con las diligencias tendientes a lograr la notificación personal del demandado Manuel Fernando Riveros, y, para decirlo de una vez, cree la Sala que no, en vista de lo que a continuación se explica.

iv. 1. Como lo anotó el impugnante, se expidieron dos boletas de citación con destino a Manuel Fernando Riveros: La primera se le entregó al citador del juzgado, Luis Alejandro de Dios Alvarez, y la segunda al agente de la Policía Alvaro Alarcón.

Alvarez consignó que, cuando fue en su búsqueda, la señora de Riveros le manifestó que éste se encontraba en Medellín. Y Alarcón, que cuando Riveros vio a los uniformados "se mandó a perder", comunicación que luego ratificó bajo la gravedad del juramento, y que el secretario del despacho acogió en la constancia por él dejada a manera de testimonio juramentado.

iv. 1. a) Asumiendo que las mencionadas boletas tenían como objetivo final la práctica de la notificación personal del auto admisorio de la demanda a Manuel Fernando Riveros, resulta claro que de lo expresado por el citador del juzgado no es posible inferir la conducta evasiva del demandado. Y que si bien tal conducta puede reconocerse con lo dicho por Alarcón, de otro lado no es preferible que quien describe el hecho correspondiente no es un empleado del juzgado, conforme lo pide el artículo 315 del C. de P. C.

iv. 1. b) Mas si se arguyera que la exigencia del citado artículo 315 concierne, de manera específica, a la actuación misma de la notificación personal y no a las gestiones orientadas a facilitarla, las cuales, por consiguiente, podían ser adelantadas por un representante de la autoridad que no hubiera sido empleado del juzgado, si eso se objetara, se repite, habría que decir que entonces acá, con mayor razón, brillaría por su ausencia esa actuación, desde luego que el emplazamiento del demandado habría resultado cumplido con apoyo en unos pasos que sólo eran previos a la diligencia notificatoria propiamente dicha, que, en definitiva, se preterm itió por el juzgado comisionado.

iv. 2. Como es de suponer, al demandado Manuel Fernando Riveros no se le podía endilgar una conducta elusiva o contumaz, deducida de los anteriores datos, con el propósito de emplazarlo. Si bien es cierto que, como ya se expresó, el emplazamiento por ocultación del demandado tenía y tiene un trámite más simple que el previsto para el caso de que se desconozca su domicilio, esa simplicidad no puede extremarse hasta el punto de creer que las condiciones que por ley le son consubstanciales, eran y son entendibles o aplicables con laxitud en vista del comportamiento asumido por el destinatario de la notificación, porque de por medio se halla la tutela del derecho de defensa, el cual debe serle garantizado incluso a quienes se les enrostra una posición de rebeldía ante el llamamiento que les hace la justicia. En verdad, en esta eventualidad, al igual que en la considerada en el artículo 318, se trata, en esencia, que alguien que, por uno u otro motivo, no fue convocado personalmente, quede de todas maneras

vinculado al proceso y a los efectos que de él dimanan. Esta sola consideración muestra patentemente la necesidad de que los pasos que antes y ahora han sido establecidos en la ley para el emplazamiento del demandado se cumplan con la exactitud requerida, y cómo, si no se satisfacen, o si se satisfacen de modo irregular, el proceso tendrá un desarrollo anómalo, razón por la cual el hecho que lo genera lo erige la ley en motivo de invalidez del mismo.

Se declarará entonces la nulidad planteada en el cargo.

V En lo que atañe a las secuelas de la declaratoria de nulidad, la Sala observa lo siguiente:

v. 1. De conformidad con el inciso 3° del artículo 143 del C. de P. C., "la nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, sólo podrá alegarse por la persona afectada".

Ese inciso debe conectarse con el inciso 3° del actual artículo 142 del C. de P. C., según el cual "la nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, podrá también alegarse durante la diligencia de que tratan los artículos 337 a 339, o como excepción en el proceso que se adelante para la ejecución de la sentencia, o mediante el recurso de revisión si no se alegó por la parte en las anteriores oportunidades. La declaración de nulidad sólo beneficiará a quien la haya invocado, salvo cuando exista litisconsorcio necesario"

De la concordancia de estos dos preceptos, se deduce que la legitimación para proponer la nulidad por la falta de emplazamiento en legal forma continúa residiendo únicamente en cabeza de la parte emplazada de manera irregular, y que la respectiva declaratoria sólo a esa parte beneficia. A menos que -y ésta es la innovación- exista un litisconsorcio necesario, supuesto en el cual los consortes se aprovechan de esa declaratoria.

v. 1. a) En materia de acción de filiación extramatrimonial y de petición de herencia, cuando las mismas se instauran en frente de los herederos del presunto padre, ha sido doctrina reiterada de la Corte la de que en tal supuesto el litisconsorcio que entre éstos se forma no es necesario sino facultativo. Así, en sentencias del 16 de marzo de 1987, la Sala, reproduciendo lo dicho en oportunidades anteriores, expuso:

" '...No habiéndose entablado la acción contra el legítimo contradictor en esta cuestión de paternidad, sino contra sus herederos, caso en el cual la sentencia produce efectos relativos y no absolutos, no se trata de litisconsorcio necesario, sino de uno meramente facultativo o voluntario, puesto que el demandante por no existir el legítimo contradictor, en aras de la economía procesal ha citado a sus dos demandados en un procedimiento único por estar vinculados por una relación sustancial común.

Es decir, que el número plural de demandados en el proceso ha dependido exclusivamente de la voluntad del demandante, y no porque estuviera necesariamente obligado a instaurar un proceso único para obtener una sola decisión, que los obligue y los vincule a todos por la inescindibilidad de la situación jurídica que impida solución distinta para cada uno de ellos' (G. J., T. CXLIII, pág. 99). Y en otra ocasión dijo la Corte: 'En este proceso, por estar ya muerto el presunto padre natural, se inició contra

sus herederos... El litisconsorcio pasivo así formado entre éstos no es necesario como erradamente lo afirma el impugnador, sino meramente facultativo o voluntario, pues nada impedía que la pretensión se hubiera deducido solamente contra uno o varios de ellos. La sentencia en tal caso, sólo aprovecharía o perjudicaría a quienes fueron citados al juicio" (Ts. LXXVI, pág. 261; CXLII, pág. 52)".

v. 1. b) En el anterior orden de ideas, se tiene que en la especie de esta litis la demanda se introdujo para que, en frente de María Elisa, Gladys Beatriz, Manuel Fernando, Nohora Stella, Luis Jorge, Alvaro, Luz Myriam, Marlen Consuelo, Luis Carlos y Pablo Antonio Riveros Sánchez, como herederos determinados de Pablo Emilio Riveros Cubillos, se dijese que los actores son hijos extramatrimoniales del mismo y que, además, tienen derecho a heredarlo. Son, pues, los demandados litisconsortes meramente facultativos, y, en tal virtud, no se benefician de la declaratoria de nulidad que aquí se dispondrá.

v. 2. La conclusión precedente entraña que el proceso se mantenga incólume en lo que respecta a todos los demandados, menos en cuanto a Manuel Fernando Riveros, acerca del cual aquél habrá de renovarse en lo actuado con posterioridad al auto admisorio de la demanda, proferido el 29 de noviembre de 1985 (v. fl. 63, cdno. ppal.), teniendo presente que, en lo que toca con ese demandado, no es del caso darle aplicación a la segunda parte del inciso 1° del artículo 146 del C. de P. C., puesto que al haber estado asistido por un curador *ad litem* constituido de manera irregular, no tuvo la oportunidad de contradecir el material probatorio aquí copiado.

No se hará especial condenación al pago de costas de lo anulado en razón de haber sido el Juzgado comisionado quien dio lugar a la invalidez.

Decisión

En virtud de lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en aplicación de lo preceptuado en el artículo 375, inc. 3°, del C. de P. C., **Decreta** la nulidad de todo lo actuado en este proceso con posterioridad a auto admisorio de la demanda, visible al folio 63 del cuaderno principal del expediente, en lo que atañe al demandado Manuel Fernando Riveros Sánchez.

El proceso, por lo tanto, conserva su validez en lo que respecta a los demás demandados.

Sin costas en el recurso de casación, vista la prosperidad del mismo.

Sin costas de lo anulado por lo dicho en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 204

DEMANDA - REQUISITOS - HECHOS

Noción. Importancia de los requisitos que la estructuran. Por ser los hechos de la demanda, los elementos integrantes de la *causa petendi* o título de donde hace provenir el derecho que se invoca, son trascendentales para la decisión del litigio, porque fijan las pretensiones del demandante y delimitan el ámbito de desarrollo de la litis. De modo, que como los hechos invocados en la demanda dan base a la pretensión del actor, no puede el Juez decidir el litigio con fundamento en hechos distintos, aun cuando se demostrasen plenamente en el curso del juicio. Ambito dentro del cual ha de desenvolverse el proceso y yerro en que se incurre al producir un fallo desarmónico.

DEMANDA - INTERPRETACIÓN / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - ERROR DE HECHO - DEMANDA

Cuando no ofrece la suficiente claridad y precisión en los hechos allí narrados como fundamento del *petitum*, o en la forma como quedaron formuladas las súplicas, le corresponde al fallador desentrañar la pretensión contenida en tan fundamental pieza procesal, en procura de no sacrificar el derecho sustancial. Con todo, dentro de tal facultad no puede el sentenciador moverse *ad libitum* hasta el punto de corregir desaciertos de fondo, o de resolver sobre pretensiones no propuestas, o decidir sobre hechos no invocados. Autonomía del Tribunal para interpretar la demanda. Hipótesis en que se incurre en error de hecho en la interpretación de la demanda. El yerro tiene que estar demostrado y aparecer de modo manifiesto.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Alberto Ospina Botero.*

Santafé de Bogotá, D. C., nueve (9) de junio de mil novecientos noventa y dos (19932).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 22 de noviembre de 1990, proferida por el Tribunal Superior

del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario adelantado por Gilma Melo de Gómez contra Alfonso Reyes Soto y Mercedes Cepeda de Reyes.

ANTECEDENTES

I. Por demanda presentada el 21 de noviembre de 1988, que por repartimiento le correspondió al Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá, solicitó la mencionada demandante que con audiencia de los referidos demandados, se hiciesen las declaraciones y condenas siguientes:

"*Primera*. La resolución, por incumplimiento del respectivo contrato, por parte de los prometientes compradores Alfonso Reyes Soto y Mercedes Cepeda de Reyes, al no presentarse en la Notaría y en la fecha y hora convenidas, a otorgar la escritura por la misma, usos, costumbres y servidumbres que le correspondan o puedan corresponder, incluidas persianas y el derecho a la línea telefónica número dos, seis, tres, uno, cero, tres uno (2- 63-1031) junto con el respectivo aparato, de la Carrera 71 No. 48A-36. Urbanización "Normandía", de la ciudad de Bogotá, nomenclatura urbana, Registro Catastral No. BG U 48A 70 9 y Matrícula Inmobiliaria No. 050-452597, inmueble alinderado así: Norte, en 24,50 mts., con el lote No. 135 de la misma Urbanización "Normandía"; Sur, en 20,50 mts., con el lote No. 133 de la misma manzana y Urbanización, Oriente, en 10.00 mts., con el lote No. 143 de la misma manzana y Urbanización, y Occidente, en 10,50 mts., con la Carrera 71, Inmueble adquirido por la demandante en adjudicación hecha en el Juzgado 24 Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso de Separación de Bienes de Jorge Ernesto Gómez Pulido y Gilma Melo de Gómez, providencia de 8 de agosto de 1986, Oficio No. 1028 del 24 de mayo del mismo año, registrado en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados el 22 de septiembre de 1986.

"*Segunda*. Que los demandados deben pagar a la demandante, por incumplimiento y como indemnización, la suma de dos millones quinientos mil pesos ($ 2.500.000.00) m/cte., pactada y recibida como arras.

"*Tercera*. Que, como consecuencia de la inmediata declaración, pertenece a la demandante, y, por lo tanto, no tiene que restituirla a la demandada, la suma de dinero indicada en la misma, y

"*Cuarta*. Condenar a la demandada al pago de las costas del proceso".

II. La demandante apoyó sus pretensiones en los siguientes diez hechos, que se copian textualmente, por contraerse, fundamentalmente la censura en casación a la interpretación que de la demanda hizo el *ad quem*.

"1° El demandante y la demandada celebraron el contrato de promesa de compraventa que dejo detallada y pormenorizadamente indicado en la primera declaración.

"2° Dicho contrato cumple a cabalidad todos los requisitos natural y esencialmente necesarios; de conformidad con el art. 89 de la Ley 153 de 1887.

"3° Por la cláusula "cuarta" de tal contrato, se expresó que el valor total del bien prometido en venta, es la suma de ocho millones ochocientos mil pesos ($8.800.000.00);

y que, a la firma del documento que lo recoge, el 7 de mayo de 1988, la prometiente vendedora tiene recibido de los prometientes compradores, a título de arras imputables al precio, 'de acuerdo con lo estipulado en el artículo 1859 del Código Civil, la suma de dos millones quinientos mil pesos ($ 2.500.000.00)'.

"4° Por la cláusula 'décima' se estipula que 'el incumplimiento por cualquiera de las partes contratantes tendrá como pena la suma de dos millones y medio de pesos ($ 2.500.000.00), es decir, la cantidad acordada como arras'.

"5° Por la cláusula 'quinta' se acordó que 'la escritura que ha de perfeccionar este contrato, se firmará el día doce (12) de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988), a las tres de la tarde (3.00 p.m.), en la Notaría Sexta (6ª) del Círculo de Bogotá, o antes por acuerdo de las partes...'.

"6° La prometiente vendedora cumplió la inmediata cláusula, pues se presentó a otorgar la escritura pública, en la Notaría Sexta de Bogotá, a las 3:00 p.m. del 12 de agosto de 1988.

"7° La prometiente compradora no se presentó a otorgar la escritura pública en la Notaría Sexta de Bogotá, a las 3:00 p.m. del 12 de agosto de 1988.

"8° De la comparecencia de la prometiente vendedora a la Notaría Sexta, de Bogotá, para otorgar la escritura de compraventa, da fe la constancia expedida por tal oficina, en esa misma fecha, o sea, el 12 de agosto de 1988.

"9° La prometiente vendedora cumplió estrictamente presentándose a la Notaría Sexta de Bogotá, el 12 de agosto de 1988, a las 3:00 p.m., para otorgar la escritura pública, no así la prometiente compradora.

"10. Los contratantes no han modificado la cláusula quinta del contrato de promesa de compraventa".

III. Los demandados consignaron su respuesta oportunamente, en el sentido de admitir como ciertos los hechos primero, tercero, cuarto, quinto y décimo, de desconocer los hechos sexto, octavo y noveno, de infirmar el séptimo, puesto que "los demandados se presentaron oportunamente en la Notaría 6ª", y de manifestar, respecto del hecho restante, que es el segundo, que el contrato celebrado entre la partes "no reúne las exigencias del art. 89 de la Ley 153 de 1887", por lo que culminaron con oposición a las súplicas y con la formulación de las excepciones que denominaron de "ineficacia de la acción instaurada por carencia de uno de los requisitos sustanciales del contrato" e "inexistencia de causa para demandar", fundada la primera en la ausencia de las exigencias legales del art. 89 de la ley antes citada y, la segunda, en que los opositores sí concurrieron a la Notaría Sexta el día y hora señalados en el contrato, según constancia que sobre el particular expidió "el Notario a las 3:45 p.m.".

IV. La demandante, al descorrer el traslado que se le diera de las excepciones mencionadas, insistió en sus puntos de vista invocados en la demanda, o sea, en la validez del contrato de promesa, en que ella se presentó a la Notaría en el día y hora acordados y lo propio no hizo la parte demandada.

V. Impulsado el proceso en esas condiciones, la primera instancia terminó con fallo de 30 de abril de 1990, mediante el cual se despacharon desfavorablemente las

pretensiones de la demandante, lo que dio lugar a que ésta, contra lo así decidido, interpusiera el recurso de apelación, habiendo terminado el segundo grado con sentencia de 22 de noviembre del mismo año, confirmatoria de la proferida por el *a quo*, por lo que la misma parte recurrió en casación.

La Sentencia Impugnada

El Tribunal, para confirmar la decisión del *a quo*, sentó las apreciaciones siguientes:

A) Que el contrato de promesa se ajusta a las exigencias legales;

B) Que la pretensión es contentiva de una acción resolutoria, para cuya prosperidad deben concurrir los presupuestos siguientes:

a) Existencia de un contrato bilateral válido;

b) Incumplimiento total o parcial del demandado de sus obligaciones; y

c) Cumplimiento por el demandante de sus obligaciones, o sea haya aprestado a cumplirlas;

C) Que examinada la demanda "en su contexto, esto, es la causa *petitum*, emerge con claridad que la petición de resolución se apoya exclusivamente en la no presencia de la parte demandada en la Notaría señalada, en la fecha y hora previstas expresamente por las partes";

D) Que para resolver el litigio es importante destacar lo afirmando en la consideración precedente, puesto "ella viene a circunscribir el preciso ámbito de la decisión, desde luego que los hechos planteados en la demanda, son los que limitan al sentenciador en la decisión, sin que pueda por tanto desbordarlos so pena de incurrir en vicio de incongruencia, ya por fallo *extra petita*, o bien por sentencia *ultra petita*, quebrantando así igualmente el derecho de defensa, toda vez que el demandado la ha apoyado sólo frente a los hechos invocados por el actor", tal como lo sostiene la Corte en sentencia que cita y transcribe;

E) Que apoyada la demanda en la cardinal afirmación de la no presencia de los demandados el 12 de agosto de 1988, a las 3 de la tarde en la Notaría Sexta del Círculo de Bogotá, "emerge frente a tal alegación prueba irrefragable en contrario, pues tanto el acta de presentación personal emanada de la aludida Notaría (fl. 57 cdno. 1), como la admisión de este hecho en el interrogatorio de parte hiciera la misma demandante, vienen a infirmar en forma incontrastable el hecho en que se apoyó el libelo, poniendo de presente, antes bien, la comparecencia de la parte demandada. Por ende, siendo así que el hecho mediante el cual se pretendió endilgar incumplimiento a la parte demandada fue plenamente desvirtuado en el *sub lite* mediante la prueba atrás indicada, ha de seguirse que las súplicas del libelo debían ser adversas a la parte demandante", por lo que se impone confirmar la decisión del *a quo*.

La Impugnación

Un único cargo, dentro del ámbito de la causal primera de casación, formula la recurrente contra la sentencia del *ad quem*, el cual hace consistir en quebranto de los

artículos 1602, 1603, 26, 28, 1546, 1602, 1603, 1618, 1620, 1621, 1622 del C. C., 89 de la Ley 153 de 1887, por falta de aplicación; y, 1609 del C. C., por aplicación indebida, a consecuencia de errores de hecho cometidos en la apreciación de las pruebas.

La recurrente explica la acusación sobre los asertos siguientes:

a) Que en concordancia con los hechos de la demanda que resume, la demandante manifiesta en interrogatorio de los demandados fueron a la Notaría, pero la escritura no se suscribió porque éstos, según dijeron, no tenían la plata, lo cual se traduce en que "fueron a la Notaría pero no a cumplir";

b) Que el *ad quem* incurrió en yerro de facto en la apreciación de la súplica de la demanda sobre "la resolución de la promesa de compraventa por incumplimiento de los demandados en firmar la escritura", porque la pretensión de resolución formulada en la demanda se funda necesariamente en el incumplimiento de los demandados en contraste con la disposición de cumplir que tuvo la demandante, como se desprende de su comparecencia a la Notaría con los documentos necesarios, firmando la correspondiente escritura. En cambio los demandados concurrieron a la Notaría, pero no a cumplir, puesto que no llevaron el saldo del precio;

c) Que la "mala redacción de la demanda (todo el mundo no tiene las dotes de escritor), no es óbice para que el Juzgador, intérprete de la ley y de los actos jurídicos, pueda y deba desentrañar su verdadero contenido. Leída esa deficiente redacción por el intérprete y armonizada con el contexto procesal, no otra cosa deja inferir sino el incumplimiento de los demandados";

d) Que no es dable que el sentenciador, so pena de desacertar en la interpretación de la demanda, se apegue a palabras aisladas olvidándose del contexto. Y en este punto de interpretación de la demanda la censura cita y transcribe varias sentencias de la Corte de 1970 a 1988;

e) En seguida la censura le achaca al Tribunal otros yerros de hecho en apreciación de documentos y en la declaración rendida por el Notario Sexto, elementos de prueba éstos que transcribe;

f) Más adelante la censura expresa que el *ad quem* también incurrió en error de hecho, por desviar el contenido objetivo de la demanda, al no tener en cuenta el acta de comparecencia de la demandante a la Notaría Sexta, ni el interrogatorio de parte de los demandados y demandante, pruebas todas que transcribe en lo pertinente;

g) Reitera la censura que el sentenciador de segundo grado incurrió en error de hecho al no tomar en cuenta que la comparecencia de la demandante a la Notaría como lo indica el acta respectiva, frente a la promesa de compraventa, configura una situación objetiva que indica el cumplimiento del contrato de promesa por parte de la prometiente vendedora Gilma Melo de Gómez, pues al efecto dice la cláusula 5ª de la promesa: " 'La escritura que ha de perfeccionar este contrato se firmará el día doce (12) de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988), a las tres de la tarde (3 p.m.) en la Notaría Sexta (6ª) del Círculo de Bogotá o antes por acuerdo de las partes' (fl. 8, cdno. 1). Según el Acta transcrita anteriormente, Gilma se presentó a la Notaría el día y hora pactados, dispuesta a cumplir, para lo cual llevó consigo su documento de identidad y el paz y salvo

predial del inmueble, únicos requisitos a su cargo para el cabal cumplimiento de la promesa, habiendo llegado a la Notaría *antes* que los demandados. Pero son circunstancias que el Tribunal no vio, pasó por alto, incurriendo en evidente yerro fáctico":

b) Más adelante expresa la recurrente:

"No se percató el Tribunal de la cláusula 4ª de la promesa de contrato que en lo referente a los saldos adeudados por los Reyes a Gilma dispuso, en lo pertinente: '... b) la suma de... $1.500.000.00... el día 31 de mayo de 1988; c) La suma de... $800.000.00 el día 11115 (sic) de junio de 1988; d) La suma de ... $2.000.000.00 el día... 12 de agosto de 1988, fecha acordada para la firma de la escritura y entrega del inmueble; e) la suma de ... $2.000.000.00 el día 30 de noviembre de 1988, suma que se respaldará con hipoteca de primer grado a favor de la prometiente vendedora".

"Tampoco vio el Tribunal lo dispuesto por la *cláusula 5ª* acerca de la hipoteca que es del siguiente tenor:

" 'En la fecha que se firme la escritura de venta, simultáneamente se firmará la de hipoteca, quedando comprometida la prometiente vendedora a firmar su cancelación el 30 de noviembre de 1988, previa la cancelación total del valor del inmueble' (fls. 2 v y 3 cdno. 1).

"No se percató el Tribunal de la demanda Ejecutiva por Obligación de Hacer formulada por los Reyes contra Gilma, que correspondió al Juzgado 18 Civil de este Circuito (fls. 62 y ss. cdno. 1) y que en lo pertinente expresa:

" 'Los pagos que debían efectuarse según la cláusula cuarta (4ª) numerales b) y c), *no se hicieron en su totalidad por fuerza mayor y se convino verbalmente con Gilma Melo de Gómez, aplazar el pago de... $1.300.000.00 para hacerlo el día 12 de agosto...*' (destaca).

" 'Mis mandantes deberían hacer entrega de tres millones trescientos mil pesos *($ 3.300.000.00)* mcte. (destaca), el día de la suscripción de la escritura, *dinero que llevaban el citado día* o sea el 12 de agosto de 1988, un millón en cheque de gerencia y el resto de dinero efectivo...' " (destaca).

" 'Mis mandantes... según la cláusula quinta de la promesa de venta, *deben en la misma escritura de venta, suscribir hipoteca de primer grado a favor de la demandada, por la suma de dos millones de pesos*, que es la suma que se adeuda en definitiva para cancelar el día treinta... de noviembre... de 1988. Mis mandantes están dispuestos a cumplir con esa cláusula (he destacado)' ".

"Tampoco vio el Tribunal lo declarado por Alfonso Reyes en su interrogatorio de parte en relación con los pagos hechos a Gilma. Se expresó así: 'Quiero clarar (sic) que la plata que le he entregado a doña Gilma desde la firma del contrato es de dos millones y medio en plata y en cheques... y al segundo contado que era el 31 de mayo de 1988, era por un millón quinientos y *le entregué un millón de pesos y convenimos de ambas partes que el resto quedaría para el 12 de agosto de 1988* a las tres de la tarde en la Notaría' (he destacado. Fl. 34 v. cdno. 1).

Los anteriores medios de convicción señalados en los numerales 8 y 9 que anteceden, que el Tribunal no vio, ponen de presente, además de graves contradicciones

indicativas nuevamente del incumplimiento de los Reyes, otro hecho de trascendencia que el Tribunal pasó por alto: *el incumplimiento de los Reyes se dio desde el 31 de mayo de 1988* al no pagar la suma que en tal fecha debiera haberse pagado. Bien se sabe que el supuesto convenio verbal para modificar la promesa es sin eficacia en este acto jurídico. De donde se infiere que Gilma estaba legitimada de sobra cuando formuló su demanda de resolución de la promesa";

i) Por último señala la recurrente que el Tribunal no se percató de los importantes indicios que surgen de los elementos procesales no apreciados o apreciados erróneamente, que ponen de presente los presupuestos necesarios para el buen suceso de la pretensión;

j) En el capítulo de la "sustentación del cargo", la censura insiste en los reparos o errores de hecho en que incurrió el *ad quem* y en que la pésima redacción de la demanda imponía una recta interpretación para obtener la verdadera intención de la demandante. También reafirma que a consecuencia del desacierto en la hermenéutica de la demanda cometido por el Tribunal, lo llevó a incurrir en los otros yerros fácticos ya indicados.

SE CONSIDERA

1. Como quiera que la demanda, que es la petición con la cual se inicia un proceso y, por ende, constituye la pieza más importante del mismo, se ha dicho por la doctrina de la Corte que está sujeta, en su estructuración, a un conjunto de requisitos que no obedecen a un criterio puramente formalista, sino a la necesidad de determinar, con claridad y precisión, las pretensiones del actor y los elementos de hecho que le sirven de soporte al petitum, *a fin de que el demandado, enterado del contenido de la misma, pueda asumir adecuadamente su defensa y, en esas condiciones, igualmente pueda el Juzgador conocer los límites dentro de los cuales puede cumplir con su actividad de dispensar el derecho.*

2. Desde comienzos del siglo ha venido sosteniendo la jurisprudencia de la Corte que lo que determina el campo del litigio son los hechos fundamentales de la demanda y, por tanto, "a los que enuncia -el demandante- y sólo a los que enuncia tiene que ceñirse el fallo" (Cas. Civ. de 11 de agosto de 1911, T. XX, pág. 208), criterio éste que ha continuado reiterando la Corte al afirmar que siendo los hechos de la demanda los elementos integrantes de la causa petendi *o título de donde hace provenir el derecho que se invoca, son trascendentales para la decisión del litigio, por que fijan las pretensiones del demandante y delimitan el ámbito de desarrollo de la* litis. *De suerte que "como los hechos invocados en la demanda dan base a la pretensión del actor, no puede el Juez decidir el litigio con fundamento en hechos distintos, aun cuando se demostrasen plenamente en el curso del juicio" (Cas. Civ. de 9 de abril de 1967). En época más reciente se afirmó por la Corporación que "tanto hoy como frente al estatuto procesal abolido, el fallador no tiene facultad para decidir la controversia con estribo en hechos sustanciales que no fueron expuestos en la demanda como* causa petendi *aunque se hayan probado plenamente" (Cas. Civ. de 22 de enero de 1974).*

3. Si por razón del surgimiento de la relación jurídico-procesal se tiene que queda establecido el ámbito dentro del cual ha de desenvolverse el proceso, o sea, que la demanda y la contestación atan y vinculan a las partes y delimitan el campo de decisión

del sentenciador, no puede éste, entonces, desentenderse de dichos lineamientos al decidir, so pena de incurrir en un vicio in procedendo, *concretamente de producir un fallo desarmónico, máxime por virtud de modificación introducida a la causal segunda de casación, al consagrarse, como uno de los motivos de incongruencia, "no estar la sentencia en consonancia* con los hechos" *de la demanda (arts. 368, num. 2 del C. de P. C. y 1° D. 2282 de 1989).*

4. Ahora bien, cuando la demanda no ofrece la suficiente claridad y precisión en los hechos allí narrados como fundamento del petitum, *o en la forma como quedaron formuladas las súplicas, tiene dicho la jurisprudencia que en tal evento, para no sacrificar el derecho sustancial, le corresponde al fallador desentrañar la pretensión contenida en tan fundamental pieza procesal. Empero, no puede el sentenciador, dentro de la facultad que tiene para interpretar la demanda y, por ende, determinar el recto sentido de la misma, moverse* ad libitum *o en forma ilimitada hasta el punto de corregir desaciertos de fondo, o de resolver sobre pretensiones no propuestas, o decidir sobre hechos no invocados. Porque en tal labor de hermenéutica no le es permitido descender hasta recrear una* causa petendi *o un* petitum, *pues de lo contrario se cercenaría el derecho de defensa de la contraparte y, por demás, el fallo resultaría incongruente.*

5. Conviene observar que en punto de interpretación de la demanda el Tribunal goza de autonomía y, por ende, a la Corte le está vedado desatender esa interpretación, a menos que el sentenciador de segundo grado haya incurrido en manifiesto error de hecho o en yerro de valoración en el examen de la misma. Y ciertamente en la interpretación de la demanda se incurre en error evidente de facto, por ejemplo, respecto de los hechos o de las peticiones, cuando le hace decir algo que no expresa o deja de ver en ella algo que palmariamente exterioriza, o en otros términos, cuando apareciere de manera manifiesta que la apreciación hecha por el fallador se encuentra en absoluta contradicción con el contenido de la demanda.

6. Es pertinente reiterar, entonces, que siendo extraordinario el recurso de casación, es claro que no basta en éste, como sí se puede en las instancias, ensayar simplemente por el impugnador un análisis diverso del que hizo el Tribunal para contraponerlo al de éste. Porque no es suficiente hacer un examen mas profundo o sutil, para que se pueda lograr la modificación de las apreciaciones que el ad quem *haya hecho en su sentencia. Si el tema de discusión en el recurso de casación no es el planteado en la demanda o en las defensas del demandado, sino la sentencia impugnada; si ésta llega a la Corte amparada por la presunción de acierto relativa a que el sentenciador atinó tanto en la apreciación de los hechos como en la aplicación del derecho, es diáfano que para casar el fallo con fundamento en que el Tribunal cometió un yerro fáctico, éste tiene que estar demostrado plenamente, o sea, acreditado en forma cabal, pues la casación no puede fundarse en la duda sino en la certeza. De otro lado, como las conclusiones a que en el campo de los hechos haya llegado el* ad quem *son intocables por la Corte mientras no se compruebe que se deben a arbitrarios procedimientos suyos o a contraevidencias, a yerros que aparezcan de modo manifiesto o palmario, resulta que aunque la Corte encontrara que es más ajustado al material probatorio el examen que de la prueba haya el recurrente, no por ello puede aniquilar el fallo, pues mientras no se demuestre la arbitrariedad del Tribunal, un mejor*

razonamiento de la censura no es suficiente para que la Corte pueda desconocer las conclusiones de la sentencia recurrida.

Precisamente, en desarrollo de lo que se acaba de sentar, se ha venido afirmando que, cuando la acusación al fallo del ad quem *viene montada por la causal primera de casación, por vía indirecta, y concretamente por yerro fáctico, que el error de esta especie necesita aparecer de modo manifiesto, o sea, ostensible, que salte de bulto y de tal naturaleza que conduzca a una conclusión contraria a la evidencia de los hechos. Porque "si para demostrarlo es indispensable emplear complicados razonamientos sin los cuales el entendimiento no los capta de primer golpe, entonces se está -o se puede estar- frente a un error que no es de los que aparecen de modo manifiesto en los autos y que, de consiguiente, no sirve de estribo a un ataque en casación" (Cas. Civ de 20 de mayo de 1970, 146 y 147). "Del mismo modo, si un hecho admite una o más interpretaciones, que no pugnan con la evidencia, la circunstancia de que el Tribunal elija la que en sentir del recurrente no sea la más atendible, no sería constitutiva de error de hecho evidente pues el requisito de la evidencia excluye toda argumentación que se funda en las probabilidades y no en la certidumbre" (G. J., T. CXLII, 24).*

7. Al confrontar las apreciaciones sentadas con la interpretación que de la demanda con la que se inició el proceso hizo el Tribunal, no se advierte que se hubiese incurrido en el yerro de facto evidente que en el punto le achaca la censura, pues examinada en su conjunto, lo que ella exterioriza en su fidelidad, es el alcance que dio el sentenciador, así pudiese en el campo de la lógica hacer otra interpretación, pues la que realizó el *ad quem* no aparece arbitraria o salida del sentido común. Y tampoco desacertó el *ad quem* atinente a la concurrencia de la parte demandada a la Notaría Sexta del Círculo de Bogotá el 12 de agosto de 1988 en la hora igualmente estipulada, fecha y hora que confirma la declaración del Notario Sexto. Y si este soporte del fallo ha quedado en pie, es superfluo para la Corte analizar los restantes reparos que le endilga la censura al fallo, porque éste sigue apoyado en el fundamento cardinal en que se basó el sentenciador, y que al resultar ileso en el ataque, impide el quiebre de la decisión combatida.

Resolución

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de 22 de noviembre de 1990, proferida en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Las costas del recurso de casación corren de cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 208

PRENDA GENERAL / SIMULACION - ACCIÓN PAULIANA / ACCION PAULIANA - SIMULACIÓN / NULIDAD, SIMULACION, ACCION PAULIANA, REVOCATORIA

De manera descriptiva se ha denominado como derecho de garantía general sobre el patrimonio del deudor. Simulación-Acción Pauliana: Antecedentes históricos sobre una y otra. La primera es acción autónoma en manos del acreedor. *Nulidad, Simulación, Acción Pauliana o Revocatoria* Son específicamente distintas y cada una de ellas tiene su individualidad propia. Rasgos típicos de cada una de estas acciones. En la acción pauliana se impugna un acto realmente ejecutado por el deudor, en tanto que en la simulación se busca destruir una mera apariencia para que se haga luz sobre lo que, de hecho quisieron las partes. Para la prosperidad de la acción pauliana los acreedores deben demostrar que el acto cuestionado, lo fue en perjuicio suyo y que el deudor lo realizó fraudulentamente. La simulación no queda inserida en la pauliana, cuando es un acreedor quien la ejercita.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Héctor Marín Naranjo.*

Santafé de Bogotá, D. C., diez (10) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Se decide el recurso de casación que la parte demandada interpuso contra la sentencia de fecha diecisiete (17) de abril de mil novecientos noventa (1990), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, dentro de este proceso ordinario seguido por la sociedad "Restrepo Alzate Limitada -Real Ltda." en frente de Rubén Escudero Grajales y la sociedad "Escudero Loaiza Ltda.".

ANTECEDENTES

1. Mediante demanda introductoria que fue repartida al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago (Valle), la sociedad "Restrepo Alzate Limitada -Real Ltda.-", por

medio de su representante estatutario, pidió que frente a Rubén Escudero Grajales y a la sociedad "Escudero Loaiza Ltda.", uno y otra con domicilio en Cartago, se hicieran las siguientes declaratorias principales:

"*Primera.* Que el contrato de compraventa celebrado entre los demandados, Rubén Escudero Grajales y la sociedad 'Escudero Loaiza Ltda.' y que consta en la escritura pública número 536, calendada el día 3 de junio de 1982, otorgada en la Notaría Segunda de Cartago, mediante la cual el primero dijo vender a la segunda los lotes de terreno que a continuación se identifican por su situación y sus linderos, fue absolutamente simulado y que en realidad no existe esa compraventa y que el inmueble pertenece al supuesto vendedor.

"*Segunda.* Que en consecuencia, el señor Registrador de Instrumentos Públicos del Circuito de Cartago deberá cancelar el registro de la escritura No. 536 calendado el día 3 de junio de 1982, otorgada en la Notaría Segunda de Cartago, y restablecer los títulos del señor Rubén Escudero Grajales que obran a folios de matrícula inmobiliaria números 375-0000374, 375-0000466, 375-0000467, 375-0000468 y 375-00003707.

"*Tercera.* Que consecuencialmente se cancele el registro correspondiente a la escritura de hipoteca No. 1314 del 13 de octubre de 1983, otorgada en la Notaría Segunda de esta ciudad.

"*Cuarta.* Que también, como consecuencia de la primera declaración la sociedad demandada Escudero Loaiza Ltda., en los cinco días siguientes al de la ejecutoria de la sentencia o la notificación del auto de obedecimiento al Superior, según fuere el caso, realice la entrega materia del inmueble y devuelva el valor de los frutos que haya percibido o podido percibir, hasta el día de la restitución.

"*Quinta.* Que los demandados deben pagar las costas del proceso".

Subsidiariamente propuso "que es completamente nulo el contrato de compraventa celebrado entre los demandados, que consta en la escritura pública mencionada en la petición primera principal, mediante el cual el señor Rubén Escudero Grajales dice transferir a la sociedad Escudero Loaiza Ltda., los inmuebles allí determinados, por contener declaraciones que en ningún momento quisieron realmente expresar los comparecientes, constituyendo este hecho un vicio fundamental del consentimiento que lo invalida".

II. Como fundamento fáctico de sus pretensiones, adujo el actor los hechos que a continuación se resumen:

1. Que "el señor Rubén Escudero Grajales y la señora Alba Lucía Loaiza de Escudero se constituyeron deudores del señor Ramiro Cadavid y la señora Amanda Alzate de Restrepo, por la suma de un millón novecientos cincuenta y tres mil seiscientos pesos ($ 1.953.600.00) y dos millones y medio de pesos ($2.500.000.00) m/cte., respectivamente, para lo cual suscribieron sendas letras de cambio".

2. Que como los deudores no cumplieron oportunamente las obligaciones contraídas, la acreedora Alzate de Restrepo promovió demanda ejecutiva contra aquéllos -esposos entre sí-, ante el Juzgado 12 Civil del Circuito de Cali.

3. Que como el respectivo mandamiento ejecutivo no fue notificado dentro de los términos legales, "merced al ocultamiento del señor Escudero Grajales", fueron levantadas las medidas cautelares que dentro de tal ejecutivo se decretaron respecto de "los inmuebles de que trata la presente demanda".

4. Que la sociedad Restrepo Alzate Ltda., como cesionaria de Ramiro Restrepo Cadavid, instauró, por su parte, demanda ejecutiva contra los mencionados deudores, y que el correspondiente proceso cursaba en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago, por la época en que se dio inicio a la presente litis. Que en tal proceso ejecutivo "no fue posible lograr el embargo de los inmuebles, toda vez que habían salido de manos de los deudores".

5. Que "para eludir el pago de las obligaciones, antes mencionadas, el deudor demandado Rubén Escudero Grajales, un mes después de haber sido demandado ejecutivamente, esto es, el tres (3) de junio de mil novecientos ochenta y tres (1983), ante la Notaría Segunda de Cartago otorgó la escritura pública número 536, según la cual le vendió "la parte que quedaba de sus bienes" a la sociedad "Escudero Loaiza Ltda.", de la que eran socios Juan Manuel, César Eduardo y Margarita María Escudero Loaiza, hijos menores de Escudero Grajales.

6. Que un procedimiento similar había observado ya el mismo Escudero Grajales al otorgar las escrituras números 201, de febrero 24/83 y 410, de 3 de mayo del mismo año, ambas de la Notaría Segunda de Cartago, en las que aquél utilizó "como intermediario a un cuñado suyo, hermano de su cónyuge, César Augusto Loaiza Ortiz".

7. Que al otorgar la reseñada escritura 536, se persiguió "eludir la cancelación de las obligaciones antes mencionadas, y no la celebración de un verdadero contrato de compraventa..." como lo comprueban hechos del aparente vendedor, que a continuación enuncia en detalle.

8. Por último según escritura 1314, del 13 de octubre de 1983, Notaría Segunda de Cartago, se "otorgó hipoteca abierta en favor del Banco Cafetero, hasta por la suma de siete millones ochocientos mil pesos ($7.800.000.00) m/cte.".

III. Admitida la demanda, se dio traslado al demandado Escudero Grajales, como persona natural y en su condición de representante de la sociedad "Escudero Loaiza Ltda." (ff. 99, cdno. 10).

Al descorrer tal traslado, los demandados aceptaron como ciertos los hechos 2°, 3ª, 4°, 8ª y 9ª, dijeron que no les constaba el 1º y negaron los restantes. Se opusieron a las pretensiones de la demanda y, en el entendido de que se les proponía la acción Pauliana, propusieron, como de fondo, la excepción de "prescripción de la acción propuesta" y la de "improcedencia de la petición subsidiaria de nulidad".

IV. Cumplidas las demás ritualidades propias del proceso ordinario, el Juez del conocimiento puso término a la primera instancia por medio de la sentencia que data del treinta y uno (31) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989), la que desestimó las excepciones de mérito aducidas por la parte demandada y acogió las pretensiones centrales de la actora.

Tal decisión fue apelada por la parte vencida para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, Corporación que por la suya, de fecha diecisiete (17) de abril de mil novecientos noventa (1990), confirmó "en su integridad la sentencia apelada".

La misma parte demandada interpuso recurso de casación frente a la sentencia de segundo grado, el que fue sustentado en la debida oportunidad.

La Sentencia del Tribunal

I. Luego de precisar su propio objeto y de reseñar las pretensiones de la actora y sus fundamentos de hecho, así como las iniciales incidencias de la controversia, se ocupa la sentencia del *ad quem* en pasar revista a las pruebas aportadas por ambas partes y a las que se practicaron de oficio.

II. Seguidamente hace una síntesis de los alegatos de conclusión y de la sentencia de primer grado, para resumir a continuación las razones con que la parte apelante sustentó el recurso de alzada. Concluye el Tribunal estos primeros aspectos de su providencia con la observación de que no se aprecia causal de nulidad que invalide lo actuado y que el plenario cumple a cabalidad los presupuestos procesales.

III. Ya situado en el capítulo de las consideraciones, empieza el fallador por consignar algunas apostillas en torno del fenómeno de la simulación para hacer notar, en los apartes siguientes, sus diferencias con la Acción Pauliana, de la cual dice que es distinta de aquél "porque si existe la simulación absoluta no hay contrato verdadero y si la relativa es un contrato distinto, prescribiendo ésta en veinte años y la Pauliana apenas en un año".

Pasa luego a discurrir sobre las dificultades que presenta la prueba de la simulación, pero admite que a este propósito son aptos los documentos, los testimonios, la prueba de confesión y los indicios, en general. Con respaldo en citas de doctrinantes, enumera una serie de indicios o presunciones de hecho, "que sirven para acreditar el fenómeno de que se trata".

En los párrafos siguientes hace anotaciones sobre la prueba del estado civil de las personas, y advierte que "'cuando el litigio no versa sobre el estado civil de determinadas personas, sino que éste es apenas circunstancial que debe tenerse en cuenta para desatar determinada pretensión, no es menester la rigidez probatoria que determina la norma anteriormente citada..." (art. 105, D. 1960 de 1970). También consigna apreciaciones acerca del valor indicario que el parentesco puede tener para la prueba del negocio simulado, cuando en éste ha intervenido una sociedad integrada por cónyuges entre sí.

IV. Sienta luego el Tribunal que "la pretensión deducida por la parte actora en su libelo introductorio es la simulación absoluta..."; que en el presente caso "la sociedad 'Restrepo Alzate Limitada, Real Limitada', es un tercero en la compraventa impugnada, quien, como aparece de las pruebas allegadas al expediente, acreditó su calidad de acreedor ejecutante de la parte demandada".

A ren glón seguido admite que la legitimación en la causa, tanto activa como pasiva, está satisfactoriamente acreditada, y concluye que la sentencia apelada debe confirmar-

se, puesto que "aparece demostrado que el contrato impugnado se hizo para burlar a la parte demandante-acreedora", según las razones que a continuación da y que, compendiadas, son las siguientes:

El demandado Rubén Escudero Grajales estaba "bajo el apremio de dos ejecuciones en su contra" para la época en que se celebró la escritura pública No. 536, del 3 de junio de 1983, y que, al hacer esta venta, Escudero Grajales quedaba completamente insolventado y la sociedad acreedora sin posibilidad de perseguirle bienes.

Que esta venta se hizo en favor de una sociedad constituida con su esposa en favor de los hijos del matrimonio, y que la escritura solamente se registró el 27 de junio de 1983, "el mismo día en que se canceló el embargo decretado por el Juzgado Segundo Civil del circuito de Cartago...".

Que el precio de $2.181.000.00, en que aparece vendido el inmueble, es realmente irrisorio si se le compara con su precio real de $40.200.000.00, establecido pericialmente; y que al paso que en la escritura el vendedor aparece recibiendo dicho precio de contado, en el interrogatorio de parte se contradijo, pues afirma que recibió parte de contado "y con la otra la sociedad se comprometió a pagar unas obligaciones".

Que la sociedad compradora no demostró su capacidad económica para pagar el precio de la finca que aparecía comprando, y que la sociedad compradora tiene como socios a los propios hijos del matrimonio Escudero Loaiza, todo lo cual lleva al sentenciador a concluir que la simulación absoluta alegada por la demandante se muestra, así, elocuente en el proceso.

En fin, que el comportamiento de la parte demandada "no fue el más leal o adecuado", pues que Escudero Grajales eludió "la notificación del auto admisorio, inclusive en forma agresiva"; que debe tenerse muy presente, también, que el demandado ya le había vendido otros bienes a su cuñado César Augusto Loaiza Ortiz, negocio este otro "que apunta en el sentido de que en verdad aquí lo que ha habido es un 'juego de documentos' para burlar a la sociedad acreedora demandante".

"Tomados todos los anteriores indicios en su conjunto -remata la sentencia-, y no aisladamente, conducen a la plena certeza de que en verdad se está en frente de un negocio absolutamente simulado, compartiéndose por ello el criterio del Juez del conocimiento, por lo cual su providencia debe confirmarse en su integridad, ya que las excepciones perentorias que plantean los demandados en la contestación de la demanda no tienen ningún fundamento, como antes se vio, y el tercero de buena fe que es el Banco Cafetero no puede verse afectado por tal providencia...".

La Demanda de Casación

Dos cargos se le formulan a la sentencia recurrida: el primero, "con apoyo en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, vía indirecta, por ser violatoria por indebida aplicación" de ciertas normas sustanciales, "violaciones que ocurrieron como consecuencia de un error manifiesto de hecho en la apreciación de la demanda". El segundo se hace consistir, también, en la misma causal primera, pero ya por violación directa de otras normas de igual estirpe, en la modalidad de aplicación indebida. Ambos se despacharán en forma conjunta.

Primer cargo

Acusa la sentencia del Tribunal de ser indirectamente violatoria de los artículos 1501, 1618, 1766 y 2489 del Código Civil, por aplicación indebida, y de los artículos 2491, inc. 3°, 2457, 2512, 2513, 2535 y 2545, *ibidem*, por falta de aplicación, a causa "de un error manifiesto de hecho en la apreciación de la demanda, al no haberla estimado, como en realidad era, como un libelo demandatorio de una acción pauliana".

Para adentrarse en la explicación o desarrollo del cargo, empieza el recurrente por advertir que no ha compartido la doctrina de la Corte, según la cual "los acreedores son titulares de la acción de simulación, diferente de la pauliana"; que cuando el acreedor pide con apoyo en la acción de simulación, ora absoluta, ya relativa, contra el deudor insolvente y un tercero, "ejerce una acción denominada en la doctrina subrogatoria u oblicua", pues "obra en su condición de representante de su deudor". Porque en el derecho colombiano, se pregunta, ¿el acreedor es titular por vía de subrogación de todas las acciones patrimoniales del deudor, sean ellas reales o personales? ¿O solamente puede ejercer en nombre del deudor acciones reales y una que otra acción personal, indicadas taxativamente en la ley? Dice entonces que en la respuesta que se dé a este interrogante se encuentra la solución a este litigio, y anuncia, por tanto, un estudio sobre lo que ha sido la doctrina universal sobre el particular, que emprende así:

Recuerda, primeramente, que en el derecho romano primitivo el deudor respondía al cumplimiento de sus obligaciones con su propia humanidad, pues la *manus injectio* de las XII Tablas daba hasta para vender al deudor incumplido, para someterlo a graves suplicios y aun para descuartizarlo; que, en el derecho moderno, ya no es la persona del deudor sino su patrimonio el que responde por sus deudas, y que, entonces, consagra acciones para que el acreedor busque la efectividad de sus créditos, como son la ejecutiva, la subrogatoria u oblicua, la pauliana y la de "nulidad de los actos posteriores a la cesión de bienes o concurso de acreedores" (artículos 2488, 2489, 2490, 2491 y 2492 del C. C.).

A continuación se ocupa de la situación que se presentaba en Italia, respecto de la acción subrogatoria, antes de la vigencia del Código Civil de 1942 y luego de la entrada en vigor de tal codificación, para concluir, a la luz de autorizados criterios doctrinales, que "en el derecho italiano anterior a 1942 el acreedor podía deprecar a nombre de su deudor, dentro del contexto de la acción subrogatoria, la acción de simulación", situación que cambió a partir de dicho año, en que se expidió el nuevo Código, por cuya virtud, hoy "... en el Derecho Italiano no hay la menor duda de que los acreedores pueden ejercer la acción de simulación contra su deudor enajenante y el tercero adquirente, ya no dentro del contexto de la acción subrogatoria, sino como consecuencia de la acción autónoma consagrada en la norma últimamente transcrita" (art. 1416).

El mismo fenómeno lo examina a la luz del Código de Napoleón, para hacer notar, primeramente, que, en el entendido de que los acreedores son tercero, de acuerdo con el artículo 1321 del Código Francés el acto oculto no produce efectos frente a ellos, y que, según lo respalda con nueva cita doctrinal, siempre que haya habido fraude, la acción que debe utilizar el acreedor es la pauliana; en los demás casos debe echar mano de la acción de simulación, pero siempre dentro del contexto de aquélla, en cuyo ejercicio no se representa al deudor, pues el acreedor demanda por su propia cuenta.

Pasa luego a analizar "la acción subrogatoria en el Código de Bello", para sentar delanteramente la premisa de que la normatividad del mismo es diametralmente distinta de la francesa y de la italiana, en punto de dicha acción, puesto que en los códigos francés e italiano "el acreedor puede subrogarse en todas las acciones patrimoniales del deudor, que comprenden acciones personales y reales; mientras que en éste (el de Bello) sólo puede subrogarse en todas las acciones reales y excepcionalmente en las personales como arrendador o arrendatario. No cabe, pues, en Colombia, ni por asomo, la acción de simulación entre las acciones de que disfruta el acreedor para obtener el cumplimiento de la obligación por parte del deudor remiso". Para apuntalar su tesis, sobre la base de que, en estas materias, la normatividad chilena es igual a la colombiana, hace a continuación una extensa transcripción de un autorizado comentarista chileno, y reitera que "en el Derecho Chileno ni en el colombiano, es decir, en el Código de Bello, no es posible que el acreedor se subrogue en más acciones del deudor contra terceros que en las expresamente señaladas por el Código, entre las cuales no están genéricamente las acciones personales ni específicamente la acción de simulación o prevalencia".

En los apartes siguientes sostiene el censor que en derecho colombiano no es posible que el acreedor subrogue al deudor en la acción de simulación y, mucho menos, que el acreedor la ejerza como tal, autónomamente, por sí y para sí, dado que el Código Civil solamente consagra en favor del acreedor estas acciones: "1. La subrogatoria (artículo 2489); 2. La de anulación de actos posteriores al concurso (artículo 2490); 3 La pauliana o de rescisión por fraude (artículo 2491) y 4. La ejecutiva (artículos 2489 y 2492) y dentro de esas acciones no está incluida como acción autónoma del acreedor, ni como acción auxiliar, la de simulación o prelación... Luego la única manera de deprecarla es dentro del contexto de la acción pauliana, siempre que el ocultamiento del acto abusivo constituya el fraude pauliano".

Pasando ya a lo concreto de las violaciones, sostiene que el Tribunal violó el artículo 2489 del Código Civil, por indebida aplicación, desde el momento en que entendió "que la simulación deprecada en la demanda lo fue dentro del contexto de la acción subrogatoria del artículo 2489, y la encontró demostrada y legalmente posible": que también quebrantó, por igual concepto, "el artículo 1766 que consagra la simulación, y eventualmente el 1501 en el evento de que la Corte estime que es el que gobierna la simulación absoluta". Que tales violaciones son claras, "porque esas no eran las normas aplicables al caso ya que, se insiste, en el derecho colombiano la acción oblicua o subrogatoria no permite al acreedor subrogarse en las acciones personales, en general, ni en la acción de simulación en especial".

Prosigue con la aserción de que la demanda incoativa de este proceso no podía subsumirse dentro de la acción subrogatoria ni estimarse como una acción de simulación ejercida por un acreedor. Luego aquélla "no puede ser, por exclusión, sino una demanda de acción pauliana". Que entonces el Tribunal "violó por falta de aplicación el inciso 3° del artículo 2491 y los artículos que gobiernan la prescripción extintiva, por cuanto aquél consagra una prescripción de un (1) año, término que estaba más que vencido cuando se presentó la demanda y además la excepción fue alegada oportunamente por la parte demandada al responder la demanda".

"Y finalmente -concluye, por lo que hace a estos aspectos de la censura-, el Tribunal violó el artículo 2457 del Código Civil por cuanto si en virtud de la prosperidad

de la acción demandada se resolvió el derecho de la sociedad Escudero Loaiza Limitada, el Tribunal ha debido aplicar la norma en cita, según la cual la hipoteca constituida por esta sociedad se ha extinguido, como corolario de la resolución del derecho de quien la constituyó, tal cual se solicitó en la pretensión tercera de la demanda...".

En cuanto hace a la evidencia del error de hecho alegado y a su trascendencia, dice el censor que la causa de que el Tribunal hubiera incurrido en las infracciones legales a que se contrae el cargo "no fue otra que una errada apreciación de la demanda que dio origen al presente proceso" puesto que "el Tribunal, ignorando que se trata de una acción de un acreedor contra su deudor y el tercero que se confabuló para dejarlo sin prenda general para cobrar su crédito, olvidando que siempre que se simula, que se oculta la verdad, algo malo se persigue, es decir que en la simulación hay siempre un principio de dolo, dejando a un lado el hecho de que el acuerdo simulatorio es la mejor prueba de fraude pauliano, le dio el tratamiento a la demanda de una acción de simulación, acción que en Colombia no pueden ejercer los acreedores, como quedó demostrado. No es sino leer desprevenidamente la demanda y advierte cualquier persona que es la de un acreedor pidiendo que se rescinda el acto de su deudor aparentando una venta simulada, para que el bien retorne a su patrimonio a responder de su deuda".

Segundo cargo

Con fundamento en la causal primera de casación, acusa a la sentencia del Tribunal de ser directamente violatoria, por aplicación indebida de los artículos 1501, 1618, 1766 y 2489 del Código Civil.

En sustento de este cargo, empieza el recurrente por observar que el nombre de las demandas no corresponde al que los litigantes quieran darles a las acciones que ejerciten, sino que aquél está determinado "por los fundamentos fácticos o causas para pedir, que en el fondo son las razones de que una acción sea de una naturaleza o de otra". Que, en tal orden de ideas, aunque la que dio comienzo a este proceso se planteó como de simulación, los hechos "se subsumen" dentro de la acción pauliana. Luego "ésta sería la acción y no la otra".

Insiste luego en el argumento sobre que en el derecho civil colombiano no es posible que el acreedor ocupe el lugar de su deudor para ejercitar la acción de simulación y, ni mucho menos, que pueda adelantarla por sí o para sí, autónomamente, o sea, no ya como subrogatoria de tal deudor, puesto que, en el capítulo de la prelación de créditos, el Código Civil señala las acciones reales y las personales en que aquél puede subrogarse, "y dentro de estas acciones no está incluida como acción autónoma del acreedor, ni como acción auxiliar, la de simulación o prelación".

Por esta vía llega nuevamente a la aserción de que la única manera de acudir el acreedor al ejercicio de la acción simulatoria "es dentro del contexto de la acción pauliana, siempre que el ocultamiento del acto alusivo constituya el fraude pauliano".

Y remata: "por tanto, si se estimare que la demanda fue bien apreciada, el Tribunal ha debido declarar de oficio la excepción de fondo denominada carencia de acción, pues no hay norma que consagre la posibilidad para el acreedor de incoar simulación. En consecuencia las normas que gobiernan la simulación (1501, 1618 y 1789) y las

facultades del acreedor dentro de la acción subrogatoria (2489) estarían mal aplicadas, porque se insiste, las facultades del acreedor son las que le otorgue la ley y no las que el Juez quiera concederle. Por tanto, cuando el juzgador le otorga al acreedor una acción o remedio a sus penurias no consagrado en la ley, subsumiéndola dentro de alguna forma que sí consagra la legislación pero para otras personas y dentro de otros supuestos, viola por indebida aplicación las normas que consagran esas acciones de que el acreedor carece".

SE CONSIDERA

I. El planteamiento del recurrente, según la reseña que de los cargos se acaba de verificar, ofrece estas ideas fundamentales: Por una parte, observa que la acción de simulación no la puede ejercer el acreedor dentro del contexto de la acción subrogatoria. Y por la otra, señala que, dentro del régimen del Código Civil colombiano, no es posible que el acreedor ejerza la de simulación como autónoma, por cuanto en el capítulo de la prelación de créditos están consagradas las acciones del acreedor, entre las cuales aquélla no se encuentra incluida, como sí lo está en el C. C. italiano, y en los artículos 1966, 1967, 1968, 1970, 1972 y 1978 del C. de Comercio.

Ese razonamiento lo conduce a concluir que la única manera de deprecar la acción simulatoria es en el contexto de la acción pauliana, en la medida en que el ocultamiento del acto alusivo constituya el fraude pauliano.

Colateralmente, añade que "quien afirme que la acción de simulación la puede ejercer el acreedor fuera de estas facultades está obligado a citar la norma que lo permite", puesto que "lo demás es crear la norma dentro de la teoría de la investigación del derecho", cosa que no puede hacerse cuando existen normas reguladoras de las facultades del acreedor contra el deudor incumplido. Y, advirtiendo que la Corte ha sostenido que la acción de simulación la puede ejercer todo aquel que tenga un interés para hacerlo, lo cual puede ser correcto, remata que lo es siempre y cuando "que el interés de quien la ejerce no esté expresamente regulado en la ley y ésta excluya la simulación, como ocurre con los acreedores".

II. De acuerdo con el artículo 2488 del C. C., "toda obligación da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677".

Este precepto que, como es bien sabido, es el fruto de una muy antigua y nobilísima evolución del poder de coerción de que el acreedor se encuentra investido (evolución que alguien llamó "dulcificación del Derecho", constituye la expresión de lo que de manera descriptiva se ha denominado como derecho de garantía general sobre el patrimonio del deudor. La garantía de la que aquí se habla no es otra cosa que el conjunto de poderes o facultades, que en diversa gradación o escala, la ley le confiere al acreedor en relación con los bienes que integran el patrimonio del deudor, siendo la más prominente la ejecución forzada del crédito insatisfecho.

Pero, se agrega, si el acreedor puede buscar la satisfacción de su crédito sobre los bienes que conforman el patrimonio del deudor, también está dotado de ciertos medios

tendientes a conservarlo, los cuales, como es natural, asumen la categoría de auxiliares del primero, que sin ellos podría hacerse frustráneo.

III. Ahora bien. No se discute que la acción simulatoria es uno de los medios con que cuenta el acreedor para preservar el patrimonio de su deudor. La cuestión aquí planteada, reside en determinar si la misma puede ser ejercida de manera autónoma, o si, por el contrario, tiene que ser inserida en otra acción.

III. 1. Antaño se sostuvo por algunos que si la declaratoria de simulación podía ser impetrada por el propio deudor ejecutor del acto simulado, los acreedores del mismo, cuando hacían otro tanto, venían a actuar en su nombre, por lo que la suya sería una acción oblicua o indirecta. Mas como resulta claro, incluso del propio tenor de las normas que de la materia se ocupan, la acción de simulación la incoan los acreedores de manera directa y personal. Esta hipótesis, pues, debe ser descartada. Amén de que, no sobra decirlo, al contrario de lo afirmado por el recurrente, en la sentencia impugnada no se dice nada en tal sentido.

III. 2. La doctrina, también en otra época, sostuvo que la de simulación sería una modalidad de la acción pauliana. Y la jurisprudencia de la Corte, no obstante haber trazado hitos demarcatorios entre las distintas acciones atribuidas al acreedor, estimó en algunas oportunidades que la acción simulatoria, entablada por un acreedor, se entroncaba en la pauliana (sentencias del 30 de agosto de 1938, G. J., T. XLVII, pág. 61 y del 15 de febrero de 1940, G. J., T. XLIX, pág. 67).

Empero, prontamente esta Corporación varió el rumbo de su jurisprudencia con apoyo en las diferencias fundamentales existentes entre una y otra acción. Por eso, en múltiples sentencias posteriores, la Corte puntualizó el alcance de las acciones, para, finalmente, concluir que la simulatoria es acción autónoma en manos del acreedor, hallando, a ese propósito, el apoyo legal en los artículos 2488 y 1766 del C. C. Es este el sentido de las sentencias del 10 de agosto de 1943 (G. J., T. LVI, pág. 39), del 10 de junio de 1948 (G. J., T. LXIV, pág. 439) y del 17 de abril de 1951 (G. J., T. LXIX, pág. 528).

Por último, en la sentencia del 22 de agosto de 1967, al reiterar las diferencias existentes entre las acciones auxiliares del acreedor, expuso lo que a continuación se transcribe:

"1. Son específicamente distintas la acción de nulidad, la de simulación y la pauliana o revocatoria. La individualidad de cada una corresponde al carácter propio del fenómeno jurídico que respectivamente le da origen.

"2. La acción de nulidad, sanciona actos jurídicos verdaderos o reales, pero que adolecen, ya de un vicio que los invalida in radice (nulidad absoluta), ya de uno que los hace anulables jurídicamente a solicitud de la parte en cuya protección o interés ha establecido la ley la correspondiente causal de rescisión (nulidad relativa).

"...

"... La acción de simulación versa sobre un acto no verdadero sino fingido, que sólo sirve de cortina para ocultar una realidad jurídica distinta de la que él aparenta. Entonces, la finalidad de esta acción es la de hacer declarar la inexistencia o

deformación del acto ostensible y la prevalencia del oculto o verdadero para que éste quede sometido a recibir el tratamiento y producir las consecuencias que legalmente le competen. La acción puede ser ejercida por las partes que intervinieron en el acto simulado, por sus herederos y por los acreedores del simulante que en apariencia ha sacado de su patrimonio un bien que realmente no ha salido de éste y que, por lo mismo, continúa haciendo parte de la prenda general en cuya conservación o consistencia tienen aquéllos interés (artículo 2488 ibidem*).*"

"4. La acción pauliana o revocatoria (...), es la que otorga la ley a los acreedores de una persona para obtener la revocación de los actos de su deudor que, aunque reales y perfectos en sí mismos, han sido otorgados por éste de mala fe consilium fraudis *y en perjuicio de los derechos de los mismos acreedores* eventus damni.

"La acción pauliana tiene, pues, como materia propia un acto jurídico, verdadero y completo, que únicamente por la doble circunstancia de haber sido efectuado en perjuicio de los acreedores que tenía el otorgante en el momento de celebrarlo y a sabiendas de ese perjuicio, cuyo conocimiento por el deudor estriba en el que éste tenía de su mala situación patrimonial, permite a aquellos acreedores preexistentes considerar como inoponibles a los mismos tal acto y hacer declarar, en consecuencia, su ineficacia, en la medida del perjuicio sufrido, entendiéndose que este perjuicio sólo se ha producido cuando el acto ha determinado la insolvencia del deudor o contribuido a agravarla" (G. J., T. CXIX, pág. 191).

IV. A manera de recapitulación de lo que desde antiguo se viene manifestando en relación con las diferencias existentes entre la acción pauliana y la de simulación, cabe decir lo siguiente, apreciadas ambas, tanto en su estructura como en su función, y mirada la cuestión únicamente en cuanto toca con la simulación absoluta pues, como se ha dicho, con la simulación relativa la distinción es tan grande que no cabe confusión posible.

IV. 1. Mientras que con la acción pauliana se impugna un acto realmente ejecutado por el deudor, en la de simulación se busca destruir una mera apariencia para que se haga luz sobre lo que, de hecho, quisieron las partes. Esta diferencia trae una consecuencia de cardinal importancia, hecha residir en que al prosperar la acción pauliana, el bien salido del patrimonio del deudor se reintegra al mismo. En cambio en la simulación, cuando ésta es absoluta, se demostrará que el bien se ha desplazado del patrimonio del deudor, pero en apariencia meramente.

IV. 2. A términos de lo que prescribe el artículo 2491, los acreedores, para la prosperidad de la acción pauliana, deben demostrar que el acto cuestionado lo fue en perjuicio suyo, es decir, que por su causa se produjo o se incrementó la insolvencia del deudor, y que, además, éste lo realizó fraudulentamente, es decir, conociendo el mal estado de sus negocios. Tales aspectos, en cambio, no tienen por qué formar parte del tema probatorio en el proceso instaurado por los acreedores con el propósito de demostrar que es simulado un determinado acto del deudor. Y no tienen por qué involucrarse en razón de que, a diferencia de lo que ocurre en la acción pauliana, en la que el perjuicio (interés) que legitima al acreedor es la insolvencia de deudor, en la simulación, ese perjuicio caracterizador del interés, tiene, como ha sido expuesto por la doctrina, una más amplia connotación en vista de que no reside tanto en la

disminución de la garantía general de los acreedores, como en las dificultades o contingencias a que queda sometido el ejercicio de un derecho, el cual, por ende, se coloca en peligro de perderse

IV. 3. Además, dentro del proceso adelantado con base en la acción simulatoria, no será indispensable demostrar que el tercero fue partícipe del fraude a los acreedores, como sucede cuando el acto impugnado mediante la acción pauliana lo es a título oneroso. El consilium fraudis *puede aparecer comprobado con ocasión de la acción simulatoria, pero lo cierto es que no constituye un elemento definidor de la misma. Aquí, desde luego, hay un acuerdo entre las partes, pero él concierne es al propósito de engañar, de tender un manto sobre la realidad; ese acuerdo puede, como se dice, ser igualmente fraudulento, pero la presencia de este componente no altera la configuración de la acción. La presencia del fraude en la simulación es apenas coyuntural o de hecho, por lo cual su comprobación jurídicamente no genera ninguna consecuencia; como tampoco la genera su no comprobación. Al acreedor lo único que le interesa es demostrar la inexistencia del acto, porque ello es bastante para precaver el perjuicio que de otro modo se le puede irrogar.*

V. En frente, pues, de esas diferencias tan radicales no es posible sostener que la acción de simulación queda inserida en la pauliana, cuando es un acreedor quien la ejercita. El hecho de que en los artículos 2489 y siguientes no se la mencione de modo concreto, bajo ningún respecto permite decir que el acreedor no dispone de ella de manera autónoma, porque, por fuera de lo expuesto, lo que resulta incuestionable es que la ley, en términos por demás categóricos, legitima al acreedor para perseguir todos los bienes del deudor, raíces o muebles, presentes y futuros, en la única salvedad de los no embargables. Y dentro de esos bienes, como es lógico, también se hallan los que en forma simulada han salido del patrimonio de aquél. A este propósito, el acreedor debe contar con el instrumento adecuado, no ya para que reingresen al patrimonio del deudor -ámbito propio de la acción revocatoria-, sino para que prevalezca la verdad, es decir, para que se declare que el bien, en ningún momento ha dejado de pertenecer al deudor; ese instrumento no puede ser otro que la acción simulatoria como tal, o sea, sin ningún condicionamiento legal ulterior. Esto, derechamente significa que el soporte legal de la acción se halla en los artículos 2488 y 1766, como lo tiene definido la jurisprudencia de la Corte

Es claro, en fin, y tal como antes se vio, que el acreedor cuenta con interés suficiente para su ejercicio, y ese interés, por supuesto también cuenta con anclaje en la ley, ya que el diáfano sentido del artículo 2488 no deja ningún resquicio para la duda.

VI. Fluye de todo lo discurrido que el Tribunal apreció correctamente la demanda incoativa del presente proceso pues en ella, de manera principal, se solicitó, por un acreedor, la declaratoria de ser simulados ciertos contratos ejecutados por su deudor. Por lo tanto, no incidió en el yerro fáctico que en el cargo primero le enrostra el recurrente.

Tampoco transgredió la ley en los términos que el impugnante denuncia en el cargo segundo por cuanto, conforme ha quedado demostrado, el asunto pasaba por las coordenadas que trazan los artículos 2488 y 1766, ambos aplicados en la sentencia de segunda instancia, confirmatoria de la primera, apreciación ésta tanto más cierta cuando

que el *ad quem* en ninguna parte de su fallo, ubicó el problema dentro del marco del artículo 2489, regla que el censor ha presentado como vulnerada.

Los cargos, en consecuencia, no prosperan.

Decisión

En virtud de lo discurrido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia de diecisiete (17) de abril de mil novecientos noventa (1990), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en este proceso ordinario seguido por la sociedad "Restrepo Alzate Limitada, Real Ltda." en frente de Rubén Escudero Grajales y la sociedad "Escudero Loaiza Ltda.".

Costas en el recurso de casación a cargo de la parte recurrente.

Tásense.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 210

TITULO VALOR - ENDOSO EN GARANTÍA / ENDOSO - EN GARANTÍA

Regulación legal. El principio de literalidad. El endoso en garantía para ser jurídicamente tal, debe contener las expresiones "en garantía"; "en prenda" u otra equivalente, sin las cuales no tiene existencia cambiaria.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA - ENDOSO EN GARANTÍA / NORMA SUSTANCIAL

No citó el censor como violados los arts. 658 y 659 del C. de Co. que se refieren, el segundo a los derechos del endosatario en garantía, para decir que adquiere las facultades propias del endoso en procuración, y el primero a la facultad que tiene el endosatario en procuración para cobrar los títulos judicial o extrajudicialmente. Las referidas disposiciones son normas de carácter sustancial.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - ERROR DE DERECHO / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - ERROR DE HECHO Y DE DERECHO

Cuando se acusa la sentencia de violar indirectamente la ley sustancial a consecuencia de errores de derecho en la apreciación de las pruebas, deben indicarse con claridad cuáles son las normas sustanciales violadas y cuáles las de valoración probatoria desconocidas por el fallo, que llevaron a esa violación de la ley sustancial. Constituye un desacierto en la formulación del cargo, o cargos confundir los dos yerros, puesto que a pesar de tener la misma consecuencia, o sea el quebranto de la ley sustancial, de todos modos presentan notorias diferencias que les dan entidad propia.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Alberto Ospina Botero.*

Santafé de Bogotá, D. C., once (11) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la sociedad C. y F. Mineros Ltda., contra la sentencia de 26 de octubre de 1990, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario adelantado por la mencionada recurrente contra el Banco Sudameris Colombia S.A.

ANTECEDENTES

1. Por demanda presentada el 14 de mayo de 1987, que por repartimiento le correspondió al Juzgado Décimo Sexto Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, solicitó la referida demandante que con audiencia del mencionado demandado, se declarase que éste es civilmente responsable por la pérdida de cinco millones ochocientos veintiún mil doscientos cincuenta pesos ($ 5.821.250) y se le condenase al pago de dicha suma, con corrección monetaria e intereses moratorios comerciales, desde el 9 de noviembre de 1979.

2. El demandante apoya la pretensión en los hechos siguientes:

a) El Banco Sudameris Colombia era acreedor hipotecario de la sociedad C. y F. Mineros Ltda., por créditos que le había concedido, y como ésta no pagó, el Banco inició proceso ejecutivo hipotecario ante el Juzgado 20 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá;

b) El 9 de noviembre de 1979 la sociedad deudora entregó al apoderado del Banco, quien tenía facultades para recibir, tres letras de cambio, por valor en garantía, giradas y aceptadas por: Pablo Salcedo Romero, en cuantía de $ 2.000.000, Carlos J. Esguerra Suárez, en cuantía de $ 3.421.250, y Hugo Perilla, en cuantía de $ 400.000, todas con vencimiento el 30 de abril de 1980;

c) El Banco no hizo ninguna diligencia procesal ni extraprocesal para obtener el recaudo de dichos títulos valores, dejando transcurrir el término de prescripción de las acciones cambiarias, no obstante que era tenedor legítimo de los mismos, por el endoso en garantía;

d) Por el motivo anterior, los deudores se vieron obligados a pagar con sus propios recursos el valor del crédito que se cobraba ante el Juzgado 20 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, parte en efectivo y parte mediante dación en pago, por lo que el Banco desistió del proceso;

e) Con su conducta omisiva el Banco impidió que la sociedad C. y F. Mineros Ltda. recibiera el valor de los títulos valores, ocasionando su pérdida definitiva, no obstante que al tiempo de su vencimiento los deudores eran personas solventes, con gran capacidad económica;

f) Los deudores de las letras de cambio se niegan a pagar las obligaciones contenidas a los títulos, por estar prescritas.

3. Enterado el Banco demandado de las pretensiones de la demandante, consignó su respuesta oponiéndose, aceptando unos hechos y negando otros, y afirmando que los

títulos valores no fueron endosados en garantía, aunque sí se recibieron en garantía, bajo la condición de que el proceso solamente se suspendería si los títulos valores eran cancelados en las fechas de sus vencimientos, lo que no ocurrió. Que la letra girada por Pablo Salcedo Romero, por $ 2.000.000, fue recogida por Carlos Esguerra Suárez, quien canceló $ 2.800.000 el 12 de mayo de 1990. Por separado formuló excepciones previas.

4. Impulsado el proceso, la primera instancia terminó con sentencia de 31 de enero de 1990, mediante la cual se acogieron las pretensiones del demandante en cuantía únicamente de $ 3.821.250, valor de dos de las tres letras de cambio, con su corrección monetaria e intereses comerciales.

5. Inconforme la parte demandada con la resolución precedente, interpuso contra ella el recurso de apelación, al cual adhirió la demandante ante el Tribunal, habiendo terminado el segundo grado de jurisdicción con fallo de 26 de octubre de 1990, revocatorio del proferido por el *a quo*, contra el cual, la parte demandante, interpuso el recurso extraordinario de casación, de que ahora se ocupa la Corte.

La Sentencia del Tribunal

Relatados los antecedentes del litigio, dice el Tribunal que en el proceso quedó establecido: que en el Juzgado 20 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá cursó el proceso ejecutivo hipotecario iniciado por el Banco Francés e Italiano de Colombia "Sudameris", hoy Banco Sudameris Colombia, contra C. y F. Mineros Ltda. y otros; que el apoderado del Banco recibió, el 9 de noviembre de 1979, tres letras de cambio en garantía, por valor de $ 5.821.250, dos de las cuales fueron acompañadas con el escrito de contestación de la demanda; que los títulos se recibieron en garantía y sin menoscabo de las acciones judiciales y sin novar, modificar o extinguir las obligaciones cobradas en el proceso y sin suspender éste.

Se ocupa luego el Tribunal de los principios de literalidad y legitimación en materia de títulos valores y dice que según el artículo 659 del C. de Co., el endoso en garantía se debe otorgar con las cláusulas "en garantía", "en prenda" u otra equivalente, y confiere un derecho prendario sobre el título y las facultades del endoso en procuración, por lo que el tenedor puede cobrarlo judicial o extrajudicialmente, a su vencimiento.

Afirma a continuación el Tribunal que de la revisión de las letras de cambio no aparece que hubieran sido endosadas en garantía, "pues para que lo fueran, el endoso debía estar identificado por las cláusulas 'en garantía', 'en prenda' u otra similar", de acuerdo con el principio de literalidad. Que tampoco es cierto que todas las letras estuvieran giradas a favor del C. y F. Mineros Limitada, porque una lo fue a la orden de Carlos J. Esguerra Suárez (fl. 17, edno. 1), aceptante a su turno de otra (fl. 16 *ibidem*).

En seguida afirma el *ad quem* que por lo mismo resulta claro que el Banco "no podía cambiariamente exigir judicialmente el pago de los derechos incorporados en ellas", y que del documento obrante a folios 14 y 15 del edno. 1, con calidad de auténtico, se desprende que los títulos fueron recibidos por el apoderado del Banco en simple garantía, sin que ello implicara modificación de las obligaciones existentes, "ya que su recibo no acarreaba siquiera la suspensión del proceso ejecutivo con título hipotecario, evento éste que tendría lugar 'si los títulos valores recibidos en garantía ... son

cancelados en las fechas de sus vencimientos' y lo cierto es que según lo aceptado por la parte demandada tan sólo la letra de cambio por la cantidad de $ 2.000.000 fue recogida por Carlos Esguerra Suárez el 12 de mayo de1980, habiéndose cancelado por ella la suma de $2.800.000 según el comprobante obrante al folio 18 del mismo cuaderno, el cual además da cuenta que sobre la obligación demandada quedó un saldo pendiente de $ 3.011.250 concediéndose un plazo final para su cancelación hasta el 9 de agosto de 1980".

Agrega el Tribunal, que de las cláusulas del contrato de transacción contenidas en el memorial que condujo a la terminación del proceso (folios 262 y 263, cdno. 1) se desprende que con la dación en pago se canceló en su totalidad la obligación, quedando finiquitado todo lo relacionado con la misma "incluido lo atinente a los títulos dados en mera garantía", por lo que las letras de cambio "perdieron toda trascendencia".

Concluye el Tribunal, que al no estar demostrado el endoso en garantía, no se da la conducta omisiva atribuida al Banco, ni la pérdida definitiva de los derechos incorporados en los títulos valores, pues la excepción de prescripción no puede reconocerse oficiosamente. Que tampoco se demostró la "gran capacidad económica" de los aceptantes, todos socios de C. y F. Mineros Ltda.

El Recurso de Casación

Dos cargos, ambos con fundamento en la causal primera, formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, los que se estudiarán en el orden propuesto.

Primer cargo

Por éste se acusa la sentencia del Tribunal de violar los artículos 658, 659, 1200, 1201, 1202 del Código de Comercio, 63, 1618, 1620, 2419 del Código Civil, y art. 102 de la Ley 45 de 1923, por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

Dice el censor, que el Tribunal no apreció la fotocopia del documento suscrito por el apoderado del Banco, de fecha 9 de noviembre de 1979, acompañada con la demanda, debidamente autenticada, no tachada ni objetada por la parte demandada en su contestación, y según la cual los títulos valores se recibieron en garantía.

Que igualmente el Tribunal dejó de apreciar la letra de cambio por $ 3.421.250, suscrita por Carlos J. Esguerra Suárez y, la suscrita por Hugo Perilla a favor de éste, con vencimientos el 30 de abril de 1980, aportadas por el Banco al contestar la demanda. Títulos valores éstos que fueron endosados en blanco, para que el Banco hiciera de ellos el uso que le correspondía, de acuerdo con el contrato contenido en el documento de 9 de noviembre de 1979.

Agrega que si se hubieran apreciado tales documentos con el alcance probatorio que les corresponde, el Tribunal habría llegado inequívocamente a la conclusión de que el Banco era responsable por la prescripción que aparejó su inactividad como tenedor de los mismos, en garantía.

Afirma luego el censor, que el Banco dice, sin ser cierto, haber recibido el pago de la letra de cambio por $ 2.000.000, aplicándolo al crédito perseguido en el Juzgado 20

Civil del Circuito, pero ese dicho no aparece respaldado dentro del proceso ejecutivo, en el cual se profirió sentencia disponiendo el pago de sumas demandadas, por lo que concluye que el Tribunal dejó de apreciar "en su justo valor probatorio las copias del juicio ejecutivo acompañadas al proceso".

Continúa manifestando que el *ad quem* le dio al documento de transacción o dación en pago llevado al juicio ejecutivo, un alcance probatorio que no tiene, pues dedujo equivocadamente que con él se finiquitó todo lo relacionado con la obligación que originó la ejecución, incluidos los títulos dados en simple garantía, cuando ellos no aparecen mencionados en ninguna de sus partes "y que únicamente se refiere al desistimiento del juicio ejecutivo en donde se presentó el referido memorial", en tanto que "los títulos valores que le fueron entregados al Banco se encontraban prescritos en su poder" (folios 262 y 262 v., cdno. 1).

Agrega a continuación, que el Tribunal yerra al estimar que los títulos valores no contenían en su endoso la expresión en garantía u otra equivalente, puesto que fueron recibidos con endoso en blanco, junto con un documento donde se establecía su entrega en garantía, por lo que tales pruebas debían apreciarse en forma conjunta. Que además al Banco le hubiera bastado con llenar el endoso, lo que no hizo, manteniendo los títulos valores en su poder hasta cuando los presentó en este proceso ordinario.

Dice luego, "que si el propósito del memorial de desistimiento y transacción hubiera sido, como lo afirma el Tribunal el de finiquitar también lo referente a tales títulos valores, ¿por qué no se mencionaron en él? ¿Por qué no se dijo que se le devolvían a quien los entregó? ...Pretender que el Banco y la demandada dieron por finiquitado todo lo referente a las letras de cambio, mediante el memorial de desistimiento, pretender desconocer que las letras le fueron endosadas en garantía al Banco, sobre la base de que el propio Banco omitió, de mala o de buena fe, estampar en los títulos valores la expresión en garantía u otra similar, teniendo el documento mediante el cual las recibió, pretender que el Banco no tenía que realizar ninguna actuación, por cuanto, como dice el Tribunal no estaba legitimado, sin embargo de tener en su poder las letras, mediante un contrato, en el cual se indica a qué título se le entregaron, es querer tapar el sol con las manos".

Finalmente afirma: Que está probado que el Banco recibió las letras de cambio en garantía; que las retuvo hasta cuando las aportó al proceso; que para entonces estaban prescritas sin que realizara ninguna gestión tendiente a evitar este fenómeno y; que no cumplió con sus obligaciones de acreedor prendario, por lo que debe responder por los deterioros de la prenda.

Se Considera

1 Establece el art. 659 del C. de Co., refiriéndose a los títulos valores de la orden, que "el endoso en garantía se otorgará con las cláusulas 'en garantía', 'en prenda' u otra equivalente. Constituirá un derecho prendario sobre el título y conferirá al endosatario, además de sus derechos de acreedor prendario, las facultades que confiere el endoso en procuración".

2. Concuerda el anterior texto legal con el principio denominado de literalidad *que rige los títulos valores, según el cual, el derecho incorporado al título y los presupuestos*

para su ejercicio, están delimitados por lo que en él se exprese. Todo queda circunscrito a lo que digan sus menciones, tanto las esenciales para constituirlo como las que explicitan los actos cambiarios otorgados.

Principio éste consagrado a los arts. 619 y 620 del C. de Co.: "Los títulos valores son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal *y autónomo que en ellos se incorpora .. los documentos y los actos a que se refiere este título sólo producirán los efectos en él previstos cuando contengan las* menciones *y llenen los requisitos que la ley señale, salvo que ella los presuma...".*

De donde se sigue que la calificación de un endoso debe hacerse, exclusivamente, siguiendo las menciones del título-valor, o sea, según el tenor del art. 659 ibidem, *que el endoso en garantía, para ser jurídicamente tal, debe contener las expresiones "en garantía", "en prenda" u otra equivalente, sin las cuales no tiene existencia cambiaria.*

3. De lo expuesto en los autos y de la vista de dos de las letras de cambio materia del litigio, acompañadas con la contestación de la demanda ordinaria (folios 16 y 17 cdno. 1), se desprende que dichas letras fueron endosadas sin ninguna de las menciones anteriormente señaladas, por lo que no se produjo su endoso en garantía, técnicamente hablando, y sin que sea conducente inferirlo de documentos extraños, de ser el caso, que no lo es, como se verá a continuación.

4. El documento, del cual pretende el casacionista inferir el endoso en garantía de los títulos valores, que obra a folios 14 y 15 del cdno. 1, consiste en un recibo expedido por el apoderado del Banco, en relación con las tres letras de cambio mencionadas en los antecedentes, entregadas dentro del proceso ejecutivo cursante en el Juzgado 20 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, y en relación con las obligaciones allí reclamadas, donde se dice que los títulos fueron recibidos "en garantía", pero en el cual también se explica lo que por tal garantía entendieron las partes, dentro del ejercicio autónomo de su iniciativa privada: "Por acuerdo entre las partes el proceso que cursa en el Juzgado 20 Civil del Circuito continuará su trámite normal y solamente se suspenderá si los títulos valores recibidos en garantía y relacionados anteriormente *son cancelados en las fechas de sus vencimientos*" (destaca la Corte). De donde se sigue que no estuvo en la intención de las partes, y concretamente del Banco, obligarse a ejercer acciones judiciales para su cobro, sino tan sólo legitimarse en su tenencia para luego esperar su pago oportuno, sin perjuicio de la continuación de la ejecución en el plazo. Así que no solamente por ser un documento extraño a la literalidad de los títulos valores, sino también por su contenido, resulta inidóneo para demostrar la existencia del endoso en garantía.

5. De lo dicho se deduce además, que el Banco, al recibir los títulos valores con endosos en blanco, no estaba obligado, como se pretende, a llenarlos, para señalar tenencia en garantía, por no corresponder esa conducta a las instrucciones recibidas.

6. De las copias auténticas, expedidas por el Juzgado 20 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, tomadas del proceso ejecutivo de Banco Sudameris contra C. y F. Mineros Ltda. y otros, allegadas al proceso ordinario, se desprende que con fecha 19 de agosto de 1986 las partes celebraron un acuerdo de transacción, consistente en que C. y F. Mineros Ltda. y a favor del Banco... las partes desisten del proceso y solicitan que

se decrete tanto el desembargo de los bienes entregados a título de dación en pago como el desembargo... se decrete la cancelación del gravamen hipotecario...". Transacción celebrada más de seis años después de vencimiento de las letras de cambio, las cuales habían sido aceptadas por quienes tenían la calidad de socios de C. y F. Mineros, señores Pablo Saldedo Romero, Carlos J. Esguerra Suárez y Hugo Perilla, sin que en dicho acuerdo se mencionara nada a ese respecto. No obstante, con posterioridad, las mismas partes, en memorial de abril 21 de 1987 (fl. 25, cdno. 2) fueron explícitas al afirmar que a consecuencia de la transacción, que fue aceptada por auto de 21 de octubre de 1986, "no existen obligaciones pendientes *de ninguna naturaleza* entre las partes", lo cual excluye, sin duda alguna, las que pudieran derivarse, para el Banco, frente a C. y F. Mineros Ltda., por la falta de cobro judicial de las letras de cambio.

7. De lo expuesto se desprende que el Tribunal no incurrió en los errores de hecho manifiestos y trascendentes que se le imputan en la apreciación de las pruebas reseñadas.

8. Lo relativo a la existencia o no de prueba idónea, sobre el hecho de haber sido descargada la letra por valor de $ 2.000.000, es inocuo para la decisión del cargo, pues la consideración que en el punto hizo el Tribunal no fue soporte principal de su fallo y, sólo lo hubiera sido, de haberse proferido condena contra el Banco. El Tribunal absolvió al Banco con fundamento en la falta del endoso en garantía de las letras de cambio y también ateniéndose al contenido de la llamada transacción. Su argumentación a propósito del pago de dicha letra es tan solo un argumento de refuerzo y, por ende, el ataque es aquí intrascendente.

Así que el cargo no prospera.

Segundo cargo

Por éste se acusa la sentencia del Tribunal de violar los artículos 622 y 1204 inciso 1º del C. de Co.; 177 y 279 del C. de P. C., a consecuencia de errores de derecho en la apreciación de las pruebas.

Entra el censor a demostrar el cargo, afirmando que con la demanda se acompañó un documento privado en el cual se dice claramente que se entregan al Banco tres títulos valores en garantía, convención que no acepta el Tribunal, por ausencia de la anotación en garantía u otra equivalente en los títulos, de lo cual infiere que el Banco no estaba legitimado para accionar impidiendo que se presentara el fenómeno de la prescripción de la acción cambiaria, por lo que el Tribunal deja de aplicar el principio de que todo contrato es ley para las partes, desconociendo el valor probatorio del documento, apesar de su reconocimiento tácito y de que los títulos valores fueron entregados real y materialmente al Banco, como lo demuestra el hecho de que dos de ellos los presentara al contestar la demanda. Que ciertamente los documentos tienen endoso en blanco, pero fueron entregados en garantía, por lo que el Banco estaba obligado a llenar el endoso, y al no hacerlo está alegando su propia culpa.

Dice que el Tribunal igualmente dejó de otorgar el valor probatorio que le corresponde al memorial de desistimiento y dación en pago presentado en el juicio ejecutivo, al estimar que daba por terminadas toda clase de relaciones entre el Banco y la sociedad C. y F. Mineros Ltda., cuando ese escrito de transacción no se refiere a los títulos valores. "Que en dicho documento el Tribunal pretende encontrar frases que no

existen ni acuerdos (sic) que no se contienen en él". Que el escrito no hace ninguna alusión a que las partes quedan a paz y salvo por todo concepto, ni menciona las demás obligaciones existentes entre las mismas partes, "pretender como lo pretende el Tribunal que extinguida la obligación que da origen a la garantía, ésta también queda extinguida, es olvidarse del alcance de los documentos y el tenor de sus palabras. No se puede dar un alcance que las partes no quisieron al texto de un documento".

Agrega que era deber del Banco mantener la garantía y restituirla en buen estado, lo que no hizo, al dejar prescribir las letras de cambio, sin excusa, precisamente cuando se le exigía el mayor cuidado, por ser su actividad de carácter peligroso.

Dice luego, que "el Tribunal quiso hacer extensivos los efectos del memorial de desistimiento presentado para dar por terminado un proceso a otras relaciones o nexos contractuales existentes entre las mismas partes y a los cuales el dicho memorial no hizo ninguna mención", violando así el principio de la carga de la prueba. Que correspondía al Banco librarse de responsabilidad probando restitución oportuna de los títulos valores o conducta tendiente a evitar que perdieran su valor jurídico. "Por lo tanto el Tribunal ha violado la ley probatoria al tener por probados hechos que no han ocurrido y que la parte demandada no ha desvirtuado por ninguno de los medios probatorios establecidos en la ley".

A continuación afirma que el *ad quem* acepta como prueba del pago y devolución a Carlos Esguerra Suárez de la letra de cambio por $ 2.000.000, el propio dicho del Banco y su propia prueba, al otorgar valor demostrativo al documento del folio 18, cdno. 1, firmado por el apoderado del Banco, y por eso mismo no es prueba.

"Si se hubiera examinado el expediente, que en copias obra en este proceso del juicio ejecutivo del Banco de Sudameris contra C. y F. Mineros Ltda., ante el Juzgado Veinte Civil del Circuito, se habría encontrado que el Banco no manifestó haber recibido la suma de $ 2.800.000 a que se refiere el recibo de mayo 12 de 1980 (fl. 18) y a que hace alusión la contestación de la demanda.

"Muy al contrario, encontramos que la sentencia dictada en el juicio ejecutivo dispone seguir adelante la ejecución y rematar los bienes para el pago del crédito el cual según la parte motiva de la providencia era de $ 4.062.500 cantidad igual que la demandada, es decir que cuando se dictó la sentencia el 8 de febrero de 1985, no se había informado por el Banco del supuesto abono de $ 2.800.000.00 por medio del cual dice haber devuelto la letra de cambio de $ 2.000.000".

Finalmente, insiste el censor en que el Banco dejó prescribir las letras de cambio y, en su entrega a título de garantía.

SE CONSIDERA

Varias fallas de técnica presenta la formulación de este cargo.

En primer lugar, se duele el censor de que el Banco demandado, a quien se le endosaron las letras de cambio en garantía, no hubiera desplegado actividad alguna tendiente a evitar la prescripción de las obligaciones cambiarias, concretamente se queja de que el Banco no hubiera ejercitado "ninguna acción para evitar este

siniestro", sin embargo no cita el censor como violados los artículos 658 y 659 del C. de Co., que se refieren, el segundo a los derechos del endosatario en garantía, para decir que adquiere las facultad que tiene el endosatario en procuración para cobrar los títulos judicial o extrajudicialmente. Normas éstas de carácter sustancial, que necesariamente tenían que integrar la llamada proposición jurídica completa.

Tiene dicho la jurisprudencia que: "Cuando una situación jurídica se halla regulada por varios preceptos que se complementan entre sí, la acusación, para ser cabal, ha de versar inexcusablemente sobre todos y cada uno de ellos, estructurando así la indispensable proposición jurídica completa. De donde se sigue que si el recurso no señala la totalidad de los textos violados que forman esa proposición, limitándose a hacer una indicación parcial de los mismos, el cargo no puede prosperar por insuficiente" (CXXXI, 141).

En segundo lugar, para la correcta formulación del cargo, cuando se acusa la sentencia de violar indirectamente la ley sustancial, a consecuencia de errores de derecho en la apreciación de las pruebas, deben indicarse separadamente y, con claridad, cuáles son las normas sustanciales violadas y cuáles las de valoración probatoria desconocidas por el fallo, que llevaron a esa violación de la ley sustancial. Así lo dispone el art. 374 del C. de P. C., al precisar que en la demanda: "... Si se trata de la causal primera, se señalarán las normas de derecho sustancial que el recurrente estime violadas... si la violación de la norma sustancial ha sido consecuencia de error de derecho, se deberán indicar las normas de carácter probatorio que se consideren infringidas explicando en qué consiste la infracción".

El censor, en su demanda, se refiere a las normas violadas en la siguiente forma: "Acuso la sentencia... de violar la ley sustancial por error de derecho, como consecuencia de violación de normas de carácter probatorio, en especial por violar las siguientes normas probatorias: 1204 del C. de Co. inciso 1°, 622 del C. de Co., 177, 279 del C. de P. C.". No se sabe cuáles son las normas que el casacionista considera violadas en su carácter de sustanciales, y cuáles las normas medio que estima vulneradas.

En tercer lugar, el censor se desvía en su argumentación, al pretender demostrar los yerros señalados como de derecho, con razonamientos propios de los yerros de hecho, desconociendo las fundamentales diferencias que los separan. Los primeros son errores en la contemplación jurídica de la prueba y los segundos errores en su contemplación simplemente material. Son pues errores de muy distinta naturaleza jurídica.

Tiene dicho la jurisprudencia que: "es un desacierto en la formulación del cargo o cargos confundir los dos yerros, puesto que a pesar de tener la misma consecuencia, o sea, el quebranto de la ley sustancial, de todos modos presentan notorias diferencias que les dan entidad propia. En efecto, se da el error de hecho cuando el fallador equivocadamente cree en la existencia o inexistencia en el proceso del medio de prueba, o también, cuando al existente le da una interpretación manifiestamente contraria a su contenido. Por el contrario, el error de derecho, ocurre, cuando existiendo la prueba en el proceso y partiendo el Juzgador de dicha existencia, no le concede la eficacia probatoria que le asigna la ley o le niega la que sí le otorga, por interpretar erradamente

las normas que regulan la producción o la eficacia de la prueba (19 de marzo/91. Cas. Aura Celina Constain contra Guillermo Teodoro y otros).

El casacionista, en efecto, y a manera de ejemplos, se duele de que el Tribunal, al analizar el documento de desistimiento y dación en pago, denominado transacción, "pretende encontrar frases que no existen ni acuerdos (sic) que no se contienen en él"; también dice que el Tribunal se olvida "del tenor de sus palabras", que "no se puede dar un alcance que las partes no quisieron al texto del documento", y que "el Tribunal quiso hacer extensivos los efectos del memorial de desistimiento presentado para dar por terminado un proceso a otras relaciones o nexos contractuales existentes entre las mismas partes y a los cuales en dicho memorial no hizo ninguna mención".

Se duele pues, el censor, de que el Tribunal no hubiera visto en su realidad fáctica el contenido de la prueba mencionada, prueba que el Tribunal estimó como uno de los motivos suficientes para apoyar su decisión, y que por tanto, al mantenerse en pie, impide quebrar el fallo.

De consiguiente, tampoco este cargo está llamado a prosperar.

Resolución

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia pronunciada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

Las costas del recurso de casación corren de cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO A-121

COMPETENCIA - Funcional - Diplomático / JURISDICCION - Inmunidad Diplomática / JURISDICCION - Inmunidad - Estados

La tiene la Sala de Casación Civil para conocer de los procesos contenciosos en que sea parte un Agente Diplomático. Jurisdicción: inmunidad. A partir de la vigencia de la Convención de Viena, aprobada por la Ley 6ª de 1972, el Agente Diplomático en materia penal tiene inmunidad absoluta de jurisdicción, y en materia civil y administrativa, inmunidad relativa de jurisdicción, ya que exceptúa de ella las tres hipótesis que señala el art. 31 de la Convención. Razón de ser de los privilegios e inmunidades. Los Estados también tienen inmunidad de Jurisdicción, según principios y costumbres de Derecho Internacional.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr. *Alberto Ospina Botero.*

Santafé de Bogotá, D. C., doce (12) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Al pretender impulsar la actuación, observa la Corte la existencia de un vicio, con alcances de nulidad.

Antecedentes

I. Interpretada de conjunto la demanda presentada por Pablo Alberto Cintura Arévalo, concretamente en el capítulo "identidad de las partes", se desprende que señala como uno de los demandados a los "Estados Unidos de América (USA) Estado soberano con representación diplomática "en Colombia, a cargo de su Embajador Morris D. Busby, y como demandado restante al Colegio Nueva Granada, representado por su Director Michael Eckhoff.

II. Se pide en la demanda que con citación de los referidos demandados se hagan los pronunciamientos siguientes:

"1.1 Declarar que los demandados son responsables en forma solidaria, de la totalidad de los perjuicios materiales ocasionados al vehículo tipo, automóvil, marca

Honda Accord, modelo 82, de placas GL 4147 originados en el accidente de tránsito ocurrido el día marzo 21 de 1991 por el vehículo marca Volvo, tipo station wagon 1455, modelo 1971, color gris, placas YT 9985 cuya guarda jurídica está a cargo de los demandados y en consecuencia sean condenados a pagar:

"a) Valor de daño emergente por la reparación del vehículo, que se estima para la fecha de esta demanda en suma de setecientos sesenta y seis mil pesos ($ 766.000.00) m/cte., o la suma que por peritos se determine, indexados según el índice de precios al consumidor del Dane, teniendo en cuenta la fecha en que se causaron y la de la sentencia y/o la de su pago;

"b) La suma que por peritos se determine por concepto de la depreciación que sufrió el vehículo del demandante por causa del accidente. Se estima la depreciación el (sic) un equivalente a 30% de valor del daño emergente;

"c) La suma que por peritos se determine en, por concepto de: a) Lucro cesante, por inmovilización, durante los seis meses que el vehículo no ha podido ser usufructuado por su propietario, mientras se reparaba, valor estimado en $ 1.200.000.00; b) lucro cesante por el dinero invertido en la reparación, intereses corrientes, de $ 1.200.000.00, desde, octubre 21 de 1991 y hasta su pago total.

"1.2 Condenar a pagar los anteriores valores *indexados*, según el índice de precios al consumidor suministrado por el Dane y/o Banco de la República, estas sumas se deben indexar desde la fecha en que causaron y hasta el día de su pago. Sobre esta suma ya indexada, reconocer intereses puros del 6% anual, desde la misma fecha y hasta su pago.

"Además se deberán dejar sentadas las bases para que la liquidación se actualice hasta el día del pago. Si el señor Juez decide indexar con otra fórmula diferente le solicito fijar las bases para la actualización periódica de las sumas con las que se haya de indemnizar a la víctima (demandante).

"1.3 Declarar que los demandados deben cumplir el fallo dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia de primera instancia, so pena de que si así no lo hicieren deberán pagar el interés máximo moratorio certificado por la Superbancaria, sobre las condenas efectuadas desde la ejecutoria de la sentencia de primera instancia y hasta su pago total".

III. Las pretensiones las apoya la parte demandante en los hechos siguientes:

"1. Derecho de Propiedad. El demandante, para el día marzo 21 de 1991, era poseedor y propietario del vehículo tipo automóvil, marcha Honda Accord, modelo 82, de placas GL 4147, Motor EL 1678663, Serie JHMASY-5430C043800, Chasís JHMASY-5430C043800, de servicio particular.

"2. El accidente de tránsito. El día marzo 21 de 1991 el demandante conducía su vehículo por la calle 26 subiendo hacia el centro, a la altura del puente frente al almacén Colsubsidio, resultó involucrado en un choque múltiple y fue golpeado en su parte trasera y arrojado contra el vehículo delantero, por el vehículo marca Volvo, de placas YT 9985, modelo 1971, color gris, importado al país por intermedio del servicio diplomático de los Estados Unidos de América, y destinado a prestar servicio en el Colegio Nueva Granada de esta ciudad.

"3. Actuación Administrativa. El caso correspondió a la Inspección 12ª de Tránsito, expediente No. 91 04 17 46 y por resolución de fecha 30 de mayo/91, declaró contraventor al conductor del vehículo YT 9985 señor Jaime Hernando Moreno Pérez, y absolvió al demandante.

"4. La causa. El accidente tuvo como causa la conducta negligente, es decir, culposa del conductor del vehículo de placas Y T 9985 quien no guardó el espaciamiento exigido, para evitar la colisión que de todas maneras se produjo.

"5. Consecuencia Civil. La violación al artículo 179 No. 12 (espaciamiento mínimo) del Código Nacional de Tránsito, por parte del conductor del rodado del demandado, hace que se presuma en su contra su plena responsabilidad civil por culpa, pues no previó lo que estaba obligado prever.

"6. Presunción de responsabilidad. La demandada propietaria ejerce la actividad peligrosa del transporte en forma directa por intermedio del vehículo causante de los daños y es sujeto pasivo de responsabilidad civil extracontractual por tener la guarda jurídica del vehículo y en razón del hecho de cosas utilizadas en actividades peligrosas (transporte), y tiene en su contra la presunción de responsabilidad del artículo 2356 del Código Civil.

"7. Daños materiales. El vehículo de propiedad del demandante sufrió graves daños que hicieron necesario su traslado en grúa, y se averiaron toda la parte trasera, y delantera con destrucción de las partes y repuestos relacionados en la cotización que se adjunta. Sus condiciones mecánicas, de latonería y pintura eran buenas.

"8. Indexación del daño emergente. El valor estimado, debe ser actualizado monetariamente, no sólo hasta el día del fallo, sino hasta el momento en que el perjudicado (demandante) reciba su indemnización, pues el hecho notorio de la devaluación de nuestra moneda hace que el dinero pierda día a día su poder de compra, y el transcurso del tiempo desmejora las sumas reclamadas y hace irrisoria una cualquier suma de dinero si no se actualiza su valor.

"9. Intereses compensatorios. Sobre el valor del daño emergente, la víctima tiene derecho a (sic) se le cancelen intereses legales o puros estimados en el 6% anual, pues se trata de la utilidad de que se vio privado al tener que invertir una suma de dinero en la restauración o reemplazo del bien dañado. Se deberán liquidar desde el día en que se hicieron los desembolsos para reemplazar o restaurar la cosa afectada y hasta cuando de (sic) cancelen en su totalidad.

"10. Depreciación del rodado. El vehículo del demandante se encontraba en buenas condiciones de pintura y mecánica; como consecuencia del accidente, es necesario pintarlo nuevamente, y sufrió desajustes hasta en la capota superior o techo; esto ha hecho que se haya depreciado respecto del valor normal en el mercado de un mismo vehículo en las mismas condiciones, puesto que es elemental que las cosas tengan un mayor valor cuando su integridad no ha sido afectada. Se estima la depreciación en un 30% del valor del daño emergente

"11. Perjuicios por lucro cesante.

a) Por inmovilización del vehículo, el demandante ha sufrido perjuicios, por lucro cesante, pues utilizaba su vehículo en su normal explotación para transportarse en sus diligencias personales y su fuente principal de ingresos la constituyen las ventas dentro y fuera de Bogotá, salir a pasear los domingos, etc., situación de la cual se vio privado desde el día del accidente, marzo 21 de 1991 y hasta cuando se reparó octubre 5 de 1991;

"b) Por los dineros invertidos en la reparación del vehículo, ya que de no haber efectuado este desembolso hubiera podido disfrutar, invertir o por lo menos colocar este dinero a devengar un interés financiero. Se estima este rubro en los intereses corrientes del total del lucro indexado.

"12 Lucro cesante indexado. Puesto que de haber obtenido ese dinero, hubiera ingresado a su patrimonio y lo habría invertido desde esa fecha, y a la fecha en que se va a producir el pago la devaluación hace que si no se indexa esta suma, estaría el demandado beneficiándose de la dilación y demora del proceso.

"13. Intereses compensatorios. La víctima tiene derecho no sólo al valor estimado por lucro cesante, sino también a que sobre esas sumas que se van causando día a día, se le cancelen mensualmente intereses compensatorios. Ello es justo puesto que de no haber ocurrido el daño, la víctima habría podido colocar las utilidades que le producía el vehículo a un interés financiero y por lo tanto habría obtenido ganancias adicionales".

IV. Admitida la demanda y enterado de la misma el señor Embajador, fundado en la Convención de Viena, manifiesta que tanto él como el Gobierno de los Estados Unidos de América gozan de inmunidad de jurisdicción ante los Tribunales Civiles de Colombia.

Ante estas circunstancias, se considera:

1. Tanto en la anterior Constitución (art. 151 ord. 3°) como en la actual (art. 234 numeral 5°), se atribuye a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de todos los negocios contenciosos de los agentes *diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la Nación, en los casos previstos por el Derecho Internacional", y en desarrollo de estos preceptos de la Carta Política de la Nación, el ordenamiento procedimental, al regular la competencia funcional de la Sala de Casación Civil de la Corte, ha establecido que ésta conoce "de los procesos contenciosos en que sea* parte un Agente Diplomático *acreditado ante el Gobierno de la República, en los casos previstos en el derecho internacional" (art. 25 C. de P. C.).*

2. Los agentes diplomáticos han gozado en el país de prerrogativas e inmunidades, que inicialmente fueron reconocidas por el derecho interno, tal como puede verse en los Decretos 615 de 1935, 3135 de 1956 y 232 de 1967, que rigieron hasta la entrada en vigencia de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, aprobada por la Ley 6ª de 1972, que entró en vigor para Colombia desde el 5 de abril de 1973, cuyo artículo 31, establece, para el agente diplomático, en materia penal, inmunidad absoluta de jurisdicción, y en materia civil y administrativa, inmunidad relativa de jurisdicción, como quiera que respecto de civil y administrativa, exceptúa de la inmunidad, los casos siguientes: a) De una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión; b) de una acción sucesoria en la que el agente diplomático figure, a título privado y no en

nombre del Estado acreditante, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario; c) de una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor fuera de sus funciones oficiales.

La razón de ser de los privilegios e inmunidades en favor de los agentes diplomáticos fue explicada por el Gobierno Nacional al presentar al Congreso el proyecto de ley aprobatoria de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, que a la postre se convirtió en la Ley 6ª de 1972, pues afirmó en su exposición de motivos lo siguiente:

"Entre las materias propias del derecho internacional público, la de los privilegios e inmunidades diplomáticas ha sido una de las que mayormente han preocupado tanto a los Estados, como a los mismos tratadistas, por haberse presentado con frecuencia la discusión sobre la necesidad y conveniencia de reconocer o no a los enviados y representantes de los Estados ciertos privilegios e inmunidades que podrían causar trastornos o molestias al Estado aceptante, puesto que impedirían el normal desenvolvimiento de su jurisdicción legal y jurídica. Pero en la actualidad y universalmente se acepta la necesidad de asegurar a los agentes diplomáticos la independencia necesaria en sus funciones, a fin de que dichas actividades no sean entorpecidas por el Estado ante el cual actúa como representante. Ello implicaría una limitación a la acción diplomática que presupone autonomía como consecuencia de la soberanía estatal, llegándose a reconocer la llamada reserva diplomática en asuntos políticos, económicos o militares, que conlleva a la capacidad de decisión del diplomático a nombre de su Gobierno en estas materias".

Las reflexiones precedentes fueron reiteradas por los ponentes en la Cámara y en el Senado cuando se discutió el proyecto de ley aprobatoria de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, privilegios e inmunidades, y en el que se tuvo como mira, el de garantizarle a los agentes diplomáticos actuar sin entorpecimientos, el desempeño eficaz de sus funciones propias.

"A manera de síntesis se tiene que los Agentes Diplomáticos, en lo tocante con cuestiones civiles o administrativas, gozan en principio de inmunidad de jurisdicción, pues sólo se sustraen de éstas las tres hipótesis que señala el artículo 31 de la Convención de Viena, respecto de las cuales su conocimiento le corresponde a la Corte Suprema de Justicia, tal como lo señala la Constitución Nacional y el Código de Procedimiento Civil.

3. Ahora bien, no sólo los agentes diplomáticos tienen inmunidad de jurisdicción, con las salvedades referidas, sino que también la tienen los Estados, según principios y costumbres de derecho internacional, sobre todo porque no resultaría lógico que la tuviese el agente diplomático y no la tuviese el Estado acreditante. Y, por demás, se ha sostenido por la doctrina internacional, que los Estados deben gozar de inmunidad de jurisdicción, en razón de principios como los de soberanía, independencia e igualdad jurídica.

4. Al confrontar las premisas sentadas con la situación aquí controvertida, se tiene que los Estados Unidos de América, que fue demandado como tal, goza de inmunidad

de jurisdicción, y por tanto, lo actuado, con relación a dicho Estado, se encuentra afectado de nulidad insaneable (art. 140 del C. de P. C.). Siendo así las cosas, habrá de decretarse la nulidad de lo actuado, únicamente con relación al demandado Estados Unidos de América. Por consiguiente, con relación al otro demandado, que es el Colegio Nueva Granada, se dispondrá el envió del expediente a los Jueces Civiles del Circuito de Santafé de Bogotá -Repartimiento-, para lo que les corresponda.

RESOLUCIÓN

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, resuelve decretar la nulidad de lo actuado en el proceso, exclusivamente, respecto del demandado Estados Unidos de América. En firme esta decisión, envíese el expediente a los Jueces Civiles del Circuito de Santafé de Bogotá, -Repartimiento-, para los fines indicados en la parte motiva.

En su oportunidad, comuníquese esta decisión al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

Cópiese y notifíquese.

Alberto Ospina Botero.

SENTENCIA NUMERO 215

NULIDADES PROCESALES / NULIDAD PROCESAL - FALTA DE COMPETENCIA / COMPETENCIA - NULIDAD PROCESAL / CASACION - NULIDAD PROCESAL - FALTA DE COMPETENCIA

Finalidad. La falta de competencia como causal de nulidad. Esta irregularidad no es admisible en casación cuando resulte convalidada expresa o tácitamente: ni puede invocarla como tal, el demandado que habiendo tenido oportunidad de proponerla como excepción previa no lo hizo. La nulidad por falta de competencia en razón del factor territorial es saneable.

CONGRUENCIA / INCONGRUENCIA

Efectos de la relación jurídico-procesal. Principio de la congruencia. Hipótesis en que se da la causal. El fallador, no desborda los límites de su actividad jurisdiccional cuando decide sobre puntos que expresamente no le fueron propuestos por las partes, pero para cuya resolución está facultado *ex officio* por la ley. Si guarda silencio sobre ellos, si opera la incongruencia. La causal no autoriza a entrar en el examen de los otros errores *in procedendo*, ni en los yerros *in judicando*, que pudieran encontrarse en la sentencia recurrida.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - ATAQUE TODAS LAS PRUEBAS

Deben combatirse todos los elementos de juicio que son fundamento de la decisión impugnada, cuando para arribar a ella el juez se ha valido de un número plural de pruebas.

SOCIEDAD CONYUGAL / SOCIEDAD CONYUGAL - SIMULACIÓN / SIMULACION - SOCIEDAD CONYUGAL

Régimen de bienes durante la existencia de la sociedad conyugal. A la disolución de la sociedad conyugal por cualquiera de las causas legales, o al promoverse un proceso ligado necesariamente a la disolución de la

sociedad de bienes, surge el interés tutelable para cada uno de los cónyuges de impugnar de simulados los actos de disposición del otro cuando mediante ellos se pretenda sustraer bienes sociales de la liquidación de la sociedad.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Dr *Rafael Romero Sierra.*

Santafé de Bogotá, D. C., dieciséis (16) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Decídese el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 23 de mayo de 1990, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo (Boyacá) en el proceso ordinario promovido por Graciela López de Salamanca contra Héctor Rafael Salamanca Alba y Mario Roberto Higuera Suárez.

I. Antecedentes

1. Con citación y audiencia de Mario Roberto Higuera Suárez, solicitóse por la demandante Graciela López de Salamanca la declaración de simulación absoluta del contrato de compraventa recogido en la Escritura No. 803 de 30 de abril de 1983 de la Notaría Primera de Tunja, por medio de la cual Héctor Rafael Salamanca Alba vendió a Higuera Suárez los predios rurales denominados El Danubio, La Chorrera, y La Chorrera, ubicados en las veredas La Hacienda y Alisol (sic) del municipio de Tuta (Boyacá) y, como consecuencia de dicha declaración la resolución del precitado contrato; de manera subsidiaria, impetróse la declaración de rescisión de la aludida venta por lesión enorme, así como la condena en costas para los demandados.

2. Narráronse como supuestos fácticos de la *causa petendi*, los que a continuación se compendian:

a) La demandante Graciela López de Salamanca y Héctor Rafael Salamanca Alba contrajeron matrimonio el 7 de septiembre de 1960, de cuya unión nacieron Luis Gabriel, Wildef Esperanza, Alix Graciela, Héctor Rafael y Adelia Yaneth Salamanca López; durante la vigencia de dicha unión conyugal se adquirieron, entre otros bienes rurales, los recién acabados de señalar, distinguidos en la competente oficina de Registro de Instrumentos Públicos con las matrículas inmobiliarias Nos. 0700032015, 0700030519 y 0700000849, respectivamente;

b) La vida matrimonial se "... vino a menos y de suyo los cónyuges se separaron de hecho y luego cada uno impetró su propia acción, es decir el Sr. Salamanca demandó la separación de bienes y mi poderdante demandó la separación de cuerpos"; en la separación de bienes Salamanca relacionó los bienes adquiridos en el matrimonio, pero omitió la denuncia de los aquí identificados, por cuanto "... días antes y de la mala fe mediante escritura 803 de la Notaría Primera de Tunja transfirió la propiedad de los

mismos al Sr. Mario Roberto Higuera Suárez...", los que "... al decir de los entendidos pueden valer por encima de los $ 60.000.000.00 y que fueron estimados por (sic) mediante la escritura pública en tan sólo $ 500.000.00 pesos";

c) Héctor Rafael Salamanca Alba "... actuando dolosamente, por decir lo menos, distrajo tales bienes pasándolos en cabeza del Sr. Mario Roberto Higuera Suárez...", quien "... nunca estuvo interesado en adquirir los susodichos inmuebles"; el precio pagado y que consta en el instrumento notarial referido "... es irrisorio lo que constituye un indicio"; la "transacción, si así se puede llamar, se verificó precisamente por la época en que se resquebrajó la unidad matrimonial, lo que también constituye otro indicio"; desde dicho momento, Salamanca "... abandonó su domicilio e hizo 'casa' (sic) aparte con otra mujer, lo que constituye otro indicio"; verificada la venta de los mencionados bienes inmuebles Salamanca "... suscribió contrato de arrendamiento con el Dr. Carlos Cabra sobre los predios en cuestión, lo que demuestra sus propios actos de señor y dueño y lo que en consecuencia no tan sólo es indicio sino prueba fehaciente";

d) Del comportamiento de Héctor Rafael Salamanca Alba se pueden predicar los siguientes indicios:

1. El interés que tenía el mencionado cónyuge para insolventarse "... en detrimento de la separación de bienes que era un hecho" (*causa simulandi*).

2. La ausencia de necesidad de enajenar, pues es persona de reconocida solvencia económica (*necessitas*).

3. Relaciones parentales, amistosas o de dependencia, pues Higuera Suárez es su consejero financiero (*afectio*).

4. Antecedentes de conducta, pues ya había vendido la camioneta AL 8376 a Jesús Altusarra Cristancho y la volqueta Ford SN 5532 a José Indalecio Mateus y dispuso de dinero en detrimento del acervo conyugal, así como lo hizo con los semovientes de la finca (s) (*habitus*).

5. Antecedentes penales por tráfico y posesión de narcóticos, de padre irresponsable, pues se hizo demandar por alimentos, y, carente de sentido humanitario, pues se hizo embargar cánones de arrendamiento con los que la abandonada cónyuge y sus hijos subsistían (*character*).

6. Ausencia de movimiento en las cuentas corrientes bancarias "... pues es nuestro conocimiento que en la medida que alguno y así lo podrá determinar el Sr. Juez si oficia a los bancos de la ciudad para que los mismos certifiquen sobre el movimiento bancario del Sr. Higuera por la época de la venta simulada, o sea por el 30 de abril de 1983" (movimiento bancario).,

7. Precio bajo, pues el valor real de la finca (s) está por encima de los sesenta millones de pesos ($ 60.000.000.00) y el valor escriturario es de $500.000.00 lo que lo hace más irrisorio (*pretium vilis*).

8. Persistencia del enajenante en la posesión, pues, después de la transacción celebró un contrato de arrendamiento sobre el inmueble (s) con el Sr. Carlos Cabra (*retentio possessionis*).

9. Tiempo sospechoso del negocio, pues ocurrió por los días en que se resquebrajó la unidad familiar (*tempus*).

10. Lugar sospechoso del negocio, pues Salamanca e Higuera eran o son vecinos de Duitama y para hacer la escritura pública prefirieron utilizar una notaría de Tunja (*locus*).

11. Ocultación del negocio, "... pues al parecer la transacción no fue comunicada a nadie diferente que entre las partes, ni tampoco ha sido declarada en la renta (*silentio*).

12. Precauciones sospechosas, o sea, el solo hecho de hacer la escritura en domicilio diferente al de los contratantes (*provisio*).

13. Transperación de algunos elementos de negocio subyacente, pues llama la atención que disponga vender todos los bienes de los que es titular en una sola escritura pública y por sobre todo en época sospechosa y precio irrisorio (subyacencia);

e) La demandante tiene interés jurídico en el pleito, pues la distracción de los bienes objeto del proceso ha disminuido notablemente el acervo conyugal del proceso de separación de bienes que se adelanta en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Duitama;

f) La demandante no supo de la transacción sino mucho tiempo después de verificada y que la distracción de tales bienes va en detrimento de su propio peculio;

g) No son incompatibles las dos acciones de simulaciones y resolución de un contrato, ejercitadas la primera como principal y la segunda como eventual y subordinada o subsidiaria.

3. Indicóse, además, que el demandado Higuera Suárez recibiría notificaciones personales en la carrera 11 No. 11-20 de Duitama.

4. La preitada demanda fue admitida no solamente contra Mario Roberto Higuera Suárez sino también contra Héctor Rafael Salamanca Alba, en virtud de las razones que se expusieran al resolver el recurso de reposición interpuesto por el primero contra el auto admisorio, traducidas básicamente en la necesidad de integrar el litisconsorcio necesario que contempla el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil.

5. En su oportuna respuesta a la demanda, Héctor Rafael Salamanca Alba se opuso al despacho favorable de las pretensiones deducidas por la actora: alegó que los bienes vendidos no le pertenecían a la sociedad conyugal, la que además estaba por disolverse; que la venta es real y el precio fijado en la escritura es el que corresponde a tales bienes; agregó que, algunos hechos no eran ciertos y que otros debían probarse. Propuso además las excepciones de carencia de derecho y de acción por parte de la demandante en razón a que la misma no es titular del supuesto derecho pretendido, y por inexistencia de la acción alegada. Mario Roberto Higuera Suárez, por su parte, también se opuso a la declaración de las súplicas impetradas por la demandante, negó algunos hechos y pidió pruebas de los demás; propuso, en el mismo escrito de contestación, las excepciones de "... inexistencia de la persona demandada e incompetencia de jurisdicción", cuyo trámite fue rechazado de plano mediante auto de 4 de diciembre de 1984, por estimarse que no habían sido propuestas en debida forma.

6. Agostado el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía, la primera instancia concluyó con sentencia de 3 de noviembre de 1987, por medio de la cual se declaró probada la excepción de "carencia del derecho y de acción por parte de la demandante en razón de que dicha demandante no es titular del supuesto derecho pretendido", determinación que al ser apelada, fue revocada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo mediante sentencia de 23 de mayo de 1990, para dar paso a las pretensiones principales de la demanda, ordenándose además que "... los bienes dados en venta cuya simulación fue declarada anteriormente no han salido del patrimonio del señor Héctor Rafael Salamanca Alba y en consecuencia vuelven al haber de la sociedad conyugal disuelta" [numeral cuarto (4°)].

7. Contra esta última decisión la parte demandada interpuso recurso de casación, el que encontrándose debidamente rituado pasa a decidirse por la Corte.

II. La Sentencia del Tribunal

Tras reproducir el *petitum* y la *causa petendi*, así como los términos en que los demandados plantearon su defensa y de establecer tanto la ocurrencia de los presupuestos procesales como la legitimación en causa activa de la actora para impetrar las súplicas demandadas, el sentenciador de segundo grado aborda el tema de la controversia planteada en el proceso, comenzando por la exposición de los medios de prueba aportados al expediente que relaciona de la siguiente manera: a) certificado expedido por el Notario Primero de Tunja (fl. 2) respecto del matrimonio católico celebrado entre Héctor Rafael Salamanca Alba y Graciela López; b) el contrato de arrendamiento celebrado entre Héctor Rafael Salamanca y Carlos Cabra, sobre los predios rurales materia de la contienda; c) escritura No. 803 de 30 de abril de 1983, por medio de la cual Héctor Rafael Salamanca vende a Mario Roberto Higuera Suárez el derecho de dominio y la posesión sobre los fundos rurales objeto de la controversia; d) respuesta de Héctor Rafael Salamanca a los hechos quinto y octavo de la demanda; e) el contrato de compraventa de bienes muebles, como "'... un buldozer, marca International en regular estado, un tractor Ford 5000 con un arado marca Managro y rastrillo de 32 discos marca Oliver: una motobomba Samy con 40 tubos, 20 roscadores. Estas maquinas las recibe el comprador con todos los accesorios y herramientas de trabajo en el estado en que se encuentran y a entera satisfacción del comprador. El precio acordado $ 300.000.00. Entrega de los elementos: el 20 de junio de 1983", f) diligencia de inspección judicial practicada el 24 de febrero de 1987, en al que se constató la ubicación, situación, linderos, extensión y valor comercial de cada uno de los predios rurales materia del conflicto; g) declaración de Pedro Vicente Ricaurte Daza y Jesús María Carvajal Pérez; y, h) interrogatorio de Héctor Rafael Salamanca.

Precisado de esta manera el acopio probatorio, el *ad quem* se ocupa seguidamente de la descripción del estado actual de la jurisprudencia respecto del fenómeno de la simulación, para sentar a continuación las siguientes reflexiones:

"De conformidad con las pruebas obrantes en el proceso de las cuales cabe resaltar las practicadas en el curso de la segunda instancia, tales como el interrogatorio de uno de los demandados y las copias de los procesos de separación de cuerpos y de liquidación de la sociedad, la Sala advierte como hechos determinantes del fenómeno simulatorio, los siguientes:

"a) *Posesión en cabeza del señor Héctor Rafael Salamanca*

"De acuerdo con el artículo 280 del C. de P. C. la fecha cierta del documento privado no se cuenta respecto de terceros, sino desde la ocurrencia de cualquiera de los siguientes hechos: fallecimiento de alguno de los que lo han firmado; día en que ha sido inscrito en un registro público, día en que se haya tomado razón de un funcionario competente (sic) o desde que ocurra cualquier hecho que le permita al juez adquirir certeza de su existencia.

"Nótese entonces que el contrato de arrendamiento celebrado entre el señor Rafael Salamanca y Carlos Cabra tiene como fecha cierta de su celebración el 20 de mayo de 1983, toda vez que como se observa en la fotocopia del folio 3 del cuaderno principal, en esa fecha se pagó el impuesto de timbre nacional.

"Teniendo efectos el contrato solamente a partir de la mencionada fecha es claro que Héctor Rafael, luego de haber vendido continuó ejerciendo actos posesiones sobre el inmueble tales como darlo en tenencia por arrendamiento a Carlos Cabra. Entonces, primero, ocurrió la venta: 30 de abril de 1983 y tiempo después el arriendo: 20 de mayo de 1983.

"Sobre el mismo aspecto observa la Sala que el actor plantea en la causa *petendi* que luego de verificada la susodicha transacción, Héctor Rafael Salamanca suscribió contrato con Carlos Cabra. El hecho si bien es cierto no fue aceptado por ninguno de los demandados debió probarse por éstos que su celebración fue anterior con el fin de desvirtuar la presunción de fecha cierta.

"b) *Precio de los bienes.*

"La parte actora ha manifestado en su libelo incoatorio que el precio de la venta lo fue en la suma de $500.000.00. Tal afirmación tiene aceptación en la respuesta que Héctor Rafael Salamanca diera al hecho quinto de la demanda: 'el valor estipulado en la escritura pública es el precio de los inmuebles' y también al octavo 'el precio estipulado en la escritura pública es el precio de los inmuebles'.

"La escritura: 'el precio de esta venta con todas sus anexidades, dependencias, usos, costumbres y servidumbres que legalmente le corresponde es el de la cantidad de $500.000.00 suma que el exponente vendedor declara recibida a satisfacción de manos del comprador'.

"El precio resulta irrisorio cuando se compara con su real valor para la época de la celebración del negocio.

"En efecto, el dictamen pericial rendido por los auxiliares de la justicia, el cual no fue objetado, indica que el valor total de las tres fincas es de $24.920.000.00 (fl. 89 cdno. No. 3), luego en verdad lo aparentemente pagado se convierte en una suma exigua, recuérdese que en las ventas se comprenden tres fincas en una extensión de 89 fanegadas que tienen dentro de sus ventajas y beneficios un total de nueve represas, la calidad de la tierra es buena, diferentes formas de regadío, bosques, construcciones, etc.

"De tal manera que no resulta conforme a la razón que en tan sólo quinientos mil pesos se vendan los bienes objeto de la presente acción. Tal hecho se convierte en un indicio grave de simulación de la venta.

"c) *Desquiciamiento de las relaciones entre los cónyuges*

"Aunque en su demanda no sitúa las causales en el tiempo, lo cierto es que el propio demandado Salamanca demanda la separación de bienes porque existe grave e injustificado incumplimiento de los deberes de su esposa y relaciones extramatrimoniales de ésta en forma permanente. Tal demanda es presentada en el mes de agosto del mismo año en que se efectuó la venta cuya simulación se depreca, luego es definitivamente cierto que los cónyuges para la época de la negociación, daban muestras evidentes de hallarse en conflicto de intereses tanto morales como materiales.

"La prueba testimonial practicada en los juicios de separación tanto de bienes como de cuerpos permite la convicción de que Héctor Rafael y Graciela si bien convivían, su vida común era caracterizada por los continuos desquebrajamientos hasta punto de permitir la convicción de que tanto el respeto como el auxilio mutuo habíanse perdido desde tiempo atrás a la celebración de la escritura. Para la Sala ese deterioro existente en la relación conyugal constituye indicio serio del interés que podía haber en Héctor Rafael Salamanca Alba en la realización de los negocios jurídicos aparentes o simulados.

"d) *Falta de causa en el comprador.*

"Entendiendo para los efectos de la prueba indiciaria como causa, aquel móvil particular que induce a un contratante a la celebración del negocio, queda Mario Roberto Higuera Suárez totalmente ajeno a lo que en el común de los negocios tiene ocurrencia.

"En efecto, Mario Roberto fue citado por la Sala a la absolución de un interrogatorio en cuyo desarrollo se manifestó absolutamente en contradicción pues al paso que afirmó bajo juramento que la finca la compró porque quería dedicarse a la agricultura y a la ganadería, más tarde no satisface su respuesta cuando se le advierte que no sólo no ejerció tales actos de posesión sino que hoy en día nuevamente las fincas están en poder de otro arrendatario. Es decir, Higuera jamás ha ejercido la posesión de la finca, mucho menos de ella ha derivado beneficio alguno que no sea de un supuesto arrendamiento.

"Higuera Suárez al contestar la demanda dice que no le consta nada; que todo debe probarse. Esta respuesta denota no sólo desinterés desde el punto de vista procesal sino despreocupación por las resultas del juicio.

"Armonizando lo que obra en el expediente puede concluirse que Higuera inexplicablemente resulta comprando maquinaria para darle gusto al arrendatario Cabra, pagando una suma elevada por la misma sin que de ninguna manera necesite servirse de la misma.

"Cómo puede tener razón qué Higuera compre una finca porque le pareció barata, después resulta que está arrendada, después le compra maquinaria para que Carlos Cabra siga ejerciendo la tenencia y finalmente resulte arrendándole a un tercero. Acaso no es más razonable creer que Salamanca simplemente fingió vendérsela; para evitar que éste entrara en posesión de la misma, la dio en arrendamiento a Cabra y posteriormente para que las maquinarias agrícolas pudieran ser utilizadas sin problemas por Cabra también hacer una ficción de venta sobre las mismas.

"Es que Higuera no tiene el mínimo interés de ejercer actos materiales de posesión, o propiedad, por eso dice que tuvo pérdidas. ¿Cuáles pérdidas si la finca es de muy buena

calidad y si tan sólo pagó un precio irrisorio de $500.000.00 frente a veinticuatro millones. Son múltiples sus contradicciones y de connotada relevancia, su actitud no es propia de un comprador de una finca.

"c) *Discordancia entre la respuesta de la demanda y la respuesta del interrogatorio con relación al precio.*

"En la contestación de la demanda dice que el precio es de $500.000.00. En otras palabras existe confesión acerca de la suma pagada. Esa cantidad está demostrada pues así lo dice la escritura. Si en el interrogatorio Suárez plantea que el precio lo fue de $4.800.000.00 y Salamanca que aproximadamente esa fue la suma, hay necesidad de probar y fuera de lo relatado por los dos litisconsortes no obra en el proceso prueba alguna que desvirtúe lo dicho en la escritura y la confesión de la contestación de la demanda. De ahí que en estricto derecho por tratarse de afirmar algo distinto al contenido de una escritura pública, no se probó que el precio lo fue de $ 4.650.000.00, esa conducta por el contrario denota falta de concordancia, resaltando más bien la contradicción, lo cual constituye un indicio más en la cadena de los tantos que viene advirtiendo la Sala.

"f) *Respuestas evasivas en el interrogatorio de parte.*

"En el señor Salamanca se advierte no sólo respuestas contradictorias sino evasivas. De tal manera que ni siquiera acierta en saber el precio del convenio, no tiene siquiera aproximación en el número de hectáreas de su finca.

"*Otros indicios.*

"No tenía el señor Salamanca necesidad o motivo alguno para vender: si ya había arrendado como lo afirma, la venta sólo tiene por explicación el ánimo de distraer los bienes en el evento inminente de la liquidación de la sociedad conyugal.

"Higuera no demuestra solvencia económica alguna. Por el contrario no satisfacen sus informaciones sobre la procedencia del dinero para comprar. No existen cheques, ni recibos, ni consignaciones que determinen el hecho del pago o su solvencia económica.

"Cómo se puede explicar que si Salamanca en época en que se hallaba en armonía con su esposa no tenga ésta absolutamente ninguna participación en el negocio, como él lo quiere hacer ver, no aparezca siquiera dando opinión alguna que denote su inconformidad o conformidad con la venta".

En resumen, dice el Tribunal que "hubo simulación absoluta en las ventas efectuadas mediante la escritura pública número 803 de 30 de abril de 1983, toda vez que entre los aparentes contratantes no existió ánimo de vender ni de comprar y tampoco pago real de precio alguno. Y, la simulación se dice absoluta, en la medida en que las ventas aparentes no encubrieron ninguna otra clase de negocios jurídicos (donaciones, daciones en pago, etc.)"; por tanto, concluye "siendo simulada la venta es procedente la declaratoria, disponiéndose consecuencialmente que la escritura 803 junto con su registro deben ser cancelados como si jamás hubiese existido la venta".

III. La Demanda de Casación

Los demandados, separadamente, presentaron demanda de casación así: Héctor Rafael Salamanca Alba enderezó contra la sentencia recurrida un cargo, situado en el ámbito de la causal primera de casación prevista por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil; y, Mario Roberto Higuera Suárez, tres, ubicados en el campo de las causales primera, segunda y quinta, también contempladas en la precitada norma procesal, impugnación que por denunciar yerros *in procedendo* se despachará en primer lugar.

a) *Demanda de Casación de Mario Roberto Higuera*

Cargo tercero

Acúsase la sentencia de haber sido proferida en proceso viciado de nulidad, por cuanto no se tuvo en cuenta que desde la admisión de la demanda se había incurrido "en la causal 2ª de nulidad del artículo 140 *ibidem*, 'cuando el juez carece de competencia' ".

Aduce el recurrente, para evidenciar el defecto procesal denunciado, que en el poder visible al folio 1 del cuaderno principal se "... indicó que el domicilio de Roberto Higuera era el municipio de Tuta, que pertenece al circuito y al distrito de Tunja"; que "'... en la demanda, dirigida solamente contra Higuera, dice otra cosa, que la residencia de Higuera es Duitama. Lo cual es falso"; que "al final de la demanda (fl. 22 cdno. 1) se señaló como residencia de Higuera una dirección falsa: Carrera 11 No. 11-90"; que "... la dirección era falsa lo demuestra el mismo abogado que suscribió la demanda al decir en memorial obrante al fl. 26 del cdno. No. 1 'manifiesto al Despacho que la dirección denunciada para la notificación del señor Higuera Suárez no corresponden (sic) a la nomenclatura de Duitama, por lo consiguiente declaro bajo la gravedad del juramento que desconozco la residencia del demandado' "; que "los bienes materia del litigio están ubicados en Tuta, lo demuestran los certificados de libertad (fls. 9 a 11, cdno. 1)"; que el contrato se efectuó en Tunja en cuya Notaría Primera se corrió la escritura cuya nulidad se impetró en la demanda".

Concluye el censor que "... correspondía conocer de este proceso al Circuito de Tunja y al Tribunal Superior de la capital de Boyacá", y que "... burdamente se ubicó ilegalmente la competencia en otro circuito y distrito ..", irregularidad que ha alegado a lo largo del proceso, desde la contestación de la demanda, y que debe considerarse ahora, por cuanto el juez apenas la rechazó "... por no estar en escrito separado"; que es "... ilógico que la Cote le diera validez a una sentencia que ha debido ser dictada por el Tribunal Superior de Tunja y, sin embargo, fue proferida por el de Santa Rosa de Viterbo".

Consideraciones

1. Sabido es que la inobservancia o desviación de las formas legalmente establecidas para la regular constitución y el debido desenvolvimiento de la relación procesal, constituyen verdaderas anormalidades que impiden en el proceso el recto cumplimiento de la función jurisdiccional, para cuya corrección o enmienda el legislador ha recurrido al instituto de las nulidades procesales, razón por la cual el actual Código

de Procedimiento Civil, tal como quedó luego de la reforma introducida por el Decreto 2282 de 1989, destina el capítulo 2° del Título XI, del Libro Segundo, a reglamentar dicha materia, señalando las causales de nulidad en todos los procesos y en algunos especiales, determinando las oportunidades para alegarlas, la forma de declararse y sus consecuencias, y la manera de sanearlas.

2. Dentro de los vicios capaces de invalidar lo actuado, parcial o totalmente, en un proceso cualquiera que sea, el legislador ha enlistado, siguiendo el principio de especificidad, el de la falta de competencia del juez que desata finalmente la controversia, pues, cuando con aplicación de los diferentes factores determinantes de la competencia, cierto juez carece de ella, y sin embargo conoce del proceso que incumbe a otro, sus actos resultan nulos por rebasamiento de sus atribuciones.

3. Mas, como se trata de nulidad saneable, según lo preceptuaba el artículo 156 del Código de Procedimiento Civil y lo reitera ahora el artículo 144 de la nueva codificación procesal civil, con la salvedad referida al factor funcional, tal irregularidad no es admisible en casación cuando resulte convalidada expresa o tácitamente: ni puede invocarla como tal el demandado que, habiendo tenido oportunidad de proponerla como excepción, no lo hizo.

Y se entenderá que la aludida nulidad ha sido saneada, en forma tácita, cuando, como lo dice el numeral 5° del premencionado artículo 144 "... no se haya alegado como excepción previa", hipótesis en la cual "... el juez seguirá conociendo del proceso"; y no solamente se tendrá por saneada, sino que no podrá alegarla el demandado que "... habiendo sido citado legalmente al proceso no la hubiere invocado mediante excepciones previas" (art. 143, inciso 5°, C. de P. C.).

4. A propósito de la nulidad por falta de competencia en razón del factor territorial, es pertinente recordar que la legislación anterior a la reforma de 1989 preveía de manera expresa no solamente su saneamiento (numeral 1°, art. 156 del C. de P. C.) sino también la improcedencia de su invocación cuando no se hubiere alegado en la forma y términos previstos por el inciso 5° del artículo 155 del Código de Procedimiento Civil, como que a la sazón advertía que "... no podrá alegar falta de competencia territorial quien haya actuado en el proceso sin alegarla en excepciones previas o durante el traslado de la demanda, ni quien haya actuado con posterioridad en el proceso sin proponerla, en los casos de los numerales 5, 6 y 9 del artículo 152".

5. De manera que, bien sea bajo el imperio de la legislación procesal civil anterior a la reforma de 1989 o al amparo de la introducida por el Decreto 2282 de ese mismo año, el recurrente carece de legitimación para invocar el aspecto atinente a la falta de competencia en razón territorio como causal de nulidad, pues no hay duda de que, constituyendo tal aspecto materia de excepción previa, como diáfanamente lo pregona la legislación procesal civil al respecto (arts. 97 y 100 C. de P. C., 97 y 100 Decreto 2282 de 1989) no fue propuesta como tal a pesar de haber tenido la oportunidad para ello, como se infiere de la actuación surtida en el expediente; pero ni aún superado dicho escollo, puede advertirse que el reparo tenga algún fundamento, pues, por haber seguido actuando en el proceso sin impugnar la determinación del *a quo* que rechazó de plano su tramitación por no haber sido propuesta en debida forma, no hay duda que la presunta

irregularidad quedó saneada tácitamente, tal como de manera expresa se contemplaba en el Código de Procedimiento Civil, y ahora, de manera general, en la reforma de 1989.

6. Consecuentemente el cargo en estudio resulta totalmente impróspero, como quiera que, si bien la causal quinta de casación se refiere a las nulidades que contempla para toda clase de procesos el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil (hoy 140 *ibidem*), se requiere además para su procedencia, que tratándose de nulidades saneables no lo hayan sido, es decir, que no resultaren saneadas por la ocurrencia de una o de algunas de las circunstancias indicadas en el artículo 156 *ejusdem* (hoy 144 del C. de P. C.), como ocurrió en el presente caso.

Cargo segundo

Denúnciase la sentencia "... por no estar en consonancia con las pretensiones de la demanda (causal segunda de casación) y al no estarlo violó los artículos 75, 304 y 305 del Código de Procedimiento Civil, que son normas de carácter sustantivo...", quebranto que concreta en los siguientes términos:

"La sentencia acusada en su parte resolutiva declaró en el punto cuarto: 'Declárase que los bienes dados en venta cuya simulación fue declarada anteriormente no han salido del patrimonio del señor Héctor Rafael Salamanca Alba y en consecuencia vuelven al haber de la sociedad conyugal disuelta" (fl. 87, cdno. No. 7).

"Ocurre que en la demanda no se solicitó mantener en cabeza de Salamanca la propiedad de los inmuebles cuya venta se considera simulada, ni menos se pidió que volvieran al haber de la sociedad conyugal y nunca se afirmo que la sociedad estuviera disuelta.

"Por el contrario, sólo se demandó a Mario Higuera, se solicitó que el interés jurídico sólo se reconociera para Graciela López de Salamanca, no para la sociedad conyugal y en ninguna parte se dijo que la sociedad conyugal Salamanca López estuviera disuelta (demanda que obra a folios 12 a 23 del cdno. número 1).

"Salta a la vista la discrepancia entre lo pedido y lo decretado y al extravasarse el Tribunal en su decisión violó la estructura del proceso civil puesto que lo que se pretende debe ser expresado con precisión y claridad (artículo 75, numeral 5 del C. de P. C.) y el juzgamiento debe contener decisión expresa sobe las pretensiones de la demanda (art. 304 *ibidem*), debe haber congruencia entre la sentencia y las pretensiones, ratifica el artículo 305 del C. de P. C. y como estas normas fueron desconocidas por el *ad quem* he formulado este cargo.

"Infortunadamente en la parte motiva de la sentencia acusada no se dio explicación alguna a la peregrina determinación que el Tribunal tomó.

"Pero, en gracia de discusión si se cree que por haberse integrado el contrario con Héctor Rafael Salamanca, ello lo liga a la definición de la controversia aunque en la demanda no se lo hubiera señalado, de todas maneras la sentencia es incongruente porque la referencia que se hace de Salamanca es como persona individualmente considerada y tanto en la demanda como en el poder (fls. 12 a 23 y 1, respectivamente, del cdno. 1) no se dice por parte alguna que se va a demandar *para* la sociedad conyugal, luego hay una discrepancia abismal entre lo pretendido y lo decidido.

"Esta equivocación fragante (sic) conllevó a que se diera efectos a una hipotética simulación absoluta y por consiguiente también se violan los artículos 1766 del C. C. y 267 del C. de P. C. en armonía con los arts. 45 y 47 del Decreto 960 de 1970 y el art. 40 del Decreto 1250 del mismo año. Es por eso que también se impone casar la sentencia impugnada...".

CONSIDERACIONES

1. El proceso civil, afirma la doctrina procesal, contiene una relación jurídica denominada relación jurídico-procesal, la que, debido a tal carácter, ata y vincula a las partes y al juez mientras subsista; constituida dicha relación, queda establecido el ámbito dentro del cual ha de desenvolverse el proceso y delimitado el campo de la decisión del juez, por cuanto es deber elemental de éste respetar el cuadro de instancia trazado por los litigantes.

2. De este cardinal postulado procesal surge el principio de la congruencia de los fallos judiciales, consistente en que la actividad del juez, al momento de proferir la sentencia, no es ni puede ser ilimitada, como quiera que solamente le está permitido moverse dentro del espacio que le determina el actor en su demanda o el demandado en su contestación. Y si bien le está vedado tomar decisiones por fuera de lo suplicado, esta restricción corre pareja con el deber que tiene de considerar y resolver sobre todos los extremos de la relación jurídico procesal.

3. El artículo 305 del Código de Procedimiento Civil consagró el aludido principio de la congruencia de los fallos judiciales, que en razón de la reforma consignada en el Decreto 2282 de 1989 hoy se extiende a los hechos relatados en la demanda; y acompasando con este texto legal, la falta de tal correspondencia fue erigida por el legislador como causal de casación en el numeral 2° del artículo 368 ibidem en los siguientes términos: "No estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio".

4. Sin embargo, como también lo ha sostenido exhaustivamente esta Corporación, tal fenómeno no se configura y por ende no es, en esos casos, procedente acusar la sentencia por incongruencia, cuando el fallador toma decisiones que, pese a no estar pedidas expresamente en la demanda, ésta sí las deduce implícitamente, las que por constituir un complemento obligado y necesario de lo suplicado expresamente, deben ser también materia de pronunciamiento judicial. "Es de advertir, dijo la Corte en sentencia de 31 de agosto de 1972 (CXLIII, pág. 116), que el fallador no desborda los límites de su actividad jurisdiccional cuando decide sobre puntos que expresamente no le fueron propuestos por las partes, pero para cuya resolución está facultado ex officio por la ley. En tal evento es su deber sentenciar sobre ese extremo pues si guarda silencio, entonces sí opera la incongruencia por haber dejado de resolver sobre puntos que, aunque no propuestos expresamente por los contrincantes, están ínsitos en las pretensiones o excepciones respectivas y que, por estar íntimamente vinculados con unas u otras, la ley quiere que el fallador decida en el mismo proceso, con el propósito de que, cumpliendo el principio de economía procesal, no sean materia de un nuevo litigio, que resulta superfluo a todas luces".

5. En el caso *sub judice*, es absolutamente evidente que la determinación adoptada por el Tribunal *ad quem* en el numeral cuarto (4º) de la parte resolutiva de la sentencia impugnada no fue solicitada expresamente por la demandante, como fácilmente se deduce del libelo incoatorio; empero de ello, la incongruencia advertida por el recurrente es meramente aparente, pues la simulación contractual judicialmente declarada, en la modalidad de absoluta y con la convocatoria al proceso de todas las personas que intervinieron en el acto simulado, tiene como efecto, al igual que sucede con otras figuras como la nulidad, que las partes deban ser restituidas *de jure* al estado anterior a la celebración del pacto simulado, y por lo tanto se impone la prestación respectiva que conduce a que la restitución que se verifique se debe *de jure*, y procede en ello oficiosamente la justicia sin necesidad de demanda; y desde luego, que, aunque la enjuiciada determinación no fue objeto de petición expresa, el Tribunal no incurrió en el yerro *in procedendo* que se le achaca, pues de un lado, tal pronunciamiento, por lo dicho, podía efectuarlo aun sin petición de parte, por constituir un complemento obligado de la simulación declarada, y de otro, se trata de una cuestión accesoria que se palpa meridianamente en el caso del cónyuge que se ve afectado por una mala administración de los bienes sociales, pues superado el obstáculo de la legitimación para promover la simulación de los negocios jurídicos celebrados por el otro "... se actualiza el derecho de cada uno de los cónyuges sobre los bienes sociales para la determinación de los gananciales que a cada uno corresponde..." (Cas. Civ. de 4 de octubre de 1982, CLXV, 214 a 218), y es obvio que tal cosa no se pueda realizar sino una vez que, declarada judicialmente la simulación, las cosas objeto del contrato simulado sigan en el patrimonio de la sociedad conyugal, "... lo cual quiere decir que cuando por parte del cónyuge demandado se pretende sustraer a tales efectos y a la consiguiente liquidación determinados bienes, el actor tiene interés jurídico actual en que las medidas preventivas comprendan todos los bienes que no hayan salido realmente del activo que cada cónyuge administra separadamente, descorriendo el velo tendido por un acto simplemente aparente, para que ese derecho no se frustre" (Cas. Civ. de 4 de octubre de 1982; CLXV, 216), que es ni más ni menos la aspiración que la demandante deja al descubierto desde el mismo momento de la presentación de la demanda.

6. Lo anterior, silenciando el defecto de técnica en que incurre la censura al desconocer los principios de la autonomía e independencia de las causales de casación, consistentes en que cada una de ellas corresponde a motivos o circunstancias disímiles y, por lo tanto, no es posible combinarlas para estructurar en dos o más de ellas el mismo cargo o pretender que el mismo cargo pueda formularse repetidamente dentro de la órbita de causales distintas, razón por la cual, para situarnos en el caso concreto, la Corte ha repetido que "*dadas la autonomía e individualidad dichas, la incongruencia entre lo pedido y lo fallado que el legislador ha considerado como motivo de casación, es causal que ha de interpretarse en forma tal que no traspase su específica finalidad. Sólo lo que está dentro del concepto puramente formal de desarmonía entre lo suplicado por el demandante o el demandado y lo resuelto por el juez es lo que puede estructurarla consiguientemente, dicha causal no autoriza ni puede autorizar a entrar en el examen de los otros errores* in procedendo, *ni mucho menos al de los yerros* in judicando *que pudieran encontrarse en la sentencia así recurrida*"; *(Cas. Civ. de 17 de junio de 1975; CLI, 153)* resulta, por tanto, injurídico que la censura pretenda, apoyada en la causal segunda de casación, destinada a enmendar errores *in procedendo* en la modalidad

indicada, la revisión de la sentencia impugnada por presuntos errores *in judicando*, como los referidos a ventilar la posición jurídico-procesal del convocado al proceso bajo la égida del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, para deducir de allí la imposibilidad de que se estuviese demandando para la sociedad conyugal, de la que igualmente se dice que nunca se afirmó que estuviera disuelta.

De consiguiente, el cargo no prospera.

Cargo primero

Tíldase la sentencia impugnada de ser violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 1766 del Código Civil, 267, 248, 250, 187 y 280 del Código de Procedimiento Civil, 45 y 47 del Decreto 960 de 1970 y 40 del Decreto 1250 de 1970, como consecuencia de "... evidentes errores de hecho...".

Tras recordar la ausencia de competencia territorial del circuito de Duitama y del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo (Boyacá) para conocer del presente asunto, el recurrente afirma que es dueño de los bienes que adquirió de Héctor Rafael Salamanca Alba por medio de la escritura No. 803 de 30 de abril de 1983 de la Notaría Primera de Tunja, y que como el vendedor no ha reclamado nada "... no hay razón para dejar sin validez tal adquisición".

Por lo tanto, como quiera que la demandante, ya separada de su cónyuge, cree que tal venta fue simulada, para sustentar el cargo el recurrente advierte que se debe examinar si en su caso "... hubo o no intención de comprar".

En ese orden de ideas la censura alega que el impugnante "... no sólo compró sino que entró a poseer y uno de los actos de posesión fue el de mantener la finca en arrendamiento. Contra esta realidad no puede invocarse que el arriendo fue hecho por Salamanca después de operada la transferencia del inmueble ya que dicho contrato, el celebrado con Carlos Cabra, venía de tiempo atrás, se plasmó en un escrito el 25 de abril de 1983, no se necesitaba haber hecho esto porque el contrato de arrendamiento no es contrato solemne, puede ser inclusive verbal, pero, si se hizo de ahí no se colige que la fecha de su iniciación sea la fecha el 20 de mayo de 1983 (por aparecer tal día en un sellador de impuestos) porque con ese criterio también habría que afirmar que la tradición operó cuando se registró la venta (3 de junio de 1983 como se lee en el certificado de libertad). El error del Tribunal es ostensible porque algo formal: la fecha cierta ante terceros, lo confunde con algo real: la fecha cierta entre las partes. La señora López de Salamanca no fue ni arrendadora ni arrendataria, respecto de ella no se aplica ningún acto de tenencia o posesión. Estos, la tenencia y la posesión son reales y la fecha de su iniciación y finalización se deducen de actos concretos entre las partes (arrendador y arrendatario para el presente caso). Ni Salamanca, ni Higuera ni el arrendatario Cabra han puesto en entredicho la fecha de iniciación del arrendamiento (anterior a la venta de Salamanca a Higuera), ni menos su existencia, luego el Tribunal hizo mal al desvirtuar ese contrato real. Queda sin piso entonces ese presunto indicio que sirvió de soporte para la decisión del *ad quem*. Este yerro en la apreciación del contrato de arrendamiento (obrante a fls. 3 y 4 del cdno. número 1) compaginándolo con la escritura que aparece de fls. 5 a 8 *ibidem* y el certificado de libertad obrante a fls. 9, 10 y 11 cdno. número 1), es un error evidente de hecho. Que es mayor si se tiene en cuenta que en el cuaderno 5,

fls. 17 a 19, aparece la declaración de Joaquín Cuadros a quien le consta la cesión del contrato de arrendamiento de Salamanca a Higuera. En conclusión, el citado arrendamiento no es indicio que desvirtúe lo consignado en escritura pública".

También afirma la censura que el Tribunal, al proferir la sentencia recurrida en casación, cometió otro error evidente de hecho al considerar como indicio la presunta falta de interés para comprar, pues "... esta insólita afirmación, sustentada en dos circunstancias: que indicó que las fincas estaban arrendadas y que en la contestación de la demanda se indicó que al demandado no le constaban algunos hechos de la demanda y debían probarse, se caen por sí solas. En efecto: al contestarse la demanda (fls. 60 a 62 cdno. número 1) se negaron la mayor parte de los hechos, para unos pocos se indicó que no constaba, pero de ahí no se puede deducir que no había causa para comprar. Menos aún tiene valor la afirmación de que una finca arrendada no puede comprarse y que si se llegare a hacer la escritura esta no vale ya que no habría ánimo para adquirirla; la experiencia enseña que es muy común que se compren inmuebles que están arrendados a un tercero. Y, en el presente caso el adquirente Higuera aclaró en su primer interrogatorio (cdno. No. 6, fl. 8): '... negocié quedando comprometido a respetar al señor Cabra lo establecido en el contrato de arrendamiento inicial', y, en el segundo interrogatorio, absuelto precisamente a petición del Tribunal (cdno. No. 7, fls. 30 a 40) explicó exhaustivamente (sic) lo del arrendamiento y al decir que "la finca era barata" (fl. 37) señalaba una causa muy poderosa para comprar, máxime cuando Higuera es un boyacense, hijo de agricultores. No tiene, pues, asidero lógico el indicio que el Tribunal califica gratuitamente como "falta de causa en el comprador".

Agrega que "... otro indicio para el Tribunal es el precio de la venta. Esto es válido para el caso de lesión enorme, pero no para demostrar un presunto desinterés para comprar. Precisamente se compra más rápidamente si el precio es bajo. El *ad quem* se equivocó al creer que este factor es indicio de simulación absoluta. El Tribunal no tuvo en cuenta que en el ya citado interrogatorio de parte que obra a fls. 30 a 40 del cdno. No. 7 Higuera dijo que era barata (fl. 37). Eran aproximadamente como sesenta fanegadas (fl. 33) y en realidad se pagaron $ 4.650.000.00 (fls. 30 y 31). Y si se tiene en cuenta que los certificados de libertad (fls. 9, 10 y 11, cdno. 1) expresamente señalan una superficie de 60 hectáreas, con un valor aproximado para la época entre $ 100.000.00 y $ 150.000.00 (fl. 33 cdno. 7) hay que concluir que fue exagerado el Tribunal al afirmar que un precio en verdad bajo destruye lo consignado en una escritura pública. Y como el *ad quem* hizo figurar este presunto indicio para la simulación y no para la posible lesión enorme, hay que afirmar que el Tribunal se equivocó y por eso que el cargo que se le hace a la sentencia es válido".

A renglón seguido el censor puntualiza que "como en la sentencia se señalan otros indicios que tienen relación con Héctor Rafael Salamanca..." y no con él "... debe decir que las malas relaciones entre los cónyuges y las presuntas discrepancias en la versión de Salamanca no afectan el ánimo de señor y dueño..." que tiene y ha tenido sobre los inmuebles comprados legalmente.

De tal manera, concluye la impugnación, "los indicios no tienen la fuerza que el Tribunal les otorga, no están probados los hechos básicos sobre los cuales se basarían tales indicios, no hay coherencia en el planteamiento del Tribunal y por lo tanto la conclusión se desquicia (sic) y se impone casar la sentencia".

CONSIDERACIONES

1. La acusación, como quedó vista, viene fundada en el desacierto fáctico que habría cometido el sentenciador de segunda instancia en la apreciación de los indicios derivados concretamente de la retención de la posesión del bien por parte del enajenante, en la falta del adquirente para comprar y en la vileza del precio estipulado por los bienes materia de la compraventa, pues, aunque advierte que fuera de éstos se señalan en la sentencia "... otros posibles indicios que tienen relación con Héctor Rafael Salamanca..." y no con el recurrente, se abstiene de combatirlos por considerar que "las malas relaciones entre los cónyuges y las presuntas discrepancias en la versión de Salamanca no afectan el ánimo de señor y dueño..." que ha tenido y tiene sobre los inmuebles comprados legalmente.

2. El puntualizado procedimiento en la formulación del resumido cargo es incorrecto en la medida en que desconoce la exigencia técnica de combatir todos los elementos de juicio que son fundamento de la decisión impugnada, cuando para arribar a ella el juez se ha valido de un número plural de pruebas, pues, de conformidad con la doctrina de la Corte "si la censura deja al margen parte de tales pruebas, así haya procedido en cargos separados, pero también en forma fragmentaria, a enjuiciarlas, está no sólo desvertebrando la unidad, autonomía e individualidad de cada cargo, sino pecando además contra el principio de que la impugnación de un fallo de instancia en tan extraordinario recurso como lo es el de casación, por no tratarse de una instancia adicional, parte del ineludible postulado de presunción de acierto del sentenciador, presunción que en el aspecto fáctico no es susceptible de derrumbarse si el ataque, entendiéndose por tal el contenido no en la suma de los cargos sino en uno solo de ellos, no abarca en su radio de acción y por sí solo todas las pruebas que sirvieron de soporte a las conclusiones fácticas en que se estribó la sentencia impugnada (Cas. Civ. de 26 de octubre de 1981; CLXVI, 590). Como quiera que "... aun en el evento de hacerlo victoriosamente subsistirían las razones que en torno a los demás (medios de prueba) expuso el sentenciador, y que por ser suficientes para fundar la decisión impugnada hacen inevitablemente imprósperas la acusación" (CXLII, 140).

3. La apuntada falencia técnica constituye singular obstáculo en la prosperidad del cargo en estudio, pues sabiendo que quien celebra un acto simulado "rehuye el rastro que lo denuncie; extrema la apariencia engañosa, elude la prueba que lo descubra y lo rodea con todas las precauciones que su cautela y cálculo le sugieran", la prueba de la simulación se torna tortuosa, por la índole de la reserva en que se han colocado las partes, lo que explica que quien combata el acto fingido, en determinadas circunstancias, sólo pueda acudir a los indicios, los que de conformidad con el artículo 250 del Código de Procedimiento Civil serán apreciados por el juez "... en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso..."; y, si para arribar a la conclusión combatida el juez apreció no solo los indicios denunciados por el recurrente sino también otros, en la forma y términos prevenidos por la citada norma procesal, la sentencia recurrida no puede quebrarse por cuanto el impugnante dejó al margen del reproche probatorio otros indicios que, apreciados en la forma prevista por aquella norma probatoria, le permitieron al sentenciador de segunda instancia llegar a la conclusión fáctica de la realidad procesal de la simulación impetrada y de la consecuente inexistencia del contrato de

compraventa celebrado entre el cónyuge llamado oficiosamente al proceso y el demandado Mario Roberto Higuera Suárez, como son, entre otros, los inferidos de la falta de demostración de la solvencia económica del comprador y la ausencia de motivos en el vendedor para enajenar, amén de otros de mayor influencia en la decisión, como los deducidos del "desquiciamiento de las relaciones entre los cónyuges", "la discordancia entre la respuesta de la demanda y la respuesta del interrogatorio de parte en relación al precio", y, "respuestas evasivas en el interrogatorio de parte' rendido por Salamanca Alba, que también son valederos para respaldar la solidez de la sentencia impugnada, y de paso hacen inocua la excusa de aquí recurrente en el sentido de que tales indicios no los controvierte, por cuanto no tienen nada que ver con él sino con el aparente vendedor Héctor Rafael Salamanca.

Por lo tanto el cargo no prospera.

b) *Demanda de Casación de Héctor Rafael Salamanca Alba*

Cargo Unico

Señálase la sentencia como violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 1766 del Código Civil; 267 del Código de Procedimiento Civil; 45 y 47 del Decreto 960 de 1970 y 40 del Decreto 1250 de 1970, como consecuencia de los errores evidentes de hecho que, en el desarrollo de la impugnación, el recurrente puntualiza.

Luego de dedicar las primeras líneas del cargo a precisar que la pretensión principal ejercitada por la actora es la de simulación absoluta del contrato de compraventa a que se refiere la escritura número 803 de 30 de abril de 1983 de la Notaría Primera de Tunja, de observar que no obstante la libertad probatoria existente en la actualidad para acreditar el fenómeno simulatorio, la sentencia, hoy como ayer, "... debe estar apoyada en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, como lo declara el art. 174 del C. de P. C. y entre los medios de prueba que relaciona el artículo siguiente no se encuentran las simples sospechas, conjeturas o suposiciones. Pero sí los indicios que, para ser considerados como tales, los hechos en que descansan deben aparecer debidamente probados en el proceso, según lo dispone el artículo 248 de la misma obra y el 250 que, además, exige que los indicios sean graves, concordantes, convergentes y que tengan relación con las demás pruebas", y de reseñar la evolución jurisprudencial en torno a la figura jurídica de la simulación, la censura recuerda que en este asunto la sentencia de primera instancia, desestimatoria de las pretensiones deducidas en la demanda, fue revocada y sustituida por la del Tribunal, que accedió a las aspiraciones de la demandante "... basándose en que existen los varios indicios que en su fallo relaciona uno a uno. La prueba de indicios es, pues, el soporte fundamental del fallo del Tribunal".

Y tras relacionar los requisitos que debe llenar la prueba de indicios para dotarla de eficacia probatoria, el impugnante enfrenta la sentencia del *ad quem* para demostrar los errores de hecho cometidos en la apreciación de la aludida prueba, los que concreta en los siguientes términos:

"... alego que el *ad quem* cometió evidente error de hecho, pues fundado en que al documento privado en que se consignó el contrato de arrendamiento celebrado por los demandados Rafael Salamanca (sic) con Carlos Cabra se le puso el sello oficial de

haberse pagado el impuesto de timbre el 20 de mayo de 1983, concluyó de manera desproporcionada que, por cuanto la fecha en que se le estampó ese registro fue la del 30 de mayo, que es la fecha cierta para terceros, según el artículo 280 del C. de P. Civil, esa era plena prueba de que el demandado Héctor Rafael Salamanca había seguido ejecutando actos posesorios sobre la finca enajenada solemnemente el 30 de abril, que "continúo ejerciendo actos posesorios sobre el inmueble, tales como darlo en tenencia por arriendo a Carlos Cabra". Con este errado fundamento el Tribunal se precipita en un nuevo yerro fáctico al concluir: "entonces, primero ocurrió la venta: abril 30 de 1983, y, tiempo después el arriendo: 30 de mayo de 1983" (fl. 80 del cdno. número 7). "Siendo los actos de señorío y dominio propios del vendedor subsiguientes a la venta, tales hechos permiten deducir compoitamiento extraño que se convierte en indicio grave" (fl. 81 *ibidem*).

A renglón seguido el censor arguye que sin contradecir que, frente a terceros, la fecha cierta del aludido documento sea la del 20 de mayo de 1983, en la que se estampó la constancia oficial de haberse pagado el impuesto de timbre, no acepta que con ese mismo fundamento se pueda concluir que el demandado Héctor Rafael Salamanca, después de vender el 30 de abril anterior los inmuebles El Danubio y La Chorrera haya seguido ejerciendo sobre ellos actos de dominio, pues "... es cosa que rechazo como contraria a la simple lógica jurídica y que comporta una clara contraevidencia, pues de una premisa como aquélla no puede sacarse una conclusión tan desmedida como ésta".

Alega que "... cometiendo error manifiesto de hecho, pasó por alto el Tribunal la afirmación del técnico agrícola Joaquín Cuadros Correa, quien, en su extensa declaración de folios 17 a 19 del cuaderno número 5, al final del folio 19 v/to y 19 expresó: lo que sé al respecto es que el señor Mario Roberto Higuera cuando compró la finca, esa finca estaba arrendada al señor Cabra y el vendedor, Héctos (sic) Rafael Salamanca, para poder respetar el contrato al señor Cabra, hizo la cesión del contrato de arrendamiento al señor Higuera y ellos pactaron que se respetaría ese contrato; por eso, cuando yo ya fui y conocí la finca, quien estaba como arrendatario era el señor Cabra, y él a su vez tenía allí un cuidandero, que fue la persona que nos informó sobre el retiro del bulldozer y del tractor", declaración que en su sentir "... coincide con lo afirmado bajo juramento por el demandado Higuera Suárez en su primer interrogatorio, no visto por el Tribunal..." quien en la respuesta a la pregunta sexta (6ª), en la que se le inquiría si, después de las ventas de los inmuebles en disputa, el vendedor los había dado en arrendamiento a Carlos Cabra, contestó: "primero me enteré de que existía un contrato de arrendamiento entre el señor Rafael Salamanca y Carlos Cabra, contrato que tuve en mis manos, cuya fecha es anterior a la escritura con la cual se me legalizó la venta, por esta razón negocié quedando comprometido a respetar al señor Cabra lo establecido en el contrato de arrendamiento inicial". Agrega que el Tribunal tampoco apreció que Higuera, en su segundo interrogatorio, afirmó que "... al enterarse de que Rafael Salamanca tenía ajustado un contrato de arrendamiento con Carlos Cabra sobre El Danubio y La Chorrera, por esa razón casi desiste de celebrar la compraventa".

Por tanto, prosigue la impugnación, "ante lo palmario del yerro que señalo, desaparece el hecho tenido como indicador del indicio que impugno, pues no está acreditado que el demandado Salamanca, después de enajenar sus fincas rurales, haya seguido ejecutando sobre ellas actos típicamente posesorios".

Otro yerro de hecho cometió el Tribunal, prosigue el censor, "... al deducir que en el comprador Higuera faltó la causa o el móvil para adquirir los predios que le vendió Rafael Salamanca", pues "... interpretando a su acomodo las razones dadas por el comprador, dejó de ver que éste, en su segundo interrogatorio, absuelto ante el propio Tribunal (fls. 30 a 40 del cuaderno 7), dio muy atendibles argumentos de por qué celebró la compraventa aquí enjuiciada. Dice Higuera que por tener a la sazón su domicilio en Tunja y llamarle la atención la agricultura y, además, porque encontró que sería buen negocio comprar en $ 4.650.000.00 una tierra que tenía aproximadamente 60 hectáreas, cada una de las cuales tenía un precio entre cien y ciento cincuenta mil pesos, se decidió celebrar esa compra (fls. 32 y 33); que como el vendedor, antes de ajustar con él el contrato de venta, ya había dado en arrendamiento a Carlos Cabra las tierras materia de la venta, casi que desiste del contrato, pero que compró las tierras por parecerle aún un buen negocio, ya que "la finca era barata" (fl. 37); que cuando el arrendatario Cabra, tiempo después, por estar sufriendo pérdidas, le pidió que de común acuerdo dieran por terminado el contrato de arriendo, no pudo él dedicarse a explotar directamente esas tierras, como fue su inicial propósito, porque las máquinas al servicio de la finca habían sido ilícitamente sustraídas por la demandante Graciela López, apoyada por otros familiares, motivo por el cual él dio esas fincas en arriendo a Manuel Garzón".

"Si los que se dejan expuestos, continúa la censura, no son motivos suficientes para celebrar un contrato de compraventa y para dar en arriendo las tierras que, inicialmente quería explotar directamente el propietario, entonces resulta desmedida y contraria a la realidad la conclusión del Tribunal en ese punto. Rechazar los motivos dados por Higuera como los que tuvo para celebrar los contratos mencionados, constituye claro error de hecho".

Asevera seguidamente la impugnación que tampoco resulta ser indicio grave de simulación absoluta "... la discordancia advertida por el Tribunal entre las afirmaciones hechas por el demandado Salamanca en el escrito de respuesta a la demanda y las que hizo al rendir el interrogatorio de parte, relativamente a que en el primer momento aceptó que el precio de la venta fue realmente de $ 500.000.00 y en la segunda ocasión dijo que de $ 4.650.000.00. Esta contradicción, aplicando las reglas de la lógica jurídica, no conduce directamente a la conclusión exorbitante de que la compraventa fue simulada absolutamente; ella sólo permitiría acreditar una simulación relativa en cuanto al precio, pero no es soporte sólido para aseverar que los contratantes no quisieron celebrar el contrato de compraventa aquí impugnado. Hacerle decir a una prueba lo que ella no expresa realmente, comporta comisión de yerro fáctico ostensible que deja sin piso el indicio deducido por el Tribunal". Añade que "... frente a las reglas dadas por la Corte para que un hecho se tenga como indicio, resulta que no tiene la calidad de tal el que el demandado Salamanca no hubiera acertado a saber el precio exacto convenido, ni el número preciso de hectáreas de su finca; una premisa tal permite deducir que el absolvente tiene flaca memoria o que es reticente, pero concluir de allí que el contrato es absolutamente simulado, resulta una desmedida inferencia que cae en el yerro fáctico".

Asevera el casacionista que otro yerro fáctico que cometió el sentenciador de segundo grado fue el pasar por alto que "... en el interrogatorio de parte que absolvió el demandado Rafael Salamanca, a fls. 69 vto. del cdno. 3, expresó como móvil de la venta

de la finca éste: vendí porque había tenido pérdidas en varias cosechas y estaba endeudado...". El Tribunal cerrando los ojos ante esta razonable y clara explicación, expresó en el punto 9 del folio 85 del cuaderno 7: "no tenía el señor Salamanca necesidad o motivo para vender...", conclusión que, ante las propias palabras del vendedor, constituye una patente contraevidencia.

Así mismo, dice la censura, el Tribunal cometió yerro fáctico palmario ". . al aceptar que Salamanca, después de haber dado en arrendamiento sus tierras, resolvió venderlas, venta posterior que toma como indicio del propósito de distraer los bienes de una posible liquidación de la sociedad conyugal. Esta posesión del Tribunal es bien contradictoria, pues antes, en el punto a) del folio 80 *ibidem*, había concluido que el arrendamiento se celebró después de la venta, y ahora, sin sonrojo alguno, sostiene y acepta que la venta fue después de haberse acordado el arrendamiento con Carlos Cabra, resultando entonces, que para unos efectos, el arrendamiento fue anterior a la venta y que, para otros, fue posterior, lo que comporta una clarísima contraevidencia del fallador de segundo grado. Añádase que una cosa es la renta periódica a que tiene derecho el arrendador y otra muy distinta es el precio de venta de un bien arrendado. Según la peregrina tesis del Tribunal, quien tiene dado en arrendamiento un inmueble, carece de necesidad de venderlo y de motivo para enajenarlo. Esta conclusión del *ad quem*, tomada como indicio grave de simulación absoluta, está huérfana de consistencia por ser contraria a la realidad de las cosas y opuesta a la más simple lógica".

De otro lado, prosigue el recurrente, el sentenciador no advirtió, incurriendo así en otro error de facto, que "... Higuera Suárez para cuando fue notificado del auto en que el Tribunal ordenó oficiosamente su segundo interrogatorio, ejercía para entonces las funciones de Registrador de Instrumentos Públicos de Ramiriquí (fls. 21, 29 y 39 del cdno. 7), cargo que ostentaba para cuando rindió el interrogatorio; y además, no vio que el absolvente demandado es bachiller y que cursó estudios universitarios de economía, como él lo dijo en su primer interrogatorio sin contradicción de nadie, y que tenía residencia en Tunja, circunstancias que nos son indicativas de insolvencia. Una cosa es demostrar la falta de capacidad económica de una persona y otra muy distinta y menos persuasiva, es la falta de prueba de su solvencia, pues en este último evento nada se opone a que la persona cuya solvencia no está acreditada en autos sea realmente muy solvente, lo que no puede ocurrir cuando ciertamente se ha demostrado que es insolvente. Por consiguiente, es un exabrupto concluir indicio de simulación absoluta, porque el demandado no acreditó su solvencia económica".

Respecto del indicio deducido por el Tribunal "... partiendo del hecho de que si Rafael Salamanca inició el negocio de venta de las fincas" en época en que se hallaba en armonía con su esposa no haya tenido ésta absolutamente ninguna participación "en su realización", el recurrente afirma que "... resulta una simple conjetura contraria a la verdad, pues el *ad quem*, en el punto, dejó de ver la declaración del dr. Altuzarra, quien afirma que doña Graciela López sí estaba enterada de la negociación".

Y memorando que si bien es cierto que los falladores de instancia son autónomos en la apreciación de los indicios, advierte que dicha autonomía es solamente discrecional y no soberana, como lo expuso la Corte en sentencia de 22 de noviembre de 1965, reiterando lo dicho en fallo de 17 de mayo de 1946, luego de lo cual sentó las siguientes reflexiones:

"Frente a todo lo expuesto antes, sólo sigue en pie el indicio referente al 'precio de los bienes', analizado por el Tribunal bajo la letra b) del folio 81 del cuaderno 7, indicio que por otra parte, sería de simulación relativa y no de simulación absoluta como erradamente lo tomó el fallador.

"Además, este último indicio no tiene la fuerza de demostrar lo que el sentenciador dedujo, pues éste, cometiendo otro error evidente de hecho, pasó por alto al acoger el precio fijado por los peritos avaluadores, que el precio convenido por Salamanca e Higuera se acordó bajo, en virtud de que las fincas estaban ya dadas en arrendamiento a Carlos Cabra por cinco años, como se consignó en el documento que contiene el contrato de arrendamiento (fls. 3 y 4 del cdno. ppal.), circunstancia que por ser limitante para el comprador mermaba el precio. Dejó de ver también el Tribunal que en los certificados de registro que obran a folios 9, 10 y 11 del cuaderno 1, aducidos por la propia demandante, aparece que Rafael Salamanca compró los fundos rústicos El Danubio y La Chorrera en $ 42.000.00 la parte adquirida de Julio Roberto Caicedo G., en $ 80.000.00 lo adquirido de Visitación Parada de G. y en $ 50.000.00 lo adquirido de Otoniel Faustino Amézquita Fonseca, y así mismo que Salamanca vendió al municipio de Tuta, en mayo de 1982, 3.000 metros cuadrados en la suma de $ 20.000.00 lo que demuestra que la fanegada valía para entonces no más de $ 42.667.00 y que las cifras dadas por los peritos resultan sospechosas por sí solas.

"Pero aceptando que por el precio acordado surge el indicio que encontró el Tribunal, este indicio queda debilitado frente a los últimos argumentos y, en todo caso, él no es indicio necesario de simulación, por lo que no podría ser el soporte exclusivo de una sentencia estimatoria".

Consideraciones

1. Para el despacho del presente cargo, la Corporación estima indispensable recordar que este asunto versa sobre el ejercicio de la acción de simulación promovida por Graciela López de Salamanca contra Mario Roberto Higuera Suárez y a cuya actuación fue llamado oficiosamente Héctor Rafael Salamanca Alba, respecto del contrato de compraventa consignado en la escritura No. 803 de 30 de abril de 1983 de la Notaría Primera de Tunja, por medio del cual el segundo, cónyuge de la demandante, vendió al primero de los precitados demandados, los bienes sociales allí relacionados, fundada exclusivamente en que con tal acto dispositivo se menoscaba el patrimonio de la sociedad conyugal, cuya disolución se prevela por la promoción de sendas demandas de separación, una de bienes iniciada por el cónyuge demandado, y otra de cuerpos, instaurada por la aquí demandante, que recibió despacho favorable, antes de que concluyera la segunda instancia de este proceso.

2. Es justamente la protección del haber conyugal de la disposición fraudulenta por uno de los cónyuges de los bienes sociales, mediando determinadas condiciones, la razón fundamental que ha impulsado a la jurisprudencia a concederle legitimación a un cónyuge para demandar la simulación de los negocios jurídicos celebrados por el otro en detrimento de la sociedad conyugal, como se desprende del fallo del 4 de octubre de 1982 (G. J., T. CLXV, págs. 214 a 218), que recogiendo el pensamiento de la Corte consignado en las sentencias de 17 de diciembre de 1931 (G. J., No. 1883, pág. 434),

29 de marzo de 1939 (G. J., No. ... 1945, pág. 727), 17 de marzo de 1955 (G. J., No. LXXIX, pág. 757), 29 de febrero de 1956 (tomo LXXXII, 118), 8 de junio de 1967 (G. J., CXIX, pág. 152), y 20 de noviembre de 1979 (G. J., No. CLIX, 1ª parte) dijo:

"Con la expedición de la Ley 28 de 1932 se estableció la independencia administrativa y de disposición de los cónyuges respecto de los bienes propios como de los sociales, pues de acuerdo con el régimen patrimonial establecido por el mencionado estatuto, "durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición, tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil, debe liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio y en consecuencia, se procederá a su liquidación.

"Entonces, si bien es cierto que de conformidad con el estatuto antes mencionado, durante la existencia de la sociedad conyugal cada cónyuge se encuentra facultado legalmente para administrar y disponer libremente de los bienes que adquiera, sean sociales o propios, no es menos cierto que al disolverse la sociedad conyugal por cualquiera de las causas legales (artículo 152 del Código Civil), o al promoverse un proceso ligado necesariamente a la disolución de la sociedad de bienes, surge nítidamente el interés jurídico tutelable para uno de los cónyuges de impugnar de simulados los actos de disposición del otro cuando mediante ellos se pretenda sustraer bienes sociales de la liquidación de la sociedad. Por el contrario, si no se ha disuelto la sociedad, ni judicialmente se pretende su disolución, no aparece el interés jurídico para impugnar los actos ficticios" (Destaca la Sala).

3. Y fue precisamente en el desquiciamiento de las relaciones entre los cónyuges donde el sentenciador de segunda instancia encontró, indudablemente, el móvil de la simulación o *causa simulandi*, o sea el "... indicio serio del interés que podía haber en Héctor Rafael Salamanca Alba en la realización de los negocios", pues, en el punto expresó que "aunque en su demanda no sitúa las causales en el tiempo, lo cierto es que el propio demandado Salamanca demanda la separación de bienes porque existe grave e injustificado incumplimiento de los deberes de su esposa y relaciones extramatrimoniales de ésta en forma permanente. Tal demanda es presentada en el mes de agosto del mismo año en que se efectuó la venta cuya simulación se depreca, luego es definitivamente cierto que los cónyuges para la época de la negociación, daban muestras evidentes de hallarse en conflicto de intereses tanto morales como materiales", inferencia que respalda en la prueba testimonial practicada en los juicios de separación, tanto de bienes como de cuerpos, de la cual establece que "Héctor Rafael y Graciela si bien convivían, su vida común era caracterizada por los continuos desquebrajamientos hasta el punto de permitir la convicción de que tanto el respeto como el auxilio mutuo hablanse perdido desde tiempo atrás a la celebración de la escritura..." (folios 82 a 83 del cuaderno No. 7).

4. Y en realidad de verdad, el aludido indicio halla pleno fundamento en la presentación de las demandas de separación de bienes, intentada primeramente por Héctor Rafael Salamanca Alba, en la cual ciertamente no se relacionan los inmuebles

vendidos unos meses antes, y de cuerpos, promovida pocos días después por Graciela López de Salamanca (11 de agosto de 1983), y en la prueba testifical recogida en el último asunto, elementos de juicio que ciertamente ponen de manifiesto que mucho antes de realizarse la venta de los bienes sociales a que se refiere este proceso la unión matrimonial de aquellas personas presentaba serios agrietamientos originados en el mal comportamiento personal, social y moral del precitado cónyuge que prontamente desembocaron en la proposición de aquellas demandas, una de las cuales, precisamente la promovida por éste, procuraba la separación de los bienes sociales, pero sin incluir en el haber de la citada sociedad conyugal los controvertidos bienes sociales.

5. Es de observar que este indicio, medular para la adopción de la sentencia impugnada, no fue combatido en la censura propuesta por el demandado Mario Roberto Higuera Suárez ni tampoco en ésta, omisión que a más de presentar el cargo en estudio incompleto, advierte lo inútil que resulta un examen de fondo respecto de los indicios reseñados en el cargo, pues es obvio que el reproche formulado en los términos a que se refiere este cargo, al dejar por fuera de la impugnación cardinales indicios deducidos por el fallador para arribar a la conclusión combatida, como el acabado de comentar, y criticar los formulados, desconectados no solamente de los omitidos, sino aislados unos de otros, para presentar una acusación fragmentaria de la prueba inicial, constituye como se vio, gravísima falla de orden técnico que incide fatalmente sobre la prosperidad de la acusación, pues ha de verse que si la convicción del fallador de segundo grado acerca de la simulación de la controvertida compraventa, surgió, no de cada uno de los hechos indiciarios, aisladamente considerados, sino del conjunto de todos ellos, habida cuenta de su gravedad, concordancia y convergencia, como lo preceptúa el artículo 250 del Código de Procedimiento Civil, "... resulta vano en casación el ataque que se formule a la conclusión a que llegó el sentenciador, fundado en que cada indicio, por sí solo, no prueba el hecho, pues a más de que una acusación semejante contraría la naturaleza misma de la prueba al romper la relación que ha de existir entre todos los hechos indicadores, desvertebra el raciocinio del sentenciador, desde luego que tal conclusión la dedujo éste del conjunto de los mismos y no de cada uno en forma aislada" (CXLIII, 74).

6. Además, cabe agregar que la censura en lugar de demostrar la contraevidencia o el yerro de facto que salte de bulto o a la vista con su sola enunciación, cometido por el sentenciador de segundo grado en el examen de la prueba indiciaria determinada en el cargo, acomete más bien un estudio crítico de ella, para sacar el impugnante sus propias conclusiones y enfrentarlas a las que sacó el juzgador sobre el mencionado medio de prueba, siendo que ésta prevalece mientras no se demuestre que contraría los dictados del sentido común, lo que dicho sea de paso, tampoco se evidencia en el presente asunto, pues revisada la actuación a la luz del cargo propuesto, no se halla prueba que demuestre en forma inconcusa la seriedad del contrato que el Tribunal declaró simulado, y por lo mismo, no puede tildarse de arbitraria o contraevidente la conclusión a que en el particular llegó aquél.

De consiguiente, el cargo no prospera.

IV. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

no casa la sentencia proferida en este proceso el 23 de mayo de 1990 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo (Boyacá).

Condénase a la parte demandada recurrente al pago de las costas causadas en el recurso extraordinario. Tásense.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO A-122

REVISION - CADUCIDAD / CADUCIDAD - REVISIÓN

Nociones generales sobre este recurso. En tratándose de la causal 7ª de revisión, el término para interponer el recurso es de dos años que se comienzan a contar desde el día en que la parte perjudicada con la sentencia o su representante haya tenido conocimiento de ella, con un límite máximo de cinco años, con excepción de las sentencias que deben ser inscritas en un registro público, cuyo término empieza a correr a partir de la fecha del registro. De modo que verificado dicho registro, el tiempo útil para proponer en forma debida el recurso en cuestión se agota al cumplirse los dos años siguientes.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Referencia: Expediente número 3968

Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

En orden a decidir sobre la procedencia legal del recurso de revisión interpuesto el 10 de junio pasado por Isaías Ismael Ortega Pérez o Ismael Ortega Pérez contra la sentencia de fecha 4 de noviembre de 1988 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos correspondiente al 23 de febrero de 1989 y con la cual se puso fin al proceso de pertenencia iniciado contra el recurrente por Epifanía María Sánchez Muñoz, son pertinentes las siguientes consideraciones:

1. Por ser la revisión el remedio consagrado en la ley para impugnar sentencias ejecutoriadas, reviste carácter extraordinario y, por tal razón, tanto la actividad del juez llamado a conocer del mismo se halla fundamentalmente restringida o limitada. Así, el Código de Procedimiento Civil ha fijado la oportunidad para ejercer el recurso en cuestión, estableciendo términos u oportunidades de carácter preclusivo que varían según la causal alegada, y que son de estricta y obligatoria observancia, como ocurre con los determinados para el ejercicio de cualquier otro recurso, habiendo precisado esta Corporación acerca de la naturaleza y efectos del ameritado plazo, lo siguiente: "No ofrece duda que cuando se trata de un término perentorio que la ley señala para el ejercicio de una facultad o derecho, como el indicado para formular el recurso de

revisión, vencido el plazo sin que el interesado interponga el mencionado recurso se produce, por ministerio de la ley, la caducidad del derecho a formularlo ..." (Casación Civil del 19 de noviembre de 1976, T. CLII, pág. 505), fenómeno jurídico este que despoja al particular del derecho a ejercer válidamente la acción en el caso concreto y que por consiguiente autoriza a las autoridades judiciales a rechazar de plano la impugnación, tal como lo dispone el inciso 4 del artículo 383 del Código de Procedimiento Civil.

2. Teniendo en cuenta los anteriores planteamientos y por lo que toca a la causal séptima de revisión "estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación", se tiene que tal como lo indica el inciso segundo del artículo 381 ibídem, el término para interponer el recurso es de 2 años que se comienzan a contar desde el día en que la parte perjudicada con la sentencia o su representante haya tenido conocimiento de ella, con un límite máximo de cinco años, haciéndose la categórica salvedad de las sentencias que deben ser inscritas en un registro público, pues en este evento el mismo inciso da a entender claramente que los anteriores términos comenzarán a correr a partir de la fecha del registro, lo que significa, en síntesis, que tratándose de sentencias que declaran pertenencias inmobiliarias, por ejemplo, y en tanto de suyo están sujetas a registro (art. 2°, Decreto 1250 de 1970), el término de caducidad para impugnarlas a través del recurso de revisión comienza a correr el día que dicha inscripción se efectúe, de tal suerte que verificado dicho registro, el tiempo útil para proponer en forma debida el recurso en cuestión se agota al cumplirse los dos años siguientes.

3. En el caso que ocupa la atención de la Corte, el examen de la demanda presentada y sus anexos aparece que el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Montería desató el primer grado de jurisdicción el 6 de agosto de 1986 mediante providencia consultada y confirmada por el Tribunal Superior correspondiente con la sentencia de fecha 4 de noviembre de 1988 que "quedó ejecutoriada el día 25 de noviembre de ese año y fue registrada en la Registraduría de Instrumentos Públicos del Circuito de Montería con fecha veintitrés (23) de febrero de 1989" (hecho 7 de la demanda), datos estos últimos que coinciden con el texto de la inscripción hecha en el folio de matrícula inmobiliaria número 140-0030348 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Montería que obra a folio 9 del cuaderno de la Corte y la demanda de revisión fue presentada ante esta Corporación el 10 de junio del presente año (fl. 15 vuelto del cdno. de la Corte), cuando habían transcurrido más de tres años desde que tuvo lugar ese registro en la oficina correspondiente, siguiéndose de aquí, entonces, que el término para interponer el recurso se había agotado con anterioridad al ejercicio del derecho de impugnación encontrándose éste extinguido por operancia de la caducidad prevista en el artículo 381 del Código de Procedimiento Civil.

Decisión

En mérito de lo expuesto y dándole cumplimiento al artículo 383, inciso 4, del Código de Procedimiento Civil, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil- Resuelve: Rechazar sin más trámite la demanda de revisión presentada por Isaías Ismael Ortega Pérez o Ismael Ortega Pérez, contra la sentencia de fecha 4 de

noviembre de 1988, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería en grado de consulta.

De los anexos hágase entrega al interesado sin necesidad de desglose.

Notifíquese.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

SENTENCIA NUMERO 224

SIMULACION

Todo negocio jurídico se estima verdadero y por eso mismo capaz de producir la plenitud de sus efectos, mientras no se demuestre de modo concluyente la ficción de la que fue producto. De ahí que quien aspire a restarle eficacia o a lograr que de él se predique una distinta de la que le corresponde, dada la apariencia externa que ofrece, argumentando en uno y otro caso que fueron fruto de la simulación, está obligado a demostrar el hecho anormal de la discordancia entre la voluntad interna y su declaración, de manera completa y segura, ya que de quedar alguna duda, debe estarse a la realidad de aquello que se hizo público.

CONFESION - Presunción / PRESUNCION - Confesión

Cuando no es espontánea, sino producto de declaración judicial, por falta de comparecencia del litigante a absolver, sin justo motivo, el interrogatorio formal cuya práctica se dispuso a instancia del adversario, tiene la significación procesal de una auténtica presunción legal, que a la luz del artículo 176 del C.P.C., impone sobre el no compareciente la obligación de rendir la prueba en contrario, a riesgo de que la presunción redunde en contra de aquél.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de Hecho y de Derecho / INDICIOS

Soberanía del fallador en la apreciación de la prueba. Cuando incurre el sentenciador en uno y otro yerro. Indicios: hipótesis en que los cargos contra esta prueba son conducentes y eficaces.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Referencia: Expediente número 3390

Magistrado Ponente: *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*

Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la demandada Isabella Delgado de Zapata contra la sentencia de fecha 23 de julio de 1990, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso ordinario de mayor cuantía que frente a la recurrente y Felipe Zapata Caicedo adelantó Isabel Hernández de Tochetto.

I. El litigio

1. Mediante demanda presentada el 17 de agosto de 1984 que por reparto le correspondió al Juzgado Veintisiete (27) Civil del Circuito de Bogotá, Isabel Hernández de Tochetto mayor de edad y actuando por intermedio de apoderado especialmente constituido para el efecto, entabló proceso ordinario contra Isabella Delgado de Zapata y Felipe Zapata Caicedo, también mayores y cónyuges entre sí, para que en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada se efectúen las siguientes declaraciones: Primero. Que el contrato de compraventa del inmueble ubicado en la carrera 6ª número 119-48/56 de Bogotá contenido en la escritura 792 del 5 de marzo de 1974 de la Notaría Décima de esta ciudad es absolutamente simulado y por lo tanto la supuesta vendedora Isabel Hernández de Tochetto nunca dejó ni ha dejado de ser dueña ni poseedora del inmueble en cuestión; en tal virtud se ordene la cancelación de dicha escritura y de su registro comunicándosele así al notario y al registrador respectivo, y en su lugar se declare que la demandante es la propietaria y poseedora del referido inmueble. Segundo. Se condene a la demandada y supuesta compradora Isabella Delgado de Zapata a otorgar a favor de la demandante, en el plazo que le fije la sentencia, escritura de devolución del inmueble en cuestión; y, se condene a los demandados Isabella Delgado de Zapata y Felipe Zapata a pagar solidaria o individualmente los perjuicios causados a la demandante.

Como peticiones subsidiarias para el caso de no acceder a las anteriores solicitó: Primero. Que por falta de causa se decrete la nulidad del contrato de compraventa referido, comunicando lo pertinente al Notario y Registrador respectivos, declarándose en consecuencia que la demandante es y ha sido dueña y poseedora del inmueble objeto de la venta desde que lo adquirió del señor Alfonso Carrillo por escritura 2042 del 9 de mayo de 1966 de la Notaría Quinta de esta ciudad; se ordenen las prestaciones mutuas a que hubiere lugar en virtud de la nulidad absoluta impetrada; y, se condene en perjuicios a los demandados. Segundo. Como segundas subsidiarias, para el caso de no prosperar alguna de las anteriores, solicitó que se declare que la compradora y demandada Isabella Delgado de Zapata incumplió el contrato de compraventa contenido en la citada escritura 792 del 5 de marzo de 1974 de la Notaría Décima de Bogotá, y en tal virtud: se declara resuelto y sin efecto dicho contrato, comunicando tal decisión al notario y registrador respectivos; se condene a la contratante incumplida a pagar a la actora todos los perjuicios tanto por daño emergente como por lucro cesante, morales y materiales, que le haya ocasionado con motivo de dicho incumplimiento; y, se ordenen las prestaciones mutuas a que hubiere lugar en virtud de la resolución del referido contrato. Finalmente, pidió que en caso de oposición se le imponga a los demandados la obligación de pagar costas y perjuicios.

Para apoyar las anteriores pretensiones, la actora sostuvo lo siguiente: a) Isabel Hernández de Tochetto adquirió el 9 de mayo de 1966, por escritura pública número 2042 de la Notaría Quinta de esta ciudad, el inmueble ubicado en Usaquén distinguido en la nomenclatura urbana de Bogotá con el número 119-48/56 de la carrera 6ª y desde entonces ha tenido la posesión del mismo, usufructuando a su entera voluntad sin reconocer dominio, posesión o tenencia por parte de otra persona; b) A comienzos de 1974 la demandante se vio enfrentada a una difícil situación económica y con el fin de proteger su escaso patrimonio de eventuales acciones de acreedores, aconsejada por el abogado Felipe Zapata hizo la escritura de confianza número 792 del 5 de marzo de 1974 de la Notaría Décima de Bogotá, diciendo transferir el referido inmueble a su sobrina Isabella Delgado de Zapata, persona de su confianza y esposa del citado abogado, ello para que, una vez resueltos los eventuales problemas económicos de la actora, procediera a otorgarle escritura pública devolviéndole lo que había recibido en 1974, pacto que, no obstante haberse dado la condición estipulada y mediar requerimiento de la demandante, la señora Delgado de Zapata no ha cumplido, entre otras cosas, porque su esposo Felipe Zapata lo ha impedido; c) El precio de la transacción que se impugna fue $125.000, muy por debajo del valor real del inmueble, suma de la que, según la escritura 792 del 5 de marzo de 1974 de la Notaría Décima de Bogotá, la vendedora había recibido $50.000 y los $75.000 restantes debía pagarlos la compradora en contados de $25.000 los días 30 de abril, 28 de junio y 29 de agosto de 1974, instalamentos que, como los que declaró recibidos la actora, nunca fueron entregados por la demandada, incumplimiento que da derecho a la vendedora a ejercer la acción de resolución del contrato.

2. A la demanda dieron respuesta los demandados para oponerse a las pretensiones en ella contenidas; además, sostuvieron que la venta no fue de confianza o simulada y por tanto la actora no es poseedora sino tenedora del inmueble. En particular, Felipe Zapata invocó como defensa la falta de legitimación en la causa, toda vez que no fue parte en el contrato de venta que ha motivado la contenciosa.

Así mismo, la demandada Isabella Delgado de Zapata formuló demanda de reconvención donde pidió se declare que canceló a la demandante inicial y contrademandada Isabel Hernández de Tochetto el saldo del precio de compraventa del inmueble referido en el libelo incoactivo, y que, en consecuencia, ha quedado extinguida la condición resolutoria existente en la escritura 792 del 5 de marzo de 1974 de la Notaría Décima de Bogotá en razón a la forma de pago; por lo anterior, solicitó comunicar al Notario para que efectúe la anotación correspondiente y expida el certificado para el Registrador, disponiéndose de igual manera que la contrademandada debe pagar las costas del proceso y los perjuicios ocasionados.

Para sustentar las anteriores peticiones, la contrademandante sostuvo que para cumplir con la obligación de cancelar el precio del inmueble adquirido y previa autorización de la vendedora, pagó por cuenta de esta última y con imputación al saldo del precio de venta de la casa, varias obligaciones que aquélla había contraído con Jorge E. Ramírez, prestamista profesional, por lo cual recogió tres cheques por valores de $2 500, $38.800 y $40.000 que en favor de éste había girado la demandante inicial Isabel Hernández de Tochetto. Con dicho pago operó entonces el fenómeno jurídico de la compensación, extinguiéndose en consecuencia las dos obligaciones hasta concurrencia del monto de la menor, es decir $75.000 saldo del precio de compra de la casa.

Replicó en oportunidad a la demanda de mutua petición la reconvenida, oponiéndose a las pretensiones en ella deducidas, aduciendo en síntesis que los cheques referidos fueron creados con anterioridad al contrato impugnado.

3. Planteada la cuestión litigiosa en los extremos que se dejan reseñados y practicadas pruebas solicitadas por ambas partes, la primera instancia culminó con sentencia del 4 de abril de 1988 donde el juzgado de conocimiento, después de declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa respecto del demandado Felipe Zapata, a quien, en consecuencia, absolvió de los cargos formulados en la demanda, niega las súplicas contenidas en la demanda y absuelve también a Isabella Delgado de Zapata; de otro lado, declaró que esta última canceló a Isabel Hernández de Tochetto el saldo del precio de la compraventa del inmueble ubicado en la carrera 6ª número 119-56 de Bogotá y, por consiguiente, tuvo por extinguida la condición resolutoria existente, relacionada con el mencionado contrato de compraventa. Finalmente, condenó a la actora inicial a pagar las costas del proceso.

Inconforme la demandante interpuso recurso de apelación habiendo terminado la segunda instancia con el pronunciamiento de fecha 23 de julio de 1990, en el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revocó la sentencia materia de impugnación y en su lugar declaró que el contrato de compraventa contenido en la escritura 792 del 5 de marzo de 1974 corrida en la Notaría Décima del Círculo de Bogotá y concertado entre Isabel Hernández de Tochetto, como vendedora, e Isabella Delgado de Zapata como compradora, es absolutamente simulado, luego no implicó transferencia alguna de dominio en razón a que en la primera no existió intención ni propósito de vender y en la segunda tampoco existió intención ni propósito de comprar; en consecuencia, declaró que Isabel Hernández de Tochetto nunca ha dejado de ser dueña, poseedora y tenedora del inmueble materia del contrato absolutamente simulado; ordenó la cancelación de la escritura y la respectiva inscripción; negó la condena al pago de perjuicios; absolvió al demandado Felipe Zapata de los cargos que le fueron formulados por carecer de legitimación frente a las súplicas de la pretensión simulatoria; desestimó las peticiones de la demanda de reconvención; y, en fin, condenó a la demandada Isabella Delgado de Zapata a pagar las costas de ambas instancias, y a la demandante a pagar en favor del demandado Felipe Zapata las costas de la primera instancia por su vinculación equivocada al proceso.

II. Los fundamentos del fallo del Tribunal

1. Luego de hacer un breve recuento de la actuación procesal que lo lleva a concluir que no existe causal de nulidad que pueda invalidarla y que se encuentran satisfechos los presupuestos procesales, comienza el *ad quem* por el examen de la naturaleza de la pretensión principal incoada, pretensión que como arriba se dejó dicho, se propone obtener la declaratoria de simulación absoluta del contrato de compraventa cuyas cláusulas se hicieron constar en la escritura pública 792 corrida el cinco (5) de marzo de 1974 en la Notaría 10 del Círculo de Bogotá, advirtiendo de entrada el sentenciador que por tratarse de una "acción personal", "... la demanda debe dirigirse contra las personas que en su celebración -la del mencionado contrato de venta, se entiende- intervinieron, toda vez que con ella se busca descubrir el verdadero pacto, el oculto, dándole la prevalencia que le corresponda sobre el fingido ...", apreciación ésta con

apoyo en la cual concluye que ciertamente el demandado Felipe Zapata Caicedo, por no haber sido parte en el negocio jurídico en cuestión, no debió ser vinculado al proceso y por ello su defensa en ese sentido prospera, "... lo que no impide desatar el litigio en el fondo por cuanto frente al otro extremo demandado sí existe legitimación en la causa, dado que es la persona que debe responder por el derecho reclamado...".

2 Y sobre esta base, después de hacer una esquemática referencia a la evolución de la doctrina nacional en relación con el tema de la simulación en los contratos y su prueba, destaca el Tribunal que los elementos estructurales de la acción que lleva ese mismo nombre son tres, a saber: a) Existencia del contrato simulado; b) Derecho en el actor para promover la acción, y c) Prueba de la simulación del acto cuya declaración de ineficacia se demanda, declarando a continuación que, en el caso presente, la concurrencia de los dos primeros ninguna dificultad ofrece, centrando en consecuencia su atención sobre el tercero, pues preciso es, de acuerdo con la evidencia disponible en el expediente, establecer si quedó probado o no que bajo la falsa apariencia que muestra la escritura 792, se oculta en verdad una realidad jurídica distinta que obliga a la demandada a efectuar en favor de la demandante las restituciones reclamadas en la demanda.

Puestas en tal estado las cosas, prosigue la corporación con el análisis razonado de todos los medios y argumentos demostrativos que a su juicio tienen relevancia en orden a esclarecer aquel interrogante, concluyendo en contra del parecer del juzgador de primer grado, que el concierto simulatorio quedó acreditado por fuerza de dos consideraciones básicas que en últimas constituyen el soporte medular del fallo ahora impugnado en casación en apretada síntesis esas consideraciones son las siguientes: A) En primer lugar, los hechos aducidos en la demanda para justificar las pretensiones deducidas en ella como principales, en particular que el pacto expresado en la escritura pública 792 es una venta de confianza donde no hubo intención alguna entre las partes ni de comprar ni de vender, deben presumirse ciertos por mandato legal, ello porque la demandada Isabella Delgado de Zapata incurrió en confesión ficta al no concurrir a absolver el interrogatorio de parte para el cual fue citada en debida forma durante el curso de la primera instancia (fl. 63 del cdno. 2), siendo de advertir que esa presunción no se demerita por la circunstancia de que la misma demandada, por iniciativa oficiosa del *a quo*, haya rendido declaración posterior "... pues en tal evento -sostiene el Tribunal aludiendo a la situación prevista en el artículo 210 del Código de Procedimiento Civil- el camino a seguir es el indicado en el artículo 201 ibídem, esto es desvirtuar los hechos favorecidos (sic) por la presunción de ser ciertos mediante prueba libre en contrario, en resumen, infirmar dicha confesión..."; y B) La presunción aludida "... que por sí sola conduce a la prosperidad de las pretensiones atinentes a la simulación...", lejos de quedar desvirtuada y por ende infirmada también la confesión, vino a ser corroborada por un conjunto de indicios graves, concurrentes o convergentes que llevan a igual resultado probatorio, indicios representados por el parentesco cercano entre vendedora y compradora, el afecto entre ambas existente cuando se celebró el contrato, el precio de venta exiguo y con pago diferido, la avanzada edad de la demandante, la retención por ésta del inmueble que dijo enajenarle a su sobrina y la conducta procesal adoptada por esta última puesto que según se dejó reseñado, su comportamiento llegó hasta el extremo de obligar a "tenerla por confesa en los términos de los que da cuenta el auto de fecha diez (10) de abril de 1986".

3. En un último capítulo se ocupa la sentencia de la demanda de reconvención, señalando que para desestimarla son suficientes los mismos motivos que llevan a acoger la acción de simulación entablada por la demandante, ello por cuanto "... el aniquilamiento del acto jurídico..." impide que se le pueda tener por cumplido en orden a hacer los pronunciamientos que reclama por escrito de mutua petición. Pero no obstante ello y para abundar en argumentos, expresa el Tribunal que tampoco "... el tan pregonado pago del saldo del precio de la aparente compraventa se acreditó..." pues varias circunstancias así lo ponen de presente. En efecto, en el proceso no quedó demostrada la "plena autorización que, se dijo le otorgó la vendedora a la compradora para cancelar por su cuenta y con imputación al precio de venta, los tres cheques que obran a folios 33 a 35 del cuaderno 1 del informativo; estos títulos fueron creados mucho antes de la celebración del contrato y para ese momento, esa decir para el 5 de marzo de 1974, "... ya había operado la caducidad de los derechos en ellos incorporados..."; sumando los importes de los aludidos cheques, el resultado no coincide con el saldo del precio pendiente de pago que apenas era de $75.000; la constancia visible a folio 96 del cuaderno 2, presentada por los demandados con el fin de acreditar el pago al acreedor José Ezequiel Ramírez, carece de todo valor pues su autenticidad no se estableció en la forma exigida por el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil; y por último, el testimonio de Francisco Borja Sáenz ninguna credibilidad ofrece, circunstancias todas éstas con fundamento en las cuales la Sala sentenciadora remata diciendo que "... ni por asomo..." quedaron establecidos los supuestos del pago por compensación alegado por la contra-demandante.

III. La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Dentro del ámbito de la causal primera y por la vía directa, un solo cargo formula la recurrente contra la sentencia impugnada por ser violatoria del artículo 1766 del Código Civil en tanto este precepto resultó indebidamente aplicado como resultado de errores de hecho manifiestos y trascendentes en la apreciación de la prueba, errores que al decir del casacionista condujeron al juzgador a "... establecer la existencia de simulación en el contrato de compraventa contenido en la escritura 792 de 5 de marzo de 1974 de la Notaría 10 de Bogotá ..." y que se concretan "... en no haber apreciado la prueba documental que obra a folios 36 a 42 y 43 a 55 del cuaderno 1, demostrativa de actos de señorío por parte de la compradora demandada; no haber apreciado la prueba documental obrante a los folios 97 a 106 del cuaderno 2, demostrativa de la conducta de no propietaria asumida por la vendedora demandante a partir de la fecha de la enajenación; no haber apreciado la escritura pública 792 de marzo 5 de 1974 en cuanto a la estipulación de la cláusula cuarta (...); no haber apreciado la falta de contraescritura entre las partes, indicio grave de la seriedad del negocio; no haber apreciado la declaración de parte rendida por los demandados Isabella Delgado y Felipe Zapata (fls. 198 a 111 y 207 a 210 del cdno. 2) junto con los documentos aportados por éste en sustento de sus afirmaciones, en cuanto dan fe de la causa real de la venta impugnada; haber apreciado erróneamente la prueba documental que obra a los folios 33 a 35 del cuaderno 1 unida a la declaración de parte de la demandante (fls. 13 a 14 del cdno. 2), relacionados con el pago del precio pactado en la compraventa, haber apreciado erróneamente en su conjunto como indicios de simulación (...) sin relacionarlos con las demás pruebas allegadas al proceso, y reconociéndoles una eficacia probatoria a todas

demás pruebas allegadas al proceso, y reconociéndoles una eficacia probatoria a todas luces equivocada, la existencia de *causa simulandi*, el parentesco, el afecto, el precio bajo, la retención de posesión, la edad de la vendedora y la conducta procesal de la demandada: haber apreciado erróneamente la declaración de parte de los demandados Isabella Delgado de Zapata y Felipe Zapata en cuanto a la causa o motivo de la simulación; haber apreciado erróneamente la declaración de la demandada Isabella Delgado de Zapata, unida a la falta de apreciación de la demanda (lit. 2 de las pruebas documentales) y de la constancia que obra al folio 22 del cuaderno 2 en cuanto a la declaración de confesa bajo la modalidad de confesión ficta (fls. 207 a 210 del cdno. 2 y 2 a 15 del cdno. 1); haber apreciado erróneamente la inspección judicial recogida en el acta obrante a folios 66 a 67 del cuaderno 2, en cuanto a la prueba de la posesión del bien en cabeza de la vendedora; y haber apreciado erróneamente los testimonios rendidos por Hernando Ruiz, Nina de Torres, Elsa Neuman de Escobar, Jorge Gaitán y Campo Elías Torres (...) en cuanto los tuvo en cuenta como prueba de la *causa simulandi*, no obstante haberles restado, el propio Tribunal, cualquier poder de convicción...".

Y en aras de identificar esos desaciertos desde el punto de vista de su consistencia misma, siguiendo de cerca la línea argumental empleada por el fallador de instancia en la sentencia sostiene la censura que tales yerros son de dos categorías, la primera referida en particular a la presunción legal derivada de la confesión ficta que se le atribuyó a la recurrente en su condición de demandada, mientras que la segunda concierne a las inferencias indiciarias efectuadas para sustentar con mayor firmeza las conclusiones probatorias resultantes de aquella presunción, aspectos ambos desarrollados a espacio en la demanda de casación y acerca de cuyo contenido esencial bien cabe la siguiente síntesis:

a) Por ausencia de los presupuestos legales para que se produzca y por cuanto así y todos ellos concurrieran, obraba además en los autos la prueba suficiente para tenerla por desvirtuada, sin incurrir en yerro fáctico ostensible no le era dado al juzgador servirse en este caso de la presunción consagrada por el artículo 210 del Código de Procedimiento Civil pues hacerlo equivale, según se recalca con ahínco por el censor, a ignorar varios elementos objetivos que el proceso refleja al poner de manifiesto que por iniciativa oficiosa del juzgado de primera instancia la demandada efectivamente absolvió un interrogatorio al que fue sometida con intervención de la parte contraria; que antes de producirse la situación de no comparencia observada por el Tribunal, la misma demandada atendió una citación que se le hizo con el fin de responder al interrogatorio solicitado por la actora; y por último, que en la demanda se pidió traer a los autos copia de un primer interrogatorio que anticipadamente y a instancia de Isabel Hernández de Tochetto, absolvió Isabella Delgado de Zapata ante el Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá. Y al desacierto del Tribunal sube de punto al considerar probada la simulación de la venta cuestionada por la vía de la presunción de verdad de los hechos alegados en la demanda, toda vez que el supuesto simulacro quedó descartado del todo por obrar en el proceso evidencia inequívoca que, atinente de modo primordial al hecho de haberse pagado el precio estipulado y a la realización de actos objetivos de dominio y posesión por parte de la compradora demandada, constituye indicio grave y por ende no descartable arbitrariamente, de la seriedad del negocio jurídico celebrado;

b) De otro lado y si se quiere como natural consecuencia de cuanto acaba de expresarse, afirma la censura que el Tribunal también cayó en error de hecho notorio y trascendente "... al no ver la prueba de hechos y actos demostrativos (...) de la seriedad de la compraventa atacada, y encontró probados, en cambio, hechos indicadores de simulación no acreditados dentro del proceso...", tesis esta que se desarrolla a su vez sobre las bases que a continuación se indican: (i) No obstante hallarse demostrado a plenitud en el expediente y por distintos medios que la impugnación individualiza, el *ad quem* no vio que la demandada, dado su carácter de compradora en el contrato de cuyos términos da razón la escritura pública 792, pagó el precio en su totalidad, circunstancias que por sí solas confirman la realidad de la compraventa en ese título instrumentada y muestra el error denunciado en que incurrió la sentencia "... al declarar la simulación con base en indicios que, así fueran ciertos (...) no pueden desvirtuar la presunción de seriedad del negocio jurídico, confirmada por la ejecución contundente de sus obligaciones esenciales". (ii) Así mismo, y prefiriendo por ello abundante prueba de linaje documental que la demanda de casación puntualiza, el Tribunal tampoco vio en la demandada a la verdadera propietaria y poseedora del inmueble que adquirió de su tía, omisión de significativa relevancia pues, como manifestación del dominio efectivo sobre una cosa, "... nada es más evidente (...) que la asunción de manera directa e inmediata de las cargas patrimoniales nacidas para ella como consecuencia del negocio jurídico celebrado, concretadas en la declaración y pago de los impuestos y contribuciones, vinculados al inmueble...", mas todavía cuando esa conducta -señala el casacionista- "... coincide como en este caso ocurre con la asumida por la vendedora demandante quien, curiosamente, venía declarando hasta 1973 el inmueble como suyo para efectos de la liquidación del impuesto de patrimonio, lo que dejó de hacer, a raíz de la venta, a partir de 1974 ...". (iii) No advirtió el Tribunal y por este aspecto incurrió igualmente en yerro de hecho ostensible, la ausencia de contradeclaración que entre las partes diera cuenta tanto del pacto simulador como de sus alcances, ausencia que al tenor del artículo 232 del Código de Procedimiento Civil es indicio grave de la seriedad del contrato. (iv) Y para rematar, las apreciaciones esenciales que efectuó el sentenciador de órden a inferir el carácter fingido de la venta tantas veces mencionada, son apenas simples conjeturas que la evidencia obrante en el plenario contradice, circunstancia agravante y definitiva en el contexto de los desaciertos reseñados pues, en últimas, acabaron teniéndose por indicios de la simulación alegada, "... hechos que no estaban probados (causa de la simulación) o de los cuales existía prueba categórica en contrario (posesión del inmueble), indicios sin los cuales, por lo demás, la calificación de pluralidad, gravedad, concordancia y convergencia (...) queda también seriamente erosionada...".

Se considera

1. En materia de simulación y en cuanto concierne al correcto tratamiento que en los estados judiciales el fenómeno ha de recibir, ciertamente es principio esencial y por lo tanto imposible de ignorar sin incurrir en imperdonable ligereza, el de que todo negocio jurídico se estima verdadero y por eso mismo capaz de producir la plenitud de sus efectos, mientras no se demuestre de modo concluyente la ficción de la que fue producto, lo que en otras palabras quiere decir que a tales actos los acompaña por norma una especie de presunción de veracidad, seriedad o legitimidad llamada a

permanecer incólume siempre que no se produzca prueba positiva en contrario con virtualidad suficiente que justifique hacerla de lado. De suerte que quien aspire a restarle eficacia a uno de los referidos negocios o a lograr que de ellos se predique una distinta de la que les corresponde dada la apariencia externa que ofrecen, argumentando en uno u otro caso que fueron fruto de la simulación, está obligado a demostrar el hecho anormal de la discordancia entre la voluntad interna y su declaración, y desde luego a hacerlo de manera completa y segura, puesto que de quedar alguna duda habrá de estarse mejor a la realidad de aquello que se hizo público, criterio que es usual expresar con el conocido adagio latino: in dubio benigna interpretatio adhibenda est, ut magis negotium valet quam pereat.

Punto de partida firme para la decisión de controversias del tipo de la que hoy ocupa la atención de la Corte es entonces, en guarda de la seguridad en las transacciones y de la buena fe que debe presidirse en su discurrir, el que la carga de la prueba de la simulación siempre le corresponde a quien la alega, ello bajo el entendido que el objeto de esa prueba no es otro que el de poner al descubierto la farsa urdida, vale decir el concierto simulatorio en el cual el propio contratante que acciona -o en su caso que excepciona- tomó parte y que más tarde el cómplice niega, discute o en general se resiste a admitir, concepto que por cierto es consonante en un todo con el significado que tiene la acción declarativa de simulación absoluta en los negocios jurídicos pues bien sabido es, y para recordarlo valga reiterar autorizadas enseñanzas de jurisprudencia, que el fenómeno simulatorio asume esa modalidad "... siempre que las partes, a tiempo que logran el propósito fundamental buscado por ellas de crear frente a terceros la apariencia de cierto acto jurídico y de los efectos propios del mismo, obran bajo el recíproco entendimiento que no quieren el acto que aparecen celebrando, ni desde luego sus efectos, dándolo por inexistente. Mas como de todas maneras los presuntos contratantes han creado una apariencia llamada transitoria y exteriormente a prevalecer sobre la verdad íntima, por fuerza de esa sola circunstancia, aun sin necesidad de estipulación expresa al respecto, quedan obligados entre sí a llevar a cabo el acto o los actos necesarios para borrar esa falsa apariencia, y por ende a colocar las cosas en el estado en que se encontraban al momento de fingir la negociación ..." (G.J. T. CXXX, pág. 142); surge así, entre quienes se sirven de este instrumento para engañar a terceros, un vínculo de naturaleza restitutoria que en términos de Derecho y contra lo que a primera vista pudiera pensarse, tiene su propia entidad y a cuyo reconocimiento jurisdiccional es preciso orientar tanto la acción deducida como la prueba destinada a sustentarla, vínculo que de acuerdo con las explicaciones precedentes, presupone la declaración de que entre las partes no se celebró en realidad el negocio ostensible y que en el fondo no hay otra relación entre ellos, como agentes simuladores, que aquella que los obliga a poner las cosas en su punto, eliminando con sentido obvio de retroactividad todos los obstáculos que el artificio pueda representar para el ejercicio de atribuciones, facultades o derechos de cuya titularidad efectiva esos agentes nunca quisieron desprenderse.

2. Y pasando ahora al estudio de la especie *sub lite*, en primer lugar es de observarse, coincidiendo en el punto con el criterio sobre el particular expuesto en la sentencia impugnada, que la carga probatoria tantas veces aludida en el párrafo que antecede, o sea la de acreditar que por virtud de un acuerdo consensual ajustado entre

la demandante y la demandada la escritura pública 792 que ambas otorgaron fue apenas un instrumento creado para engañar públicamente a terceros en relación con la existencia de la venta de la que allí se da cuenta, en principio quedó satisfecha, conclusión ésta de suyo inevitable ante la confesión ficta o presunta que, al tenor del artículo 210 del Código de Procedimiento Civil, le es atribuible a la demandada según las constancias procesales que obran a folios 54, 55 y 63 del cuaderno 2 del informativo.

En efecto, cuando la confesión no es espontánea sino que el juzgador, en acatamiento del precepto recién citado, la declara ocurrida respecto del litigante que no obstante haber sido citado en debida forma, deja de comparecer sin justo motivo a absolver el interrogatorio formal cuya práctica se dispuso a instancia del adversario, esa confesión tiene la significación procesal de una auténtica presunción de las que en lenguaje técnico se denominan "legales" o juris tantum, *lo que a la luz del artículo 176 del Código de Procedimiento Civil equivale a decir que invierte el peso de la prueba, haciendo recaer sobre el no compareciente la obligación de rendir la prueba contraria pues de no hacerlo, las secuelas de la presunción comentada, que es presunción acabada y en buena medida definitiva respecto de la verdad de los hechos confesables afirmados por quien pidió interrogar -bien en el cuestionario escrito, si lo hubo, o bien en el escrito rector correspondiente (demanda o contestación)-, naturalmente redundarán en contra de aquél.* Y es precisamente este mecanismo el que en caso presente, frente al hecho no discutido de la falta de comparecencia de la demandada Isabella Delgado de Zapata a la audiencia que se celebró el día seis (6) de marzo de 1986 en orden a evacuar el interrogatorio de parte decretado por el juzgado de primer grado mediante proveído de febrero cuatro (4) de ese mismo año, el que conduce a fijar como base segura de análisis que, en beneficio de la posición sostenida en el proceso por la parte actora y si se quiere a manera de sanción para la conducta renuente aludida, el postulado de la conservación de los negocios jurídicos al cual se hizo referencia líneas atrás, no podía jugar en la decisión del litigio aquí planteado el papel que por lo común le es propio, toda vez que en mérito de la presunción de verdad así configurada respecto de los hechos invocados en la demanda, la necesidad práctica de la prueba con virtualidad infirmatoria suficiente recae sobre la parte demandada ya que en semejantes circunstancias y para evitar ser derrotada en la litis, de su exclusivo interés es que aparezca en los autos evidencia clara y completa de que el contrato de compraventa impugnado es real y sincero, tal y como se muestra en el título por ella exhibido, vale decir en la escritura pública 792 corrida el cinco (5) de marzo de 1974 en la Notaría 10 de esta ciudad, cometido aquél para cuyo logro ninguna fuerza cabe asignarle al dicho de la misma parte demandada al absolver un interrogatorio para el que con posterioridad fue citada también en el curso de la primera instancia (fls. 207 a 209 vuelto del cdno. 2), ello debido a poderosas razones de crítica probatoria puntualizadas de vieja data por la Corte en la siguiente doctrina que aun cuando forjada con valimiento en el antiguo Código Judicial, concretamente en sus artículos 606 y 618, conserva sin duda alguna la plenitud de su vigencia: "... *Si una persona citada a absolver personalmente unas posiciones, deja de comparecer, dando así lugar a la declaración consecuencial, la que implica la presunción establecida en el artículo 618 del C.J. -hoy artículo 210, inciso 2, del Código de Procedimiento Civil- de ser ciertos los hechos afirmados y admisibles, nada importa que después comparezca a absolver otras posiciones que más tarde se pidan y entonces conteste sobre los mismos hechos y lo haga negativamente, porque esto no puede*

entenderse como una infirmación de esa presunción legal, puesto que es simplemente su declaración en su propio favor encaminada a destruir lo que legalmente está creando ya en su contra, y el artículo 606 del Código Judicial -hoy 201 en concordancia con el 176, ambos del Código de Procedimiento Civil- exige prueba que desvirtúe la confesión presunta..." (G.J. T. LXVII, pág. 434).

En síntesis, invocando argumentos extraídos del propio comportamiento observado durante el transcurso del proceso e inclusive antes de éste iniciarse, no puede purgarse de la *ficta confessio* el litigante por ella afectado, pues de poder hacerlo, con suma facilidad quedaría sin trascendencia alguna la consecuencia sancionatoria inherente y que consiste, no sobra repetirlo, en invertir el peso de la prueba, luego en este primer aspecto a la censura no le asistió razón en tanto no hay base para admitir que el fallo recurrido, al apoyarse en el artículo 210 del Código de Procedimiento Civil, haya incurrido en desacierto por no haber visto que la demandada Isabella Delgado de Zapata absolvió un interrogatorio por iniciativa oficiosa del juez del conocimiento o que con anterioridad había sido llamada a absolver otros dos, uno anticipado ante el Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá y otro que, decretado dentro de este proceso, no se llevó a cabo en la fecha señalada.

3. Pues bien, entendidas así las cosas y bajo la perspectiva trazada en los párrafos precedentes, no es por los indicios de simulación -corroborantes de suyo de la presunción legal que obliga a tener por comprobado el artificio salvo prueba en contrario que la destruya- por los que haya de indagarse en orden a verificar si al apreciarlos el sentenciador de instancia cayó o no en contraevidencia, sino por aquellos otros que al casacionista con propiedad llama "contraindicios", indicadores por lo tanto de la realidad y seriedad del contrato de compraventa celebrado, habida consideración que si en efecto existen y su envergadura es tal, sin dejar otra alternativa posible e infirmando de paso la presunción prementada, imponen conclusiones no conciliables con las deducidas por el Tribunal acerca del tema en cuestión, el yerro fáctico censurable en casación en verdad se configura y habrá lugar entonces a quebrar la providencia que, supuesto semejante desacierto, infringe indirectamente; pues acaba aplicándolos de modo indebido, como consecuencia de un error de hecho evidente acaecido en el campo de la prueba, los preceptos de carácter sustancial que en el derecho privado nacional reconocen y gobiernan el fenómeno de la simulación en los negocios jurídicos, en particular los artículos 1766 del Código Civil y 267 del Código de Procedimiento Civil.

Y lo cierto es que después de examinar con atención el expediente, la conclusión que brota es que de allí no se desprenden sino simples probabilidades que no cuentan con la suficiente vehemencia para descalificar el criterio interpretativo de los hechos adoptado por el juzgador, mostrando que es absurdo puesto que con toda certeza repugna a evidencia clara y manifiesta que arrojan los autos, de suerte que frente a esta situación forzoso es recordar, evocando conocidas enseñanzas de doctrina jurisprudencial, que "... los poderes discrecionales del sentenciador dentro del ámbito de las probanzas no encuentran límite de casación, si no es en los supuestos generales de error de derecho o manifiesto de hecho. Bien porque el Tribunal desconociera la índole del medio según la organización legal de las pruebas, o porque, sin rozar esa materia, no atinara a ver lo que objetivamente y sin esfuerzo no escapa a la percepción del buen sentido. En lo demás, cualquier ensayo crítico de las probanzas, diferente en sus

conclusiones de las que penetraron en la conciencia del juzgador para formar su convicción, como cosa de natural recibo en la instancia no alcanza sin embargo, a integrar censura valedera en el recurso extraordinario..." (G.J. Ts. CII, pág. 75, y CXXXIX, pág. 130 entre otras).

Dicho en otros términos y eso es algo que a nadie con ánimo desprevenido podría escapársele luego de analizar el plenario, en él obran argumentos de prueba que cual acontece con varios de los señalados en la demanda de casación, inherentes unos a la conducta de las dos contratantes con posterioridad al otorgamiento de la escritura de venta y referidos los otros a antecedentes que ilustran sobre la causa que el acto de enajenación así instrumentado pudo tener, en su conjunto debilitan los indicios que encontró el Tribunal para apuntalar aún más su decisión, pero en realidad de eso no pasan y por consiguiente lejos están de justificar con la contundencia indispensable que aquellas inferencias efectuadas en la sentencia para abundar en mayoría de razones, pugnan con la manifiesta evidencia de los hechos en otra forma demostrados plenamente en el proceso; se configura, pues, un estado de cosas en extremo dudoso para cuyo tratamiento en sede de casación vienen a la medida las siguientes directrices conceptuales: "... *El juez es soberano en el justiprecio de la fuerza de convicción que corresponde a los indicios porque la ley ha dejado a su juicio calificar sus caracteres de gravedad y precisión según las relaciones y conexiones entre los hechos que los constituyen y los que se trata de averiguar. A la inferencia lógica deducida judicialmente de un hecho, al cálculo de probabilidad fundado en él, no se puede oponer, en ataque de pruebas, otra inferencia distinta, otra interpretación del hecho. Los cargos contra la prueba indiciaria son conducentes y eficaces -en tesis general, se agrega- si se enderezan contra la existencia misma del hecho en que se genera el indicio, o su descalificación, por ejemplo por falta de conexión lógica con el hecho que se quiere demostrar. Por lo demás, ya quedó dicho que es estéril el esfuerzo destinado a combatir esa prueba que apenas se usó por el Tribunal para reforzar otras de mayor firmeza...*" *(G.J., num. 1943, pág. 461).*

Se rechaza pues el cargo único formulado.

DECISIÓN

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de fecha veintitrés (23) de julio de 1990, proferida en el proceso de la referencia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Las costas en casación son de cargo de la parte recurrente. Tásense en su oportunidad.

Cópiese, notifíquese y en su momento devuélvase la actuación al Tribunal de origen.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 228

COSA JUZGADA / EXCEPCION - Cosa Juzgada / NULIDAD PROCESAL - Cosa Juzgada / CASACION - Cosa Juzgada / COSA JUZGADA - Penal

Finalidad. Puede proponerse como excepción tanto previa como de mérito, y aún reconocerse de oficio, o como causal de nulidad, cuando el juez revive un proceso legalmente concluido. La posibilidad de recurrir a uno u otro de tales medios, no queda al arbitrio de las partes, ya que para elegir una u otra alternativa, debe tenerse en cuenta si la cosa juzgada, se forma en un proceso distinto del que está en curso o en el mismo. En el primer caso, y en el que se faculta a quienes han sido partes en el proceso anterior para proponer la excepción de cosa juzgada, el desconocimiento de la institución referida, implica violación de la norma de derecho sustancial que la consagra (art. 332 C.P.C.) denunciable en casación, al tenor del numeral 1 del artículo 368 ibídem. Respecto de la segunda situación, la violación de la cosa juzgada formada en el mismo proceso en que se alega no implica quebranto de norma de derecho sustancial alguna, sino desacato del juez a una norma regulativa u ordenativa de su actividad (art. 140 num. 3 ib.) denunciable al tenor del numeral 5 del artículo 368 *ejusdem*. El reconocimiento de la cosa juzgada penal sobre lo civil, cuando sea del caso, no está sujeta a la concurrencia de las denominadas identidades procesales.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.*

Santafé de Bogotá, veinticuatro (24) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 20 de noviembre de 1989, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso ordinario que Jorge Alberto Monsalve Mazo y Mery Monsalve de Monzalve promovieron contra la sociedad Enchapes y Mármoles H.M. Ltda., Antero Higuita Hernández y Gildardo Monsalve Mazo.

I. Antecedentes

1. La demanda con que se abrió paso el proceso en cuestión, contiene la petición de que "por haber mediado fuerza o violencia en la expresión del consentimiento", se declare la nulidad de los actos contenidos en las escrituras públicas números 5078 y 5091 de la notaría doce de Medellín, corridos, en su orden, el 11 y 15 de octubre de 1985, disponiéndose por consiguiente que las cosas se restituyan al mismo estado en que se encontraban antes de tales actos, con petición expresa para que se condene a los demandados Higuita y Monsalve a pagar solidariamente a Jorge Monsalve "el valor de las utilidades dejadas de percibir por éste como socio de 'Enchapes y Mármoles H.M. Ltda.', desde la fecha de escritura de cesión declarada nula, hasta que se restituyan a éste sus cuotas o partes de interés social", así como el pago de perjuicios causados a los demandantes.

2. El substrato fáctico de lo así demandado, bien puede recapitularse en los siguientes términos:

a) Por escritura pública 1087 de 16 de junio de 1980, de la Notaría Décima de Medellín, se constituyó la sociedad Enchapes y Mármoles H.M. Ltda., siendo sus socios fundadores Antero Higuita Hernández y Jorge y Gildardo Monsalve Mazo, cada uno con un aporte de $1.500.000, representados en 1.500 cuotas de $1.000.00 cada una;

b) Confabulados contra el demandante, los otros socios urdieron el sistema para sacarlo de la sociedad, en orden a lo cual lo citaron a una reunión sorpresiva efectuada el 7 de octubre de 1985, a las 7 y 30 de la mañana, a la que él acudió presuroso y "aún bajo los efectos del alcohol ingerido la noche anterior y en la madrugada de ese mismo día". Una vez allí, reunión a la que además "acudieron" Rodolfo Bohórquez Lotero (abogado de la sociedad) y Francisco Velásquez (contador de la misma), Diego Castrillón Macías y Joaquín Emilio Restrepo Arboleda (agentes del Departamento de Seguridad y Control del municipio de Bello, quienes en forma ostensible portaban armas de dotación oficial) y María Eugenia Callejas y Jorge Zapata (empleados de la misma empresa), el citado abogado sindicó al demandante de "haber cometido innumerables delitos de abuso de confianza y falsedad en documentos en contra de la Empresa, que ascendían a la suma de... ($1.500.000.00) M.L., delitos que estaban en capacidad de demostrar y que denunciarían ante las autoridades para la correspondiente investigación y condigna sanción de 10 o 12 años de cárcel si, en el acto, el señor Jorge Monsalve no traspasaba sus bienes a título de indemnización, a favor de la empresa y sus consorcios";

c) "Aún bajo los efectos del licor, bajo los efectos de una investigación penal, con la natural pérdida de su libertad personal y de contera, en imposibilidad potencial de velar por la subsistencia económica de su familia, amén de la amenaza latente que significaba la presencia armada de los agentes del D.S.C. de Bello en 'aquel recinto', el señor Jorge Monsalve, *constreñido* por tales circunstancias, acudió a traspasar sus bienes y los de su esposa a quienes se lo solicitaban" (se resalta por la Sala);

d) Fue así como Jorge Monsalve, en compañía del abogado y los agentes de seguridad, se trasladó a su casa y posteriormente a la Notaría Doce de Medellín (previamente lo habían hecho a la Notaría de Bello, pero allí resultó infructuosa la diligencia), en donde se corrieron los actos escriturarios números 5078 y 5091 de 11 y

15 de octubre de 1985, respectivamente, por medio de las cuales Mery Monsalve de Monsalve transfirió, en supuesta venta, a la sociedad demandada el 50% del inmueble de la calle 37C número 82A-74 de Medellín, y Jorge Monsalve cedió, también en su supuesta venta y por $1.500.000.00, a favor de Antero Higuita y Gildardo Monsalve, 1.500 cuotas o partes de interés social que el cedente tenía en tal sociedad.

A lo largo del mencionado recorrido, los acompañantes de Jorge Monsalve le insistían sobre la urgencia de extender dichas escrituras, "bajo el apremio de ir a la cárcel... en caso de negarse", de tal suerte que él y su familia "para evitar lo que constituía *per se* un mal irreparable y grave", se vieron precisados a hacerlo.

Ese constreñimiento se extendió luego hasta lograr que Jorge Monsalve diera por recibida la suma de $600.000.00 a título de prestaciones sociales, según se hizo constar en el acta de conciliación celebrada entre él y la sociedad dicha ante el juez laboral de Bello, el 8 de octubre de 1985, "sin que en realidad hubiese recibido ningún dinero";

e) A pesar de que las escrituras hablan de ventas y que los vendedores recibieron el precio, esto no fue así, "lo que relieva aún más la falta de espontaneidad en el consentimiento" que allí se dijo expresó Jorge Monsalve.

"Tal aseveración está respaldada en las declaraciones bajo juramento rendidas por los señores Antero Higuita y Francisco Velásquez ante el señor Juez Primero de Instrucción Criminal Especializado, que adelanta la investigación penal por extorsión en contra de los partícipes *de los hechos aquí narrados*, ante denuncia formulada por el señor Jorge Monsalve" (Subrínea ajena al texto);

f) El consentimiento expresado por Mery y Jorge Alberto en aquellas escrituras "carece de espontaneidad y, por el contrario, fue obtenido por medio de actos *extorsivos* que vician de nulidad su declaración" (destaca la Sala). En razón de lo cual obtuvieron Higuita, Gildardo Monsalve y la sociedad Enchapes y Mármoles H.M. Ltda. un aprovechamiento indebido "derivado del estado de atemorización psicológica" que aquéllos padecieron, pues así vieron menguados sus patrimonios.

3. Los demandados se opusieron a lo así suplicado, para lo cual sostuvieron que el actor se presentó sobrio a la reunión que menciona, voluntariamente y libre de apremio. Los agentes de seguridad estuvieron en el lugar porque los demás concurrentes pidieron protección a las autoridades que los designaron, "dado que el demandante es beligerante y altanero y estábamos previendo un ataque inmediato de su parte...". Ya en desarrollo de la reunión, el abogado de la sociedad le manifestó a Jorge Monsalve que, realizada una investigación interna, se estableció que la empresa desmejoraba notoriamente en su patrimonio, debido a varios faltantes de dinero y a la adulteración de documentos. "Al mostrarle los documentos alterados al señor Jorge Monsalve manifestó: 'ya que me acogieron yo los voy a indemnizar para que no me perjudiquen, ojalá que no se dé cuenta mi señora, ni mi familia', ofreciendo como indemnización, inicialmente el carro, luego cambió de iniciativa y ofreció la casa, las acciones de la empresa y que se negociaran las prestaciones sociales a las que él tenía derecho".

En síntesis, niegan los hechos que hablan de constreñimiento al actor, y, afirman, antes bien, que la voluntad de éste fue libre y espontánea, pues que todo obedeció a un arreglo al que llegaron las partes.

Excepcionaron así: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir.

4. En tales condiciones se dio impulso al proceso, hasta que el juzgado de conocimiento, que lo fue el Quinto Civil del Circuito de Medellín, le puso término a la primera instancia mediante el fallo desestimativo que pronunció el 20 de septiembre de 1988, el mismo que a virtud de apelación del demandante revocó luego el Tribunal Superior de Medellín por el suyo de 20 de noviembre de 1989, en el que a cambio acogió las pretensiones así: declaró la nulidad solicitada; condenó a la sociedad a restituir a Mery Monsalve de Monsalve el 50% del inmueble referido en la escritura pública número 5078, junto con sus frutos; ordenó la cancelación de dicha escritura y su registro; de igual modo ordenó la cancelación de la escritura número 5091, tanto en la notaría como en la Cámara de Comercio; y en relación con esto último, agregó:

"En caso de liquidación de la sociedad y para todos los efectos legales, se tendrá en cuenta que para el mes de octubre de 1989 la cuota social del demandado Jorge Monsalve Mazo en la sociedad 'Enchapes y Mármoles H. M. Ltda.' equivalía a $63.150.000.00".

Ordenó, por lo demás, librar oficio a la Presidencia del Tribunal a fin de la eventual investigación disciplinaria que le pueda caber al mandatario judicial de la sociedad, el mismo que obró con el carácter de abogado en la reunión que como hecho basilar del litigio se cita en la demanda.

II. La sentencia del Tribunal

Como proemio del fallo resume el Tribunal la cuestión objeto del debate judicial, su desenvolvimiento en el escenario procesal, la decisión combatida en apelación y los argumentos con que el impugnante expresa su inconformidad.

Y, determinando que están satisfechos los presupuesto procesales, estimó del caso agregar que también concurren aquí las condiciones materiales de la sentencia de fondo, entre las que destaca la ausencia de cosa juzgada. Señala a continuación que esta afirmación obedece a que "de acuerdo con las constancias probatorias, se sabe de una providencia, la cesación de procedimiento penal, que tiene tal carácter cuando se dan las circunstancias del artículo 332 C. de P.C., a saber, que esa decisión se haya tomado en asunto contencioso entre las mismas partes, respecto de un mismo objeto y con igual causa".

Sobre ese punto creyó pertinente elucidar lo que sigue:

"Si bien es cierto, el aquí demandante Jorge Alberto Monsalve Mazo presentó denuncia penal contra los demandados en este proceso por el delito de Extorsión *basado en idénticos hechos* a los que sirven de base a esta acción, hay que descartar el fenómeno de cosa juzgada porque la decisión de cesación de procedimiento que podrá tener tal valor (art. 35 C. de P.P.) no se tomó en proceso penal en el cual aquél hubiera sido *parte*, prueba de lo cual es el hecho de que no se alcanzó a resolver sobre la admisión de la demanda de constitución de parte civil, folios 30 a 46 cuaderno pbs. pte. demandada.

"Tampoco se da esa excepción en razón (de razón) de los delitos por los cuales fue denunciado penalmente el señor Jorge Monsalve Mazo de acuerdo con la denuncia que

en su contra formuló el aquí demandado Antero Higuita (fs. 24 a 29) porque tampoco en ella hay constancia de que éste se hubiera constituido en parte civil aparte de que, según tal denuncia, no puede hablarse de identidad de objeto en la actuación penal y en este proceso".

Una vez estableció que era procedente la decisión de mérito, hizo ver el sentenciador en seguida que la impugnación de los dos actos tienen como denominador común "la falta de consentimiento libre y espontáneo de parte de quienes obraron, respectivamente, como vendedora en la escritura 5078 de 11 de octubre de 1985 y cedente en la escritura 5091 de octubre de 1985".

Por lo que precisó que la declaratoria de nulidad se busca con apoyo en lo que dispone el artículo 1502 del Código Civil, aplicable a los actos y contratos mercantiles a virtud del 822 del Código de Comercio, norma esa que dispone que para la validez de la declaración de voluntad es menester un consentimiento libre de vicios; y, como el vicio aquí invocado es la fuerza, en torno a esto dice el juzgador que está integrada por dos elementos, uno cuantitativo y el otro cualitativo, los cuales explana citando al efecto conceptos doctrinarios y jurisprudenciales.

Todo lo cual auscultó en el caso particular en estudio, y después de examinar la prueba referida a la confesión que deduce de la contestación de la demanda y del interrogatorio absuelto por los demandados, así como la testimonial de Jesús Antonio Balvin, Luis A. Jiménez, William Londoño Vallejo y Marín Gonzalo Pino, y el resultado de la investigación penal seguida contra el actor Jorge Monsalve, por los delitos de hurto y falsedad documental, concluyó que estaba demostrada "la realización de la reunión entre los socios de la empresa, el abogado, el contador, el secretario de la empresa, dos agentes armados de seguridad y control, estos últimos... pendientes de la misma desde afuera", cuyo objetivo "fue el hacer ver al señor Jorge Monsalve los actos delictuosos cometidos en contra de la empresa", y al término de la cual se efectuó el desplazamiento que a la casa del actor y luego a la notaría se menciona en la demanda.

Sobre esto mismo añadió:

"Es verdad también que la investigación penal iniciada por denuncia del señor Jorge Monsalve contra sus socios, por el delito de extorsión fue resuelto en forma favorable a los denunciados (fs. 31 a 46 pbs. pte. dda.). Sin embargo, ya el Tribunal en el aparte I de estas motivaciones explicó por qué no había cosa juzgada siendo por lo demás, evidente, que en este proceso obran medios de convicción unos comunes (ratificación de testigos) y otros diferentes (contestación de la demanda como confesión) que dan certeza sobre situaciones que no fueron completamente aclaradas en la investigación penal".

Prosiguiendo en su examen enfatiza el *ad quem* la importancia de subrayar "la indiscutible figuración que tuvieron los agentes de seguridad y control durante la etapa preliminar; después en hacer acto de presencia en la casa del demandante y de su cónyuge y finalmente en la notaría, porque, el motivo de explicación dado por los demandados a tal participación, a saber, la beligerancia del señor Jorge Monsalve Mazo, carece de toda prueba, pues, no puede pretenderse que lo sea la xeroscopia que obra a folios 37 cuaderno I expedida el mismo día en que se reunieron aquél y los demandados

con el abogado, porque dicha orden policiva obedeció a la queja presentada por el socio Antero Higuita, sin medio alguno que la respaldara en esa ocasión ni ahora, en el proceso, en el que sólo aluden a dicha situación los dos demandados".

Razones esas que llevaron al Tribunal a desembocar en la siguiente conclusión:

"Suponiendo que no existieran amenazas de parte de los socios Gildardo Monsalve, Antero Higuita y del abogado Rodolfo Bohórquez en el momento de la reunión, cosa discutible porque se confiesa que ésta tuvo por objeto hacer ver varias irregularidades y conducta constitutiva de hurto que, finalmente no se demostró, es lo cierto que ninguna justificación podría tener *la presencia de los agentes armados de seguridad y control* en la forma como quedó descrita, pues, al no haber quedado claro el temperamento fuerte o beligerante que se atribuye al señor Jorge Monsalve, esa figuración sólo podía tener así fuera veladamente, el fin de *presionar* al actor para realizar los actos que ahora se discuten.

"De otra parte, suponiendo la razón inicial que pudieran tener los demandados al sentirse defraudados en sus intereses sociales, no podía legalmente, tratar de hacer justicia por su propia iniciativa. Han debido recurrir a los medios legales y no a tratar de atemorizar con la colaboración de agentes de seguridad, armados, al señor Jorge Monsalve, lo que a la postre lograron.

"Hubo, pues, empleo de *fuerza moral, determinante* para obtener la declaración de voluntad del señor Jorge Monsalve. Lo primero, porque se dieron los elementos cualitativos y cuantitativos de la violencia moral por lo injusto del medio empleado (presencia de agentes armados) y por el temor que este hecho produjo en el ánimo del señor Jorge Monsalve. Lo segundo, por lo eficaz que resultó esa fuerza moral para la realización del acto suscrito por él.

"En cuanto se refiere a la demandante Mery Monsalve, son aún más evidentes las circunstancias de la fuerza moral, por lo sorpresivo que resultó para ella la presencia del abogado de la empresa y de los agentes armados, primero en su casa y luego en la notaría, y en segundo lugar, por el peligro que para su esposo representaba el no atender la solicitud de sus socios. Debe admitirse que la señora Mery Monsalve no es socia de la entidad 'Enchapes y Mármoles H.M. Ltda.' por lo que carecería de toda explicación, que no fuera la amenaza moral que sufría su cónyuge, el que ella dijera vender un bien de su propiedad (derecho del 50%) cuando los mismos demandados en sus interrogatorios de parte admiten no haber pagado precio alguno y se limitan a insistir en una 'indemnización' (fs. 30 y 31 pbs. pte. actora).

"...

"En razón de lo expuesto y por no haberse acreditado ningún medio exceptivo en favor de la parte demandada, han de prosperar las pretensiones de los actores, lo que obliga a proveer sobre las prestaciones mutuas".

Así que, paso seguido, se detuvo el sentenciador a determinar qué debían restituir los contratantes para efectos de volver las cosas hasta el estado precontractual, diciendo concretamente en punto a restitución de frutos, lo siguiente:

"El dictamen pericial debidamente sustentado, que mereció la controversia de las partes y respecto del cual se pagaron los honorarios se habla del precio del inmueble, inclusive actualizado, pero no se menciona el valor de los frutos lo que implica que por este concepto ha de haber condena en abstracto (art. 308 C. de P. C.) para que, por prueba pericial se establezca el monto de los mismos durante el lapso a que se ha hecho alusión".

III. La demanda de casación

En ella se han formulado cuatro cargos contra la sentencia que viene de compendiarse; el primero con apoyo en la causal quinta y los restantes en la primera de las que consagra el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, los que se despacharán en el orden propuesto, los tres últimos en forma conjunta, por las razones que en su momento se expondrán.

Cargo primero

Abre diciendo el casacionista que se ha estructurado la tercera de las causales de nulidad enlistadas en el entonces artículo 1152 del Código de Procedimiento Civil, consistente en haberse revivido un proceso legalmente concluido, la que es insaneable, "pues tal como obra a folio 30 del cuaderno número 4, idénticos hechos a los que dieron origen a este procedimiento, entre las mismas partes es decir, obrando como denunciante el hoy demandante, como denunciado el hoy demandado, y como objeto de decisión la declaratoria de existencia de actos de constreñimiento o de fuerza para que el accionante cediera sus bienes en favor de la empresa, fueron objeto del juzgamiento, dando origen a providencia judicial que declaró la inexistencia material de los hechos alegados y de contera se declaró la legalidad de los actos ejecutados como fruto de la reunión de los socios de la empresa demandada".

Explícase al respecto que Jorge Monsalve Mazo formuló denuncia contra, entre otros, Antero Higuita Hernández y Gildardo Monsalve Mazo, por el supuesto delito de constreñimiento de que fue objeto en razón de los hechos sucedidos el 7 de octubre de 1985 en la sede de la sociedad Enchapes y Mármoles H.M. Ltda., y a consecuencia de los cuales se vio obligado a ceder sus bienes a los consorcios, investigación penal que luego de cumplir la práctica de múltiples pruebas, condujo al Juzgado Primero Especializado de Medellín a proferir el auto de 26 de marzo de 1986 por el que declaró la cesación de procedimiento, precisamente al establecer que los hechos denunciados no existieron. Decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Medellín por proveída de 18 de julio de 1986, y en razón de la cual ya no era factible acudir a la jurisdicción civil a buscar la declaratoria de existencia de un hecho constitutivo de fuerza como vicio del consentimiento.

Lo que significa que "obrando en el expediente providencia penal en firme y con fuerza de la cosa juzgada que destruía la base fundamental de un extremo de la litis, no ha debido proseguirse el juicio civil en el que se reexaminara tal aspecto, y menos aún para declarar en éste "la existencia de un hecho cuya existencia fáctica había sido judicialmente declarada mediante sentencia con carácter de cosa juzgada".

Sustenta el impugnante su punto de vista parangonando tanto los hechos denunciados ante la justicia penal y los esgrimidos en este proceso, como las decisiones

recaídas en una y otra jurisdicción, al cabo de cuya tarea asevera que pese al diferente objeto que presentan ambos procesos (pues en el penal se persigue proteger un orden social determinado y en el civil se busca la tutela de los derechos subjetivos), lo cierto es que no puede declararse "que un hecho en sí mismo considerado existe para un determinado objeto (el civil) y no existe para otro (el penal) porque los hechos como conducta del hombre o de la naturaleza existen independientemente del fin perseguido por ellos".

"Consideró pues la jurisdicción penal que la cesión de bienes elaborada por el denunciante era libre y espontánea, que la presencia de los agentes del D.S.C. en las instalaciones de la empresa estaba legalmente justificada; que dichos personajes no habían tomado parte en la reunión sino que habían permanecido fuera de ella sin enterarse siquiera de las decisiones allí tomadas, que los denunciados más que un derecho habían ejercido un deber y la jurisdicción civil consideró mediante un segundo proceso: Que la cesión de bienes había sido forzada, que los agentes del D.S.C. Sí participaron de la reunión, que su 'asistencia' constituía fuerza ilegítima (o ilegal) y que la cesión de bienes no había partido de una expresión de voluntad libre y espontánea sino que por el contrario había sido impuesta por los 'Consocios' ".

Y explicó luego sobre el particular:

"La figura jurídica de la extorsión en materia penal y de la fuerza en materia civil, parten del mismo supuesto fáctico pues constreñir (que es el verbo utilizado en la descripción del delito de extorsión) en su natural acepción gramatical y de acuerdo con nuestro Diccionario de la Real Academia Española significa 'obligar, precisar, compeler por fuerza a uno a que haga y ejecute alguna cosa'.

"Es más, el delito de extorsión se identifica plenamente con el vicio de consentimiento denominado fuerza, en materia civil en los demás supuestos que exige la norma cuales son:

"a) Un constreñimiento a otro hacer, tolerar u omitir alguna cosa. En materia civil la fuerza es la coacción física o moral que se ejerce sobre una persona para inducirla a la celebración del acto jurídico;

"b) Propósito de obtener provecho ilícito para sí o para un tercero. En materia civil es necesario que la fuerza sea injusta (o ilícita)".

Por último, tomando a plantear la contradicción existente entre ambas jurisdicciones, puntualiza la censura que de ser ello procedente "sería admitir que el mismo hecho existe para una jurisdicción y no existe para otra, y que por tanto el derecho no es uno solo en sí mismo, sino arbitrario y paradójico en cuanto su aplicación y concepción depende del juzgador a quien o quienes se somete, que la jurisdicción no es una sino que son tres, cuatro o cinco, que el estado de derecho es variable en cuanto depende de la independencia de cada jurisdicción y que por vía judicial se pueden adquirir cuantas decisiones contrarias se provoquen. Tan no es ésta la intención del legislador que el Código Penal en su artículo 55 (art. 30 Dto. 409 de 1971), estatuto vigente al momento de la ocurrencia de los hechos) dispone: 'efectos de la cosa juzgada penal absolutoria. La acción civil no podrá intentarse ni proseguirse cuando en el proceso penal se haya

declarado, por providencia en firme, que el hecho causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa.

CONSIDERACIONES

1. Aduciendo como fundamento del cargo el desconocimiento de la cosa juzgada penal absolutoria contemplada en el artículo 55 del Código de Procedimiento Penal (art. 30, Decreto 409 de 1971), los recurrentes alegan que en este proceso se estructuró la causal de nulidad consagrada en el numeral tercero (3°) del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil (hoy. 140 ibídem*) por cuanto el* ad quem *al proferir la sentencia impugnada "... revivió un proceso legalmente concluido...", como quiera que con anterioridad la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante providencia de 18 de julio de 1986, confirmó la proferida el 24 de marzo de ese mismo año por el Juzgado Primero Especializado de la misma ciudad, en virtud de la cual se declaró la cesación del procedimiento en favor de los denunciados, aquí demandados, al concluir que los hechos narrados por el quejoso, ahora demandante, "... no existieron".*

2. Como consecuencia de la consagración positiva del instituto de la cosa juzgada (art. 332 del Código de Procedimiento Civil) y para alcanzar su finalidad propia, que no es otra que la de "... hacer efectiva la sanción con que la ley protege las sentencias firmes, sanción consistente en considerar el fallo de tal manera decisivo que excluye por completo toda posibilidad de examinarse de nuevo el negocio e igualmente cualquiera nueva decisión sobre la misma relación jurídica, frente a los que han sido parte, sea por la misma autoridad judicial que dictó el primer fallo, sea por otra diferente..." (XLVII, 329 y 330), la legislación procesal civil permite que la cosa juzgada pueda proponerse, como excepción, tanto previa como de mérito (arts. 97 y 306 del Código de Procedimiento Civil), y aún reconocerse de oficio (art. 305 ibídem*) o, como causal de nulidad, cuando el juez "... revive un proceso legalmente concluido..." (numeral 3, art. 140* ejusdem*), procurando, de un lado, impedir la iniciación de nuevos procesos o debatir nuevamente cuestiones ya decididas definitivamente, y de otro, precluir el ulterior examen de los puntos en controversia ya decididos, invalidando la actuación posterior, surtida en el mismo proceso, que ha terminado legalmente.*

3. Sin embargo, como se deduce de la regulación legal sobre el particular, la posibilidad de recurrir a uno u otro de tales medios para imponer o recuperar la eficacia de la cosa juzgada, cuando ella ha sido desconocida, no queda al arbitrio de las partes, pues deberá tenerse en cuenta para elegir una u otra alternativa si la cosa juzgada se formó en proceso distinto del que está en curso o en el mismo, distinción que cobra singular importancia cuando se trata de controvertir el efecto de dicha institución a través del recurso extraordinario de casación, como se verá a continuación.

En efecto: el desconocimiento de la cosa juzgada, formada en proceso distinto del que está en curso, y que faculta a aquellos que han sido partes en el juicio anterior para proponer la excepción de cosa juzgada, en orden a alegar y probar la existencia de aquella especial causa de extinción del derecho de acción y del derecho de jurisdicción, que es la cosa juzgada, implica ciertamente violación de la norma de derecho sustancial

que la consagra (art. 332 C. de P.C.), denunciable, por tanto, en casación, al tenor del numeral primero del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, criterio que la Corte ha sostenido desde vieja data al reconocer que, siendo la cosa juzgada un hecho jurídico que la ley sustancial establece como invulnerable, o como inviolable, una sentencia pronunciada en contra de lo que se ha decidido en otro ya ejecutoriada y en juicio que verse sobre las mismas partes, sobre la misma cosa y por la misma acción es violatoria de ley sustancial y estaría sujeta a ser destruida por virtud del recurso de casación (Cas. Civ. de 1° de junio de 1936, XLIII, Nos. 1911 y 1912, págs. 711 y 712); pero, la violación de la cosa juzgada formada en el mismo proceso en que se alega no implica quebranto de norma de derecho sustancial alguna sino desacato del juez a una norma regulativa u ordenativa de su actividad (art. 140, num. 2. C.P.C.), denunciable al tenor del numeral quinto del artículo 368 ibidem, pues, "... según nuestro derecho positivo, la relación procesal termina ordinariamente con la sentencia, y, excepcionalmente, en casos como el de desistimiento, de transacción o de perención y como el fin del proceso indica la pérdida de la competencia del juez en él, por lo que terminado, ora sea normal y ya anormalmente, no puede éste revivirlo, la causal de nulidad que aquí se comenta sólo puede configurarse cuando el juez continúa conociendo de él muy a pesar de su fenecimiento" *(CXLVI, pág. 50) (destaca la Sala).*

Obsérvese, para corroborar la diferenciación que viene a hacerse, que el artículo 332, inciso último, establece sin ambages que el instituto de la cosa juzgada que allí contempla "no se opone al recurso extraordinario de revisión", lo cual supone, necesariamente, que haya recaído sentencia sobre un asunto anteriormente fallado y que ésta se halle ejecutoriada; y es muy de notar que si efectivamente se recurre en revisión, la causal a invocar es la que específicamente se consagró al efecto, vale decir, la del numeral 9 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, que en armonía con aquélla dispone como supuesto insustituible el que la sentencia sea contraria a "otra" anterior; y que, acaso sea esto lo más decisivo, si se obtiene éxito en la impugnación extraordinaria, la consecuencia es la de invalidar la sentencia revisada y dictar la que en derecho corresponda, (art. 384 inc. 1° in fine) mas no la de declarar la nulidad de lo actuado como es la solución que comprendería al dársele el tratamiento de causal de nulidad, como en esa misma disposición se advierte.

4. En el precedente orden de ideas, es claro que el cargo en estudio no disponga de prosperidad alguna por equivocar los recurrentes la causal elegida para reivindicar el efecto de la cosa juzgada, pues tratándose, como en efecto se trata, de la cosa juzgada formada en proceso distinto de aquel en que se dictó la sentencia impugnada en casación, la invocada debió ser la primera y no la quinta, pues, no se pretende enmendar con su reconocimiento un yerro in procedendo, *sino uno* in iudicando *consistente en el quebranto de la norma de carácter sustancial que consagra el respeto al fenómeno de la cosa juzgada (art. 332 C. de P.C.), pues, la censura no afirma ni demuestra que el proceso civil, antes del proferimiento de la sentencia aquí recurrida en casación, hubiese terminado legalmente mediante providencia con autoridad de cosa juzgada y que, consecuentemente, le impida al* ad quem *concluirlo normalmente, sino que "... existe en el proceso que se presenta hoy ante esa honorable Corporación una nulidad insaneable,* pues tal como obra al folio 30 del cuaderno No. 4, idénticos hechos a los que dieron origen a este procedimiento, entre las mismas partes, es decir obrando como

denunciante el hoy demandante, como denunciados el hoy demandado, y como objeto de decisión la declaratoria de existencia de actos o constreñimiento o de fuerza para que el accionante cediera sus bienes en favor de la empresa fueron objeto de juzgamiento, dando origen a providencia judicial que declaró la inexistencia material de los hechos alegados y de contera se declaró la legalidad de los actos ejecutados como fruto de la reunión de los socios de la empresa demandada..."; por tanto, prosiguen los recurrentes "... no se podía pues ante la jurisdicción civil proseguir un proceso buscando la declaratoria de existencia de hecho constitutivo de fuerza, cuando entre las mismas personas, y basado en los mismos hechos la jurisdicción penal, había declarado que tales hechos no habían existido, y al proseguirse con el procedimiento antedicho, obrando en el expediente providencia penal en firme y con fuerza de cosa juzgada que destruía la base fundamental de un extremo de la litis cual es el supuesto fáctico, no podía el sentenciador de instancia sustraerse con su actuar, y con un nuevo estudio acerca de la existencia o inexistencia de ellos, dictar sentencia legal sin contravenir el mandato expreso del artículo 152 número 3, cual es el de revivir un proceso legalmente concluido *Y menos aún para declarar en nuevo proceso la existencia de un hecho cuya inexistencia fáctica había sido judicialmente declarada mediante sentencia con carácter de cosa juzgada" (destaca la Sala).*

5. Desde luego que el reconocimiento de la cosa juzgada penal sobre lo civil, cuando sea del caso, no reclama la concurrencia de las denominadas identidades procesales, como seguramente lo entendió en forma equivocada el sentenciador de segundo grado, pues es obvio que cuando de tal situación se trata no hay cómo investigarla buscando la triple semejanza entre partes, causa y objeto, que sí es menester en tratándose de cosa juzgada de lo civil sobre lo penal, como quiera que dada la naturaleza de las dos jurisdicciones, jamás podrá hallarse cosa semejante; para no examinarlo todo, adviértase al rompe que en el proceso penal no es de recibo, según la teoría más autorizada en el ramo, hablar, en estrictez jurídica, de partes.

Ya hace mucho tiempo se presentó la idea de que el criterio que se aplica en el ámbito exclusivamente civil, para ver de establecer si se da el fenómeno de la cosa juzgada, no es idóneo para inquirir la cosa juzgada de lo penal, sobre lo civil, pues el fundamento de esta última no radica, repítese, en el trípode de elementos ya nombrados, sino que "reside en un motivo de orden público en extremo sencillo. Los Tribunales represores, al dictar la acción pública, fallan por un interés social: no juzgan entre dos partes determinadas, sino entre una parte y la sociedad entera. Lo que deciden para fallar la acción pública tiene que imponerse a todos. Nadie puede discutir las disposiciones penales de la sentencia, ni siquiera en sus consecuencias sobre los intereses particulares. Por eso la autoridad de la cosa juzgada en lo penal es absoluta sobre lo civil: se impone cualesquiera que sean las partes, el objeto y la causa de la demanda civil" (Mazeaud- Tunc. Responsabilidad Civil, tomo segundo, volumen II, pág. 354).

De consiguiente, el cargo no prospera.

Cargo segundo

Tildase la sentencia de ser violatoria de los artículos 1502, 1508, 1513, 1514, 1740, 1741, 1743, 1746 y 1750 del Código Civil; 822 y 900 del Código de Comercio, por

aplicación indebida, como consecuencia de "... manifiestos errores de derecho por falta de aplicación de los artículos 251, 252, 253, 254 y 264 del Código de Procedimiento Civil".

Tras advertir que en el folio 37 del cuaderno de pruebas de la parte demandada obra "... fotocopia auténtica de un documento público, según el cual la Inspectora Quinta Municipal de Policía de ... Bello (Ant.)..." expidió orden de protección pericial al señor Antero Higuita Hernández, por cuanto el señor Jorge Alberto Monsalve Mazo "lo ha amenazado de hecho y de palabras y que es una persona muy violenta y es capaz de obrar de una forma muy violenta...", y que el Tribunal haciendo referencia a los agentes de Seguridad y Control, sostiene que "... el motivo de explicación dado por los demandados a tal participación, a saber, la beligerancia del señor Jorge Monsalve Mazo, carece de toda prueba, pues no puede pretenderse que lo sea la xeroscopia que obra al folio 37 del cuaderno 1 expedida el mismo día en que se reunieron aquél y los demandados con el abogado, porque dicha orden policiva obedeció a la queja presentada por el socio Antero Higuita, sin medio alguno que la respaldara en esa ocasión ni ahora, en el proceso, en que sólo aluden a dicha situación los dos demandados...", los recurrentes precisan que el error de derecho denunciado consiste en que "...el fallador desechó abiertamente la copia auténtica de la orden de protección policiva refiriéndose despectivamente a ella como 'xeroscopia'. Olvida el fallador que una copia debidamente autenticada hace las veces de original y por tratarse en este caso de un documento expedido por una autoridad pública en ejercicio de su cargo goza de la autenticidad que le confiere el artículo 251 inciso 3 y artículo 252 inciso 1 del C. de P. Civil".

"Adicionalmente a la presunción de autenticidad -prosiguen los recurrentes- el documento público hace fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en él haga el funcionario que lo autoriza, por tanto, las declaraciones contenidas en el documento de marras (cuales son el que la protección se presta en razón de que el señor Monsalve ha amenazado de palabra y de obra y que es capaz de obrar en forma muy violenta) son verídicas hasta tanto previa tacha de falsedad, se demuestre lo contrario"; por tanto "... fue la orden de protección policiva la que autorizó y justificó la presencia de los agentes de seguridad y control en las instalaciones de la empresa el día 7 de octubre de 1985, y no es una simple 'xeroscopia' (como la denomina el sentenciador) que ninguna claridad lleve al juzgador, pues se trata de parte principal del tema de prueba".

De consiguiente, concluye la censura "... no puede decirse como lo afirma el *ad quem* que '... en el caso *sub judice* se dan los elementos cualitativos y cuantitativos de la violencia moral por lo injusto del medio empleado (presencia de agentes armados) y por el temor que tal hecho produjo en el ánimo del señor Jorge Monsalve' (fl. 47 v/to. expediente del Tribunal), puesto que los actos de autoridad no constituyen medio injusto alguno para el logro de ningún fin. El cargo está llamado a prosperar en razón de la justeza y legalidad de la presencia de los agentes de seguridad y control en las instalaciones de la empresa el día y hora ya enunciados. De no haber mediado este error de apreciación en el *ad quem* la conclusión final a que hubiera llegado sería la completa absolución de mis representados en virtud de la falta de un requisito sustancial de la configuración del efecto jurídico demandado, esto es, la fuerza como vicio del consentimiento".

Cargo tercero

Acúsase la sentencia de "... ser violatoria de la ley sustancial por vía indirecta consistente en flagrante error de hecho en la apreciación de las pruebas que lo condujo a inaplicar las normas siguientes: artículo 52, 151, 152, 153, 445 y 451 del Código de Comercio, y artículos 30, 48 y 68 del Decreto... 2160 de 1986, reglamentario de la Ley 75 de 1986".

A manera de introducción, los recurrentes ponen de manifiesto que "... el *ad quem* dio por demostrado sin estarlo que el interés social del demandante señor Jorge Monsalve, en razón de ser socio de la empresa Enchapes y Mármoles H.M. Ltda., equivalía en el mes de octubre de 1989 a $63.150.000.00", afirmación que extraen del siguiente planteamiento:

a) Que el sentenciador de segundo grado "... decretó de manera oficiosa" la práctica de prueba pericial a fin de acreditar el avalúo del interés social o participación que el demandante tenía en la sociedad Enchapes y Mármoles H.M. Ltda., avalúo que debe (sic) referirse al precio que tenía el interés social en referencia al día de su enajenación y el precio actual (sic)";

b) Que los peritos rindieron el experticio solicitado, en el cual se sentó como conclusión que "... la sociedad Enchapes y Mármoles H.M. Ltda. queda avaluada para el año de 1989 de acuerdo con el lote de terreno y maquinaria, dejando por fuera otros muebles y enseres de oficina, así:

"Valor total del lote	$ 86.250.000.00
"Un telar marca Van Veerden	96.000.000.00
"Pulidora de mano	700.000.00
"Cortadora con motor	1.500.000.00
"Cortadora Simex	1.000.000.00
"Transformador de RW	1.000.000.00
"Compresor de 330 lbs.	500.000.00
"Tres martillos de aire	1.500.000.00
"Máquina de espacato	1.000.000.00
"Total del precio actual para 1989	$ 189.000.000.00"(sic)

c) Que dentro del término de traslado "... el referido dictamen fue aclarado a petición de la parte demandada... en lo concerniente al mecanismo utilizado por los peritos para obtener el valor de los precios acabados de enunciar. Una vez aclarado el dictamen, no fue objetado. Por tanto quedó en firme";

d) Que el *ad quem* admitió el dictamen que ofrecieron dos expertos criminalistas, quienes suponiendo responder las inquietudes del despacho se limitaron a sumar valores de "... supuestos activos para luego concluir que la suma de todos ellos, dividido por tres, constituía el interés social del demandante";

e) Que "... nada más amorfo e injurídico que el error cometido por los señores peritos expertos al conceptuar que una suma de valores comerciales constituyen el patrimonio de una empresa. Aunque no seamos expertos en la materia, todos sabemos que el patrimonio de una persona o el de una entidad lo constituyen sus activos y sus pasivos, y los primeros y los segundos no se concretizan sumando bienes que supuestamente pertenecen al ente auscultado. La propiedad de los bienes y la existencia de pasivos, surgen única y exclusivamente del examen de libros contables, en los cuales consta obviamente, que es lo que se tiene de un modo claro y preciso, si los bienes inventariados son de propiedad de la entidad demandada, si dichos bienes se adeudan o por el contrario engrosan los activos de la empresa, igualmente se tiene conocimiento a través de ellos del estado financiero de la empresa, etc. ¿Será acaso que para los peritos y para el juzgador de instancia que apreció sin más la experticia, el demandante no tiene interés social susceptible de pagar pasivos existentes? ¿O será acaso que consideran que todos los bienes inventariados por los peritos en tanto se encuentren dentro de las instalaciones de la empresa, se presumen propiedad de ella y en tanto sean de ella, son de los socios?"; agrega la impugnación que "... los peritos se nombran para la comprobación de hechos que exijan conocimiento o prácticas especiales, resultan que son precisamente ellos quienes cometieron el error de ejecutar su experticia sobre una gran cantidad de bienes (suponiéndolos activos) y no sobre los libros de contabilidad como debieron hacerlo, omitiendo la aplicación de principios básicos de contabilidad cuales son Patrimonio = Activos-Pasivos".

Recalcan los recurrentes que "... el Tribunal, reconociendo como valor del interés social el fijado en el dictamen, dio por sentado que el interés social del socio Jorge Monsalve Mazo tenía un valor para el año de 1989 de $63.150.000.00 y más allá de ello declaró: "... en caso de liquidación de la sociedad y para todos los efectos legales, se tendrá en cuenta que para el mes de octubre de 1989 la cuota social del demandado (sic) Jorge Monsalve Mazo en la sociedad Enchapes y Mármoles J.J.M. Ltda. equivalía a $63.150.000.00".

Deducen, en consecuencia, los impugnantes "... errór manifiestamente el Tribunal en la apreciación de las pruebas (sic) al considerar que el experticio contenía avalúo del interés social del demandante ya que como bien lo habían dicho los peritos en la parte motiva de su dictamen, estaban valorizando los bienes muebles e inmuebles que encontraron en las dependencias de la empresa y en ningún momento y bajo ningún aspecto revisaron o intentaron verificar asiento alguno dentro de los libros contables. El interés social que posee un socio en una sociedad no equivale al valor de los bienes de la sociedad, pues éste y aquélla tienen principios básicos independientes respecto de sus patrimonios".

Cargo cuarto

Finalmente, denúnciase la sentencia como violatoria "... de la ley sustancial por vía indirecta al haberse incurrido en manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas y que condujo a la aplicación indebida de los artículos 1502, 1508, 1513, 1514, 1740, 1741, 1743, 1746, 1750 del Código Civil y los artículos 822 y 900 del Código de Comercio".

Dos son los reproches que, en el campo del análisis del elenco probatorio, la censura le hace a la sentencia impugnada, formulados en la siguiente forma:

"1. El juez *ad quem* dio por probado sin estarlo que los agentes de seguridad y control del municipio de Bello concurrieron de manera personal e inmediata a la reunión del día 7 de octubre en las horas de la mañana. A folio 45 del cuaderno del Tribunal, el sentenciador dice: "De acuerdo con los medios de prueba comentados hasta ahora se tienen como plenamente probadas estas circunstancias: La realización de la reunión entre los socios de la empresa, el abogado, el contador, el secretario de la empresa, dos agentes armados de seguridad y control, estos últimos presentes en la reunión según confesión inicial y de acuerdo con los otros declarantes y los interrogatorios de parte, pendientes de la misma desde afuera..." (sic).

Para arribar a la precedente conclusión la censura advierte que de la prueba testimonial de Jesús Antonio Balvin (fl. 36 v/to. cdno. de pruebas de la parte actora), William Londoño Vallejo (fl. 41 *ibidem*) y Marín Gonzalo Pino (fl. 44 *ibidem*) "... se ve a todas luces que los agentes de seguridad y control permanecieron fuera de la reunión, como que ellos no concurrieron directamente a tal evento, circunstancia ésta que tiene una connotación bien diferente", pues mientras el Tribunal "... no deja en claro finalmente si estuvieron o no dentro de la reunión que a puerta cerrada se efectuó...", de las pruebas solicitadas y practicadas a instancia de la parte demandante "... queda claro que los agentes de seguridad y control concurrieron a las instalaciones de la empresa en el día en que se efectuó la reunión pero no concurrieron a ésta, pues permanecieron afuera aunque atentos a lo que allí acontecía. Si así lo hubiera entendido el *ad quem*, no habría llegado a la falsa conclusión de que la presencia de los agentes fue el medio empleado para atemorizar al señor Jorge Monsalve (...) y menos aún que 'es de especial relevancia la indiscutible figuración que tuvieron los agentes de seguridad y control durante la etapa preliminar...' (...)"; "de la presencia de los funcionarios del Departamento de Seguridad y Control el día 7 de octubre en la reunión, infirió igualmente, que los demandados atemorizaron al demandante y consecuencialmente le arrancaron su voluntad de manera coactiva (...)".

De consiguiente, prosigue la censura, "no está acreditado en el proceso que ni antes, ni en curso de la reunión se les hizo saber al demandante de la presencia de funcionarios de seguridad y control, y menos aún que se le haya atemorizado con su presencia. Al contrario y como lo reconoció el Tribunal, el objeto de la reunión fue hacer ver al demandante los actos delictuosos que había cometido contra la empresa y no hay constancias probatorias de que durante su curso se le haya siquiera mencionado o recordado su presencia, con el ánimo de atemorizarlo y extraerle su voluntad. En pieza procesal alguna consta que para lograr el cometido los demandados hicieron énfasis en la presencia de los funcionarios del Departamento de Seguridad y Control".

"2. Haber supuesto, sin estar acreditado, que los funcionarios del Departamento de Seguridad y Control estuvieron presentes en todo el curso del negocio jurídico de la cesión de cuotas sociales".

En el punto, la censura explica que, de conformidad con los artículos 362 y 366 del Código de Comercio, el negocio jurídico de la venta o cesión de cuotas o partes de interés social es complejo, esto es, su celebración y perfeccionamiento ostenta una serie de actos jurídicos unilaterales y bilaterales, a saber: a) Oferta o policitación por parte del cedente; b) Aceptación por parte del cesionario; c) Otorgamiento de la escritura pública de venta

con comparecencia del representante legal de la sociedad quien debe suscribir la escritura a nombre de la sociedad, y d) Registro de la venta en el registro mercantil. Y a renglón seguido precisa que "... de las pruebas aportadas al proceso se concluye que los agentes de seguridad y control, se encontraban en las instalaciones de la empresa el día en que se efectuó la oferta de la cesión de las cuotas sociales, esto es, el día 7 de octubre de 1985, mas no aparece acreditado en pieza procesal alguna que tales funcionarios asistieron a la protocolización u otorgamiento de la escritura pública de venta que se llevó a efecto el día 15 de octubre de 1985, según consta en la escritura pública 5091 de la Notaría Doce del Círculo Notarial de Medellín. Igualmente la última etapa del complejo acto jurídico de cesión se llevó a efecto con el registro en la Cámara de Comercio de Medellín el día 18 de octubre de 1985 en el libro 9°, folio 976 bajo el número 7924".

La censura, establece, por tanto, que cuando el Tribunal concluyó que el acto jurídico de cesión se llevo a efecto en razón de la atemorización ejercida por los demandados a través (sic) de los funcionarios de seguridad y control, "... supuso falsamente que éstos actuaron en el curso legal del acto complejo, esto es, en todos los momentos ya descritos".

Precisan los recurrentes que "... con referencia a la escritura pública de protocolización de la venta, en ninguna pieza procesal aparece impugnada su veracidad en cuanto a la fecha de su otorgamiento, por tanto y por tratarse de documento público, cuya autenticidad se presume, se debió haber desvirtuado la misma, si tal efecto pretendía el demandante, mediante medios idóneos de prueba. Por tanto, el juez *ad quem* no pudo haber supuesto que el acto escriturado se llevó a efecto el día 7 de octubre de 1985 sino la fecha que en el protocolo aparece, salvo acreditación de falsedad ideológica de la misma escritura".

Por último asegura la impugnación que "el fallador *ad quem* dio por probado que hubo constreñimiento en la celebración del acto jurídico de la venta de las cuotas sociales del señor Jorge Monsalve Mazo a los señores Antero Higuita y Gildardo Monsalve, por el hecho de la presencia de agentes del Departamento de Seguridad y Control de Bello, supuestamente con ánimo de ejercer presión moral, psicológica o física sobre el demandante el día 7 de octubre de 1985, fecha en la que se efectuó la reunión mediante la cual se acordó la cesión de las cuotas sociales".

De consiguiente, finalizan los impugnantes, "... es claro que ningún tipo de constreñimiento ejercieron los agentes de seguridad y control de Bello para la determinación de la cesión de las cuotas sociales por parte del señor Jorge Alberto Monsalve y por tanto, el cargo debe prosperar.

Consideraciones

1. Las notorias fallas de orden técnico que a primera vista ofrecen los cargos acabados de resumir, permiten concluir anticipadamente que ninguno de ellos dispone de virtualidad suficiente para desquiciar la sentencia impugnada, como en seguida se verá.

2. En el cargo segundo la censura encamina toda su actividad a demostrar que el *ad quem* incurrió en error de derecho al privar de efecto demostrativo da la copia del

documento que obra al folio 37 del cuaderno número 1, pues que, tratándose de fotocopia auténtica de un documento público goza de la presunción de autenticidad que le otorgan los artículos 251 y 252 del Código de Procedimiento Civil, y, por lo tanto, prueba suficiente de la declaración allí contenida, traducida en que la presencia de los agentes de seguridad y control del municipio de Bello (Ant.), obedecía exclusivamente al temperamento violento del actor Jorge Monsalve, circunstancia que legalizaba y justificaba la presencia de tales agentes en las instalaciones de la empresa en el día y hora relacionados en la demanda; sin embargo, admitiendo en gracia de discusión que el aludido reparo probatorio dispusiera de algún fundamento, el cargo no puede prosperar por cuanto deja al margen de la censura otros elementos de juicio que el *ad quem* tuvo en cuenta para establecer la existencia de la fuerza, como factor determinante de la celebración de los contratos que ahora se tachan de nulos, pues es evidente que la presencia de tal vicio en aquellos pactos, no la estableció el Tribunal únicamente por la ausencia de prueba respecto de la agresividad del demandante, sino fundamentalmente por la confesión que sobre el particular hicieron los demandados al replicar la demanda y al absolver los interrogatorios de parte formulados por la parte actora, por las declaraciones que en el punto vertieron Jesús Antonio Balvín Arboleda (fl. 35, cdno. No. 1), Luis Alfonso Jiménez (fl. 37 *ibidem*), William Londoño Vallejo (fl. 41 *ibidem*) y Marín Gonzalo Pino (fl. 44), y por el resultado de la investigación penal que, por los delitos de hurto y falsedad en documento, formularon los aquí demandados contra el actor, probanzas que, al no ser materia de objeción, siguen prestándole sólido apoyo a la sentencia combatida, como repetidamente lo ha dicho la doctrina de la Corte.

En efecto: una vez expuesto el criterio doctrinal y jurisprudencial acerca de las características que debe reunir la violencia para que vicie el consentimiento, el *ad quem* estableció la existencia de dicho vicio en los siguientes términos:

"1. Inicialmente y de acuerdo con las respuestas a los hechos de la demanda, se acepta a folio 39 cuaderno 1, por los aquí demandados, y toda vez que, según el artículo 197 del C.P.C., aquél es uno de los actos procesales en los cuales se presume la facultad de confesar de parte del apoderado judicial, que efectivamente existió una reunión con el señor Antero Higuita, el abogado de la compañía demandada doctor Rodolfo Bohórquez (que es el mismo apoderado judicial de los aquí demandados) a la cual, según respuesta al hecho 5 de la demanda "... sí asistimos las personas enunciadas y los agentes del D.S.C. lo hicieron para protegernos a los restantes concurrentes, debido a que el demandante es beligerante y altanero y estábamos previendo un ataque inmediato de su parte.

"El objeto primordial de esa reunión, según se afirma al responder al hecho 6 fue el informar al demandante Jorge Monsalve del resultado de una investigación interna que determinaba la comisión de, por lo menos, dos delitos de parte suya consistentes, según el gerente de la entidad quien habló primero y de acuerdo con lo dicho por el propio abogado que la hizo después, en adulteración de documentos y en defraudación patrimonial para la empresa.

"2. Haciendo caso omiso de la prueba testimonial recepcionada en cada una de las investigaciones penales que, por los delitos de hurto y falsedad documental contra el señor Jorge Monsalve y por el delito de extorsión por el cual los actores denunciaron a

los aquí demandados, prueba que, ciertamente no fue ratificado en su integridad en este proceso ordinario, se basará la Sala únicamente en los testimonios recepcionados aquí, con este resultado:

"La reunión entre los socios de realizó a puerta cerrada, con la asistencia del abogado de la compañía. De los agentes de seguridad y control a quienes los declarantes observaron dicen que tenían visible el arma de dotación oficial y aunque directamente no se enteraron de lo que se trató en esta oportunidad, coinciden los declarantes en que los comentarios eran sobre desfalco de la empresa por parte del señor Jorge Monsalve.

"Jesús Antonio Balvín Arboleda expone al respecto: "... allá estaba el abogado de la empresa, no recuerdo el nombre, estaba el contador Francisco Velásquez y dos del F2 de Bello, y sé que eran del F2 de Bello porque en este tiempo vivía yo en Bello y los conocía yo allá... se les veía la cacha del revólver por debajo de la camisa, se les veía ahí el bulto del mango debía haber sido de la pistola o un revólver". El testigo aclara luego que los agentes permanecieron afuera "conversando con nosotros los trabajadores" (fl. 35 v/to. pbs. pte. actora).

"Luis Alfonso Jiménez menciona a dos personas que acompañaban al abogado de la compañía quienes 'tenían el revólver aquí en la pretina, yo lo alcancé a ver' (fl. 37 v/ to. pbs. pte. actora).

"William Londoño Vallejo al hablar de los agentes de seguridad y control explica: 'Ellos estaban pendientes de la reunión según entiendo yo, los tipos estaban ahí pendientes por la ventana donde se celebraba la reunión y lo sé porque yo los vi ahí...' agrega que después de la reunión que duró de una a dos horas '... don Jorge salió con el abogado de la empresa y sé que él es el abogado de la empresa, yo también oí comentarios que él era el abogado de la empresa, no sé el nombre, y con los dos tipos extraños y se montaron en el carro del abogado...' (fl. 41).

"Marín Gonzalo Pino coincide con el anterior en cuanto a la presencia de los agentes de seguridad quienes estuvieron en el sitio de la reunión, 'afuera de la oficina vigilando... estaban armados, a los dos se les veía que tenían el revólver en la cintura, pero por dentro de la pretina del pantalón... don Jorge no volvió a salir a las instalaciones de la fábrica, sino que salió por la puerta de la calle, acompañado de los dos señores antes mencionados... esa reunión fue a puerta cerrada' (fl. 44).

"3. Los demandados Gildardo Monsalve y Antero Higuita al absolver sendos interrogatorios de parte explican la presencia de los agentes de seguridad por el temperamento agresivo del actor Jorge Monsalve, pero admiten que fue llevado a la empresa a raíz de los problemas suscitados con éste y que constituían el objeto de la reunión presidida por ellos y por el abogado de la empresa. En esa oportunidad, dicen, el socio Jorge Monsalve fue enterado de la situación defraudatoria de la empresa y 'voluntariamente él entregó sus bienes a la empresa por indemnización, las prestaciones sociales, y el cincuenta por ciento de la casa, que eso es verdad...' (fl. 29)".

Del análisis de tales elementos de convicción el Tribunal afirma que "... se tienen como probadas estas circunstancias:

"La realización de la reunión entre los socios de la empresa, el abogado, el contador, el secretario de la empresa, dos agentes armados de seguridad y control, estos

últimos, presentes en ella según confesión inicial y de acuerdo con los otros declarantes y con los interrogatorios de parte, pendientes de la misma desde afuera.

"El objetivo de la reunión respecto del cual coinciden las partes, fue el de hacer ver al señor Jorge Monsalve, los actos delictuosos cometidos en contra de la empresa.

"El resultado de la reunión, fue la oferta que hizo el señor Monsalve de parte de sus bienes y los de su cónyuge, esta última llamada desde la sede de la reunión y quien fue recogida en su casa para ser llevada a la notaría donde se concretaron los actos escriturarios que aquí se impugnan. A este sitio también concurrieron los agentes de seguridad y control como ellos mismos lo admiten en sus versiones de folios 21 a 25 pbs. de la pte. actora. Diego Castrillón Macías dice al respecto: 'El abogado y el señor Antero Higuita preguntaron que si no había inconveniente en que los acompañara, dijimos que para nosotros no era inconveniente', y el agente Joaquín Emilio Restrepo reconoce que tenían armas de dotación oficial, que no emplearon y que, así mismo acompañaron a los asistentes a la reunión luego de celebrada, no sólo a la casa del señor Jorge Monsalve donde recogieron a su cónyuge, sino después de la notaría donde se efectuó el traspaso de los bienes cuya validez constituye el motivo de la discusión en este proceso.

"Estas circunstancias corresponden al hecho 8 de la demanda, a saber, que los demandantes 'en compañía del abogado y de los agentes del D.S.C. de Bello se trasladaron, en el vehículo primero, a la residencia del señor Jorge Monsalve con el objeto de recoger la escritura de su casa', poner al corriente a la esposa, Mery de Monsalve y, por último, transportarse a una notaría a otorgar los actos escriturarios a que hubiera lugar' (fl. 17, cdno. 1).

"Expresamente, en la respuesta a la demanda este hecho se aceptó al igual que el 9, en el cual se describe el momento de la suscripción de los actos relacionados en aquélla. De ahí, que *confesados* tales situaciones (sic) por la parte demandada (art. 197 C. de P.C.), considera innecesario el Tribunal asistir en la ratificación de las versiones de los agentes de seguridad y control sobre su presencia precedente y concomitante respecto de la celebración de los negocios que se impugnan.

"De otra parte, existe también prueba testimonial en el sentido de que el señor Jorge Monsalve asistió a la reunión celebrada en la empresa Enchapes y Mármoles H.M. Ltda. y una vez terminada 'él salió como asustado de allí y lo digo porque yo lo noté así' (fl. 41, cdno. ppal.).

"Debe tenerse en cuenta que este testimonio de William Londoño corresponde como los anteriormente analizados y que se recepcionaron en el trámite de este proceso, a trabajadores de la empresa en la cual se llevó a cabo la reunión entre los socios y el personal del que se ha venido haciendo alusión y aunque sobre el dicho de este testigo se trató de insinuar un motivo de parcialidad por haber sido *despedido* de la empresa, él laboraba allí por aquella época y reconocía como patrón al demandante Jorge Monsalve, parte de que reconocer haber sido indemnizado por la entidad, lo que, en criterio de la Sala descarta toda posibilidad de parcialidad, porque también eran sus jefes los otros socios y porque, en los restantes aspectos referidos por el declarante, concuerda en lo esencial con los demás empleados de la empresa.

"Existe finalmente, como prueba relevante para este proceso, el resultado de la investigación penal que por los delitos de hurto y falsedad en documento formularon los aquí demandados contra el señor Jorge Monsalve al cual, si bien, comprometió a éste por la segunda de las conductas, no lo vinculó por la primera que fue, precisamente, uno de los motivos por los cuales se llevó a cabo la reunión de los socios de Enchapes y Mármoles H.M. Ltda., como éstos mismos lo admiten (fls. 24 a 29, pbs. pte. demandada)".

Es más: la afirmación de la ausencia de prueba sobre la beligerancia que caracterizaba al demandante, sin embargo, de lo consignado en el documento que obra al folio 37 del cuaderno número 1, expedido por la Inspección Quinta Municipal de Policía de Bello (Ant.), apenas constituye una razón demás, robustecedora de la conclusión extraída de los antedichos elementos de convicción, pues el Tribunal, a renglón seguido, dijo lo siguiente:

"Quiere decir lo expuesto que, aparte de las conclusiones arriba descritas sobre la realidad de la reunión, su objetivo y por último, el resultado que se obtuvo de ella y que se concretó en la suscripción de los actos jurídicos impugnados, es de especial relevancia la indiscutible figuración que tuvieron los agentes de seguridad y control durante la etapa preliminar; después de hacer acto de presencia en la casa del demandante y de su cónyuge y finalmente en la notaría, porque el motivo de explicación dado por los demandados a tal participación, a saber, la beligerancia del señor Jorge Monsalve Mazo, carece de toda prueba, pues, no puede pretenderse que lo sea la xeroscopia que obra a folio 37 cuaderno número 1, expedida el mismo día en que se reunieron aquél y los demandados con el abogado, porque dicha orden obedeció a la queja presentada por el socio Antero Higuita, sin medio alguno que la respaldara en esa ocasión ni ahora, en el proceso, en el que sólo aluden a dicha situación los dos demandados".

3. Lo expuesto precedentemente es igualmente predicable para la primera parte del último cargo, pues allí los impugnantes vuelven a recabar sobre el error de hecho en que incurrió el Tribunal al deducir de la presencia de los precitados agentes en las instalaciones de la empresa demandada "... que los demandados atemorizaron al demandante y consecuencialmente le arrancaron su voluntad de manera coactiva"; y hace así mismo, inocuo cualquier examen acerca del presunto yerro de facto en que habría incurrido el *ad quem* al no definir concretamente la ubicación de los agentes en el momento de la reunión.

Por ese mismo camino se desemboca en la inanidad de la segunda parte del mismo cargo, pues es lo cierto que aunque se demostrase que la presencia de los agentes de policía del municipio de Bello no cubrió todo "... el curso legal del acto complejo", el yerro cometido sería intranscendente, pues la presencia de la fuerza sigue sostenida en las otras pruebas, ya reseñadas, que la censura se guardó de controvertir.

4. Por último cabe decir, respecto del tercer cargo que, en primer lugar, se trata indiscutiblemente de un medio nuevo, como quiera que el específico aspecto ahora traído a la Corte no fue ventilado en las instancias, a pesar de que la parte recurrente dispuso de oportunidad para proponerlo; en segundo lugar, que los impugnantes no demuestran, frente a la prueba pericial, el yerro de facto en que había incurrido el *ad*

quem al apreciarlo, pues la suma acogida es la que ciertamente dedujeron los peritos de los factores tenidos en cuenta por ellos, para rendir el dictamen; y, en tercer lugar, que el error denunciado, de existir, sería de derecho, por otorgarle mérito probatorio a un dictamen carente de los requisitos indicados en el numeral tercero (3°) del artículo 236 del Código de Procedimiento Civil y en el numeral sexto (6°) del artículo 237 *ibidem*.

Por tanto, tampoco prosperan estos cargos.

5. Como quiera que al despachar el primer cargo fue menester corregir doctrinariamente al Tribunal, no hay lugar a condenar en costas en el recurso extraordinario.

IV. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia proferida en este proceso el 20 de noviembre de 1989 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo Carranza Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO A-124

SENTENCIA - ACLARACIÓN

Unicamente procede ante circunstancias regladas específicamente por el ordenamiento procesal. Excepcionalmente cuando la sentencia se resiente verdaderamente en su claridad. Precisión acerca de cuáles son los conceptos o frases que le abren paso a dicho correctivo. No puede utilizarse para replantear el litigio, decidir sobre la legalidad de lo ya resuelto, o en procura de que se analicen y expliquen situaciones ya definidas. Requisitos para que haya lugar a la aclaración de la sentencia. Lo que debe entenderse por aclarar.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Referencia: Expediente número 3387.

Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Decide la Corte sobre la petición de aclaración de la sentencia de 15 de mayo de este año, mediante la cual se desató el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 14 de septiembre de 1990, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en el proceso ordinario adelantado por la Flota Mercante Grancolombiana S.A., contra la Empresa Puertos de Colombia (Colpuertos).

ANTECEDENTES

Solicita el recurrente en casación, Empresa Puertos de Colombia, se aclaren algunos conceptos de la parte motiva de la providencia, aduciendo que ofrecen motivo de duda y que fueron influyentes en la decisión de no cesar el fallo impugnado.

Se refieren esos conceptos a las afirmaciones que hizo la Corte en el sentido de que los propietarios de la Nave Fancos no demandaron ni demandarán la indemnización de los perjuicios ocasionados al buque, porque recibieron su importe de la demandante y su agente marítimo y, en el sentido de que cuando una persona concurre con otro en la producción del daño causado a una cosa que no le pertenece ambos son solidariamente responsables del perjuicio "procedente del mismo delito o culpa" (art. 2344 del C.C.) y si a la vez aquella indemnizó la totalidad del daño, por ejemplo, al propietario de la

cosa, por virtud del fenómeno de la subrogación legal tiene derecho para que el otro participe del perjuicio le pague la parte que le corresponde en la deuda.

Agrega el peticionario que esos conceptos fueron trascendentes pues abrieron paso a la acción de la Flota Grancolombiana S.A., por lo cual pide que la Corte le indique en qué fecha o fechas se hicieron los pagos, cuánto fue lo pagado, en qué lugar, en qué fecha se produjo la subrogación de la demandante, en qué acción se subrogó y en cuál causa, distinta de decirse armadora, apoyó su demanda la Flota Mercante Grancolombiana S.A

CONSIDERACIONES

1 Para precaver la inseguridad y caos en las decisiones que asumen el carácter de sentencias, se ha establecido como principio general en la ley de enjuiciamiento civil, que tales actos procesales son intangibles o inmutables por el mismo juzgador que los dictó, como quiera que no los puede reformar y menos revocarlos; sólo eventualmente y ante circunstancias preestablecidas o regladas específicamente por el ordenamiento procedimiental, puede aclarar, corregir, o adicionar su respectivo fallo.

2. Excepcionalmente, cuando la sentencia se resiente verdaderamente en su claridad, surge como correctivo jurídico el de la aclaración, o sea, que en ella aparezcan conceptos o frases que denoten verdadero motivo de duda, "siempre que estén contenidos en la parte resolutiva de la sentencia o influyan en ella" (art. 309 del C. de P.C.).

Al precisar la doctrina y la jurisprudencia los alcances del remedio de la aclaración de los fallos, ha insistido reiteradamente que los conceptos o frases que le abren paso a dicho correctivo, "no son los que surjan de las dudas que las partes aleguen acerca de la oportunidad, veracidad o legalidad de las afirmaciones del sentenciador; sino aquéllos provenientes de redacción ininteligible, o del alcance de un concepto o de una frase en concordancia con la parte resolutiva del fallo" (G.J. T. XLIX, 47).

3. No ha pretendido el legislador que en pos de aclarar la sentencia encuentre la parte la vía expedita para replantear el litigio, o en utilizar la aclaración para que se decida sobre la legalidad de lo ya resuelto en fallo, o en procurar que se analice y expliquen situaciones ya definidas.

Precisamente, sobre el punto tiene sentado la jurisprudencia de la Corporación:

"La inteligencia y aplicación de este precepto comportan: a) Que se trate de una sentencia (hoy son aclarables los autos); b) Que el motivo de la duda de los conceptos o frases sea verdadero y no simplemente aparente; c) Que dicho motivo de duda sea apreciado y calificado por el juez y no por la parte que pide la aclaración, desde luego que es aquél y no ésta quien debe explicar y fijar el sentido de lo expuesto y resuelto en el fallo; d) Que la aclaración incida en las resultas de la sentencia y que no se trate de explicar puntos meramente académicos y especulativos, sin influjo de la decisión; e) Que el solicitante de la aclaración señale de manera concreta los conceptos o frases que considera oscuros, ambiguos o dudosos; f) Que con la aclaración no se pretenda ni se llegue a modificar, alterar o reformar lo decidido en la sentencia; g) Que la aclaración no tenga por objeto renovar la controversia sobre la legalidad o juridicidad de las

cuestiones resueltas en el fallo, ni buscar explicaciones sobre el modo de cumplirlo" (G.J. T. XCVIII, págs. 5 y 6).

4. Conviene destacar, además, que la locución "aclarar" significa disipar o eliminar lo que entorpece la transparencia o claridad de alguna cosa; volver inteligible lo que aparezca oscuro, dudoso o incierto. Es por ello que la jurisprudencia tiene dicho que no todo concepto o frase es, pues, susceptible de aclaración, "sino aquellos que den lugar a un verdadero motivo de duda, es decir, que por su redacción ininteligible o por la vaguedad de su alcance puedan servir para interpretar confusamente la resolución. De manera que si la ambigüedad de la frase o del concepto son aparentes o, mejor dicho, la duda que de ellos pueda surgir no es eficaz para afectar el sentido exacto y jurídico de la decisión, no será procedente la aclaración" (auto de 8 de noviembre de 1956, Nos. 2171 a 2173, pág. 599). "El recurso de aclaración, otorgado a los litigantes por el artículo 482 del Código Judicial (hoy por el art. 309 del C. de P.C.), es de carácter eminentemente estricto. Cualquier flexibilidad de interpretación se tornaría susceptible a convertirlo en vía indirecta para que el juzgador revocara o reformara la sentencia que ha pronunciado. Y esto pugna con la prohibición expresa en el mismo texto legal" (auto de 14 de agosto de 1961, T. XCVI, pág. 121). "Es inaceptable, so pretexto de que se aclare la sentencia, la impugnación de los fundamentos de ésta, alegando haber cometido error al respecto, pues la 'sentencia no es revocable ni reformable por el mismo juez o Tribunal que la ha pronunciado' (auto de 11 de octubre de 1960, Nos. 2228 y 2229, 582).

De suerte que el remedio dicho, como ya se expuso, no le abre campo al interesado, ni por ende, al juzgador, para hacer nuevos planteamientos y razonamientos, puesto que de no ser así, fácilmente se llegaría a la revisión del fallo, situación anómala y caótica vedada por el legislador. Por tal virtud, apartarse la parte de los planteamientos jurídicos del fallo, por tener criterio diferente del apuntado en la decisión, no puede servir de fundamento para lograr la aclaración de una sentencia

5. Al confrontar las premisas sentadas con el fallo pronunciado el 15 de mayo de este año y con la solicitud de aclaración, se observa que no existen conceptos o frases ininteligibles que ofrezcan verdadero motivo de duda contenidos en su parte resolutiva o que incidan en la misma.

6. Lo que en el fondo persigue la parte demandada, so pretexto de aclaración, es poner en entredicho los soportes probatorios y jurídicos que sostienen las decisiones tomadas en la sentencia, porque presuntamente no los comparte o tiene otros puntos de vista al respecto.

RESOLUCIÓN

En armonía con lo expuesto, la Corte **deniega** la petición de aclaración formulada por la Empresa Puertos de Colombia (Colpuertos).

NOTIFÍQUESE.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

SENTENCIA NUMERO 229

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía Indirecta - Error de Hecho / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de Hecho - Interpretación Contratos / CONTRATOS - Interpretación

Puede presentarse como consecuencia de error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda, de su contestación o de determinada prueba. Evidencia del error. La autonomía de los juzgadores en la interpretación de los contratos y el error de hecho en esta materia.

CONTRATOS - Interpretación / CONTRATOS - Transacción / TRANSACCION

Corresponde al juez la interpretación de los contratos cuando hay discrepancia sobre ella entre los contratantes. Características del contrato de transacción. Cuando se refiere a inmuebles se torna en contrato solemne y para que tenga efectos jurídicos debe constar por escritura pública.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: *Eduardo García Sarmiento*

Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 21 de marzo de 1991 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario promovido por Marco Antonio Gómez Barrera frente a Blanca Nieves Buitrago de Posada.

I. Antecedentes

1. Mediante libelo que por repartimiento correspondió al Juzgado 3° Civil del Circuito de Bogotá, Marco Antonio Gómez Barrera, por medio de procurador judicial, demandó a Nieves Buitrago de Posada, para que por los trámites de un proceso ordinario de mayor cuantía se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1. Que es valido el contrato de transacción celebrado entre mi representado, señor Marco Antonio Gómez Barrera y la señora Blanca Nieves Buitrago de Posada, el día 15 de marzo de 1978, cumplido a cabalidad por mi poderdante en marzo 18 de 1983, respecto a la venta plasmada en la escritura pública número 6862 del 15 de noviembre de 1973 en la Notaría Quinta de Bogotá y su devolución y rescisión allí pactados, sobre el inmueble de la calle 34 número 24-48 y 24-50 sur de Bogotá.

"2. Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la demandada a rescindir la venta y a devolver la escritura del inmueble de la calle 34 sur números 24-48 y 24-50 de la ciudad, situado en el barrio Francisco José de Caldas, alinderado así: Por el sur, en siete (7) metros con la calle treinta y cuatro (34) sur; por el norte, en siete metros (7) con parte del solar número cuatro A (4A) de la manzana "H"; por el oriente, en veinte metros (20 mts) con el solar número tres (3) de la manzana "H"; y por el occidente, en veinte metros (20) con el solar número uno (1) de la manzana "H", devolución escrituraria que debe hacerse en favor de mi representado Marco A. Gómez Barrera.

"3. Se condene a la demandada Blanca Nieves Buitrago de Posada al resarcimiento de los perjuicios a Marco Antonio Gómez Barrera, causados con su desconocimiento del contrato de transacción y su consecuencial incumplimiento.

"4. Se condene a la demandada a la devolución escrituraria en la Notaría 22 de Bogotá, según se desprende de los acuerdos generales sobre dicha operación.

"5. Se condene en costas y perjuicios a la demandada ocasionados por la presente acción"

2. Como apoyo de las pretensiones se expusieron los siguientes hechos:

2.1 El 15 de noviembre de 1973 Marco A. Gómez Barrera y Blanca Nieves Buitrago de Posada celebraron un contrato de venta sobre el inmueble "de la calle 34 sur números 24-48 y 24-50 de Bogotá.

2.2 La demandada canceló una "cuota efímera", quedó adeudando la mayor parte "confiada en un préstamo del Banco Central Hipotecario.

2.3 Como el Banco no le prestó, la demandada acudió al demandante para que deshicieran el negocio, "desde el año de 1974 evento que fue acordado verbalmente entre los dos" (fl. 137 c. 1).

2.4 El demandante en cumplimiento del primer pacto, comenzó a cancelar intereses por la suma recibida de la demandada.

2.5 En marzo de 1978 llevaron a escrito el acuerdo verbal ya celebrado, fijaron cláusulas y condiciones.

2.6 Como el predio era ocupado por una inquilina problemática acordaron "varios aspectos accesorios" para lograr su desocupación.

2.7 En desarrollo de las "cuestiones accesorias" la demandada quiso desconocer el acuerdo general expresando al demandante que tan pronto el predio fuera desocupado lo vendería y por esa actitud aquél dio orden para suspender el juicio de lanzamiento.

2.8 Mediante un sinnúmero de "recibos que hacían referencia a abonos por cuenta del acuerdo de rescisión", el demandante comenzó a cumplir con su obligación de entregar cierta suma de dinero.

2.9 La demandada haciendo gala de su desconocimiento "del pacto transaccional sobre la rescisión de la venta y su devolución escrituraria demandó equivocadamente a la tenedora o arrendataria de la heredad, señora Rosalbina Martínez de Mera" (fl. 13 c. 1).

2.10 El juez al darse cuenta de la demanda infundada, corrió traslado al demandante y al creer que la acción era equivocada, decretó la nulidad de lo actuado.

2.11 Al final del proceso, el demandante consignó el saldo que faltaba para dar cumplimiento al contrato transaccional de 15 de marzo de 1978, le hizo saber a la demandada, renunció a la desocupación y le dio la suma de $25.000.00 que estaban consignados en el Juzgado 20 Civil Municipal de Bogotá.

2.12 La demandada mal aconsejada, seguía y sigue desconociendo el acuerdo cuya validez y cumplimiento se sigue de esta acción.

2.13 En la Notaría 22 se le citó para que diera cumplimiento a la transacción y no quiso firmar ni siquiera la escritura de presentación, alegando que no sabía que era una transacción.

2.14 La demandada sin razones legales ha querido adueñarse de la propiedad, desconocer la transacción causando graves perjuicios al demandante.

3. Subsanada la demanda, se admitió y se ordenó correrla en traslado a la demandada, quien oportunamente la contestó oponiéndose a las súplicas, y en relación con los hechos dijo ser ciertos el 1, el 6 y el 10; no ser ciertos el 2, el 3, el 4, el 5, el 7, el 9, el 11, el 12, el 13 y el 14 y no constarle el 8 (fls. 20 a 22, c. 1).

4. Tramitado el proceso, el juzgado le puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 31 de julio de 1990, resolviendo lo siguiente:

"1. Deniéganse las pretensiones de la demanda, de las cuales se absuelve a la parte demandada.

"2. Decrétase la cancelación de la inscripción de la demanda.

"3. Condénase en las costas del proceso a la parte demandante. Tásense" (fl. 139, c. 1).

4. Apelada esta decisión por el demandante, el Tribunal en sentencia de 21 de marzo de 1991 la confirmó en su totalidad y condenó en costa al apelante (fl. 17, c. 4).

II. Fundamentos de la sentencia del Tribunal

5. El Tribunal luego de historiar el proceso, advierte la inexistencia de causal de nulidad impeditiva de la sentencia de mérito, hace mención de la pretensión, la que ubica en el campo contractual "a propósito de que se refiere a una declaración sobre un negocio jurídico que el actor denomina transacción, para que se declare válido y consecuencialmente se condene a cumplir lo allí pactado, junto con el reconocimiento de los perjuicios causados por el incumplimiento de la demandada" (fl. 14, c. 4).

Destaca el convenio que recoge el escrito del 15 de marzo de 1978, "donde demandante y demandado decidieron rescindir el 'contrato celebrado el día 15 de noviembre de 1973' en los términos de la escritura número 6882 de la Notaría Quinta de Bogotá, en virtud de la cual el primero vendió a la segunda un bien inmueble ubicado en la calle 34 números 24-48 y 24-50 sur de Bogotá" (fl. 14, c. 4).

Afirma que como consecuencia de las obligaciones pactadas en el documento, el demandante se obligó a entregar a la demandada la suma de $50.000.00 y ésta a devolverle el inmueble una vez fuera desocupado por los arrendatarios que lo ocupaban y a suscribir el pertinente título escriturario en un término de 15 días máximo. Se pactó, también, continúa el *ad quem*, que al momento de otorgarse la escritura se cancelaría un gravamen hipotecario que pesaba sobre la heredad.

Seguidamente habla del contrato de transacción y sus características de bilateral, consensual y oneroso y acota que "el contrato cuya declaración de validez judicial se impetra, ni por asomo siquiera dibuja la intención de las partes en ponerle fin a una controversia o precaver la eventual en caso de no existir aquélla. Y menos que se hayan colocado en la situación de concederse mutuamente parte de un derecho que disputan al cual no se hace mención alguna.

"Por el contrario lo que el documento contiene no es una cosa diferente a que los contratantes manifestaron su ánimo de deshacer un contrato de compraventa que antes habían perfeccionado", obligándose la compradora -demandada a transferir el dominio a su vendedor- demandante previa la restitución de éste a aquélla de $50.000.00 y que desocupado que fuera el inmueble a suscribir de inmediato la correspondiente escritura, en un término de quince (15) días máximo".

Sostiene el Tribunal que de los elementos de convicción obrantes en el proceso, resulta claro que la causa que originó el contrato que se analiza no es otra que el incumplimiento de la demandada en el pago del precio del contrato de compraventa acordado con su demandante, "que ambos quisieron deshacer o 'rescindir' para que las cosas volvieran al estado anterior" y que si bien de esa circunstancia se vislumbra "como posible un litigio para resolver el contrato de compraventa, por el incumplimiento de la compradora, queda incólume el hecho palmar que por el convenio materia decisoria de este proceso no hay concesión recíproca de derechos que disputen las partes".

Continúa el *ad quem*, si la anterior postura no fuere exacta y pudiera calificarse el contrato como de transacción, había que avalar la postura del *a quo* en el sentido de que por referirse a un inmueble debía constar en escritura pública, "lo cual no se hizo, para concluir su ineficacia y en la de los efectos jurídicos pretendidos por los contratantes".

Finalmente expresa que el aludido acuerdo de voluntades refleja la intención de celebrar una promesa de compraventa en que demandante y demandada adquirieron el compromiso de suscribir una escritura pública 'en un término de quince (15) días máximo' una vez desocupada la heredad. Promesa que no reúne los requisitos exigidos por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 por falta de plazo y lugar - notaría de su ejecución" (fl. 17, c. 4).

III. La demanda de casación

Un cargo formula el demandante contra la sentencia, que pasa a resolverse.

Cargo único

Se acusa la sentencia como violatoria por vía indirecta de los artículos 5° y 8° de la Ley 153 de 1887; 4° del C. de Procedimiento Civil y 1495, 1502, 1602, 1603, 1610, 1613, 1618, 1620, 1546, 1622, 1624 y 2469 del C. Civil por falta de aplicación como consecuencia de los graves y trascendentes errores de hecho en la apreciación de la demanda y del material probatorio.

6. En el desarrollo de la censura dice el impugnante, que el Tribunal concluye de su análisis probatorio que no existió transacción por los siguientes motivos;

a) Sostiene que no hay prueba alguna de que se quisiera precaver un posible o eventual litigio contradiciéndose cuando consigna 'se vislumbra un posible litigio para resolver el contrato de compraventa' con lo cual está manifestando que evidentemente existía "un posible o eventual litigio entre las partes". Si el sentenciador hubiera "puesto en juego la rutinaria y obligatoria preceptiva sobre interpretación de los contratos" contenida en los artículos 1618 y ss. del C. Civil habría caído en la cuenta que se debe acudir más que a las palabras textuales empleadas en el contrato a la verdadera intención de las partes consistente en rescindir un contrato que por lo demás les estaba aparejando serias dificultades porque de un lado la compradora estaba en mora de cancelar el saldo del precio y el vendedor estaba en situación "de no recuperar o su dinero o, alternativamente, el inmueble vendido", todo lo cual constituía una eventualidad de uno o varios litigios, "de la cual el Tribunal, en su cúmulo de desaciertos fácticos, tampoco se percató, incurriendo en grave error de hecho". "de concluir que no estaba comprobada la existencia de ese eventual litigio o litigios, no obstante que sí admitió poderlo 'vislumbrar' ".

Seguidamente nota que la ley no exige que el litigio sea cierto ni actual sino simplemente 'eventual', que la plena prueba que constituye comprobación y contraevidencia que el litigio no sólo se vislumbraba "sino que se transformaría como evidentemente se transformó", es no sólo la demanda y su contestación en este proceso sino "todo el proceso mismo", contra la errada apreciación fáctica del Tribunal;

b) Sostiene que en el contrato las partes no hicieron mutuas concesiones y que, por tanto no existe transacción alguna. Asevera el censor, el propio contrato fue calificado por las partes "de transacción", tuvo por objeto principal desbaratar o 'rescindir', según palabras de los contratantes el anterior contrato de compraventa de un inmueble urbano, "contenido en la escritura número 6862 de 1973 de la Notaría Quince de Bogotá, en donde se había previsto que la compradora Blanca Nieves Buitrago de Posada quedaba debiendo a Gómez Barrera la suma de $90.000.00 con intereses, con plazo de ocho (8) meses y con garantía hipotecaria".

Expresa el censor que no hay explicación para que el Tribunal no hubiera advertido que mediante la transacción la compradora y deudora estaba quedando libre no sólo de esa deuda "sino de soportar bajo una acción de incumplimiento y pago de perjuicios, al tenor del artículo 1546 del C. Civil en armonía con el 1613 de la misma obra" y que por

tanto es obvio que no puede sostenerse que por parte del actor no hubo una concesión de carácter pecuniario en favor de su contratante.

Agrega que el *ad quem* no percibió que el vendedor se obligó a pagar a la compradora $50.000.00 y que según el contrato transaccional esta se obligó a devolver la escritura de compra a aquél, estipulación constitutiva de una clara concesión, por lo cual es inexacta la apreciación fáctica, y palmar la incursión en protuberante y trascendente error de hecho, como quiera que las partes sí pactaron mutuas concesiones en el contrato mencionado;

c) No percatarse que en el supuesto de que el contrato titulado como transacción no tuviera ese carácter, si tiene las características de un verdadero contrato, si se quiere "innominado" pero de todas maneras de indudable estirpe contractual.

Explica el censor, los contratos no siempre encajan dentro de las denominaciones contempladas en el Código Civil, lo importante no es el nombre dado sino su verdadera naturaleza y contenido, tal como lo anota el artículo 1618, sea cualquiera la denominación tendrán el carácter de contratos con todas las consecuencias legales, aquellos actos jurídicos concertados por voluntad de las partes "capaces para contratar destinados a crear obligaciones a cargo de una de ellas, o de ambas, con el fin primordial de producir efectos jurídicos, siempre y cuando que tengan causa real y objeto lícitos, y consentimiento exento de vicios" (fl. 12 de este c.). Es irritante que el Tribunal no haya ponderado al menos la existencia del contrato innominado que de no ser transacción sí es un verdadero contrato.

Prosigue el censor, el *ad quem* no le dio el carácter de transacción, desde luego en forma equivocada, tampoco se detuvo a examinar si se trataba de otra suerte de contrato y procedió "a cerrar a piedra y lodo la puerta por la cual el demandante, y hoy recurrente en casación, estaba reclamando sus legítimos derechos sustanciales", tal actitud choca con el sabio precepto del artículo 4° del C. de Procedimiento Civil. Si la "referida 'transacción' no tuviere realmente las características de tal" y siendo un contrato atípico o innominado que "no vio o no quiso ver el Tribunal que se trata de un verdadero precontrato, o sea de aquel contrato, si se quiere provisional pero contrato de todas maneras, por él las partes acuerdan celebrar posteriormente un contrato definitivo".

Seguidamente el censor transcribe lo expuesto por Francesco Messineo en relación con el contenido y efectos propios del contrato preliminar y afirma que de la transcripción se desprende que al desconocerse por el Tribunal la eficacia y validez del contrato bautizado por las partes como de transacción, no se percató que estaba en presencia de un precontrato válido, o sea de la figura descrita y analizada por el citado tratadista, porque de la simple lectura brota un contrato preliminar o precontrato en donde las partes pactaron cuál sería el contrato definitivo "o sea el consistente en deshacer la compraventa que habían celebrado en 1973, con inclusión de algunas prestaciones mutuas" que debían cumplir:

d) Considerar que la transacción ha debido constar por escritura pública por tratarse de una obligación de transferir un inmueble. Es inconcebible, expone el censor, que se cometa semejante equivocación porque en el documento "no se está transpasando derecho real alguno sobre un inmueble", sino simplemente se está estipulando la

obligación posterior y definitiva consistente en efectuar el traspaso o sea que se trata de dos situaciones jurídicas diferentes: La primera de hacer y la segunda de dar. El objeto del contrato aducido en este pleito no es otro que el proceder más tarde a otorgar un contrato diferente, o sea el definitivo, el que sí tiene por objeto a diferencia del precontrato "la transferencia directa de un derecho real sobre un inmueble, amén de otras prestaciones".

Continúa el casacionista, "sin la ceguera del Tribunal" hubiera concluido que por tratarse de un precontrato, conforme lo expresa Messineo, se le debía aplicar a ese acto jurídico la genuina interpretación pertinente, consistente en que, según el maestro de Milán 'el contrato preliminar se distingue netamente del contrato definitivo por el hecho de que no produce un efecto diverso y mayor que el de la obligación de concluir un contrato futuro. Nada de ello vio el Tribunal y de allí su error en considerar que el contrato de 'transacción' o 'precontrato' debería haber sido extendido en escritura pública.

Y si se tratare de transacción la situación es idéntica, ella puede revestir la modalidad de precontrato, que es precisamente lo acordado en el documento visible al folio 9 del cuaderno 2 pero no, como con grave error de hecho lo apreció el Tribunal de consignar en un documento "el traspaso del derecho real de dominio sobre el inmueble", traspaso que en el precontrato o transacción se reservó para una etapa posterior; el yerro del Tribunal por no haberse percatado que el objeto del contrato "no era el traspaso del derecho de dominio sobre un inmueble, sino la obligación personal de otorgar un contrato definitivo" lo llevó a no darle validez al "contrato en cuestión" y a confirmar la sentencia absolutoria de primer grado.

A renglón seguido nota que los graves y evidentes errores de hecho llevaron por vía indirecta al Tribunal a violar las normas sustanciales, así:

a) Violó la preceptiva sobre interpretación de los contratos contenida en los artículos 1618, 1620, 1622 y 1603 del C. Civil que pregonan la prevalencia de la intención de las partes; "que para entender sus cláusulas debe preferirse el sentido de que produzcan efecto con preferencia a aquellas que no lo producen"; que sus cláusulas deben interpretarse en conjunto y no aisladamente y que los contratos obligan no sólo a lo que en ellos se exprese, sino a todas las cosas que emanen de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenezcan a ella. Además violó los artículos 5° y 8° de la Ley 153 de 1887 y 30 del C. Civil que ordenan aplicar la equidad natural, la sana crítica y la hermenéutica, lo mismo que aplicar las leyes que regulen casos o materias semejantes;

b) La violación de las normas que el Tribunal no aplicó se produjo porque vio que el contrato era una verdadera transacción o, en el peor de los casos, un contrato innominado con todas sus consecuencias legales como lo prevé el artículo 1495 del C. Civil;

c) La infracción del Tribunal lo condujo a violar la preceptiva que regula el contrato de transacción o el contrato innominado.

Termina diciendo el casacionista que el Tribunal desconoció lo relativo a la correspondiente indemnización de perjuicios provenientes del incumplimiento de una

obligación contractual de hacer, "todo contenido en los artículos 1602, 1546, 1603, 1610, 1613 y 2469 del C. Civil".

Consideraciones de la Corte

8. El cargo es ciertamente defectuoso, puesto que el mero planteamiento de que el acto jurídico si no fue una transacción, constituye un contrato innominado, o un contrato preliminar, deja ver a simple golpe de vista y de entrada, que el error de hecho denunciado no pudo cometerse, como que el criterio del Tribunal al calificar dicho negocio, no es en modo alguno ilógico, porque la realidad objetiva permite esa interpretación sin que riña con el sentido común. Este razonamiento sería de entrada suficiente para el fracaso de la acusación. A pesar, sin embargo, se mirarán otros de la censura.

9. En términos del inciso segundo del artículo 368 del C. de Procedimiento Civil, la violación de la norma sustancial puede presentarse como consecuencia de error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda, de su contestación o de determinada prueba

Exigen la doctrina y la jurisprudencia que el error fáctico que conduce a la violencia de la ley debe ser manifiesto, "es decir, tan grave y notorio que a simple vista se imponga a la mente, sin mayor esfuerzo ni raciocinio, o, en otros términos de tal magnitud, que resulte absolutamente contrario a la evidencia del proceso. No es, por lo tanto, error de hecho que autorice la casación de un fallo aquél a cuya demostración sólo se llega mediante un esforzado razonamiento" (G.J. LXXVIII, pág. 972).

Y en relación con el error de hecho en la interpretación de los contratos, la Corte ha dicho que ella corresponde "a la discreta autonomía de los juzgadores de instancia, la que el Tribunal haga no es susceptible de modificarse en casación, sino a través de la demostración de un evidente error de hecho que ponga de manifiesto, palmaria y ostensiblemente, que ella es de tal alcance que contradice la evidencia" (Cas. Civil de 15 de junio de 1972, G.J. CXLII).

En sentencia de 10 de mayo de 1989 la Corte anotó: "Si el juzgador, en la labor hermenéutica de las cláusulas de un contrato les asigna una inteligencia o interpretación razonable o posible, no se configura en tal evento un yerro con las características de evidente, porque como bien lo tiene sentado la jurisprudencia de la Corte, 'cuando la cláusula se presta a dos interpretaciones razonables o siquiera posibles, la adopción de cualquiera de ellas por el sentenciador no genera error evidente, puesto que donde hay duda no puede haber error manifiesto en la interpretación' (Cas. Civ. de 3 de junio de 1969, CXXXI, 14). Y es apenas obvio que el yerro de facto, cuya característica fundamental es el de que sea evidente, o como lo observa la doctrina de la corporación, que 'salte de bulto' o 'brille al ojo', sólo se presenta "cuando la única estimación aceptada sea la sustitutiva que se propone. Por manera que la demostración del cargo ha de conducir al convencimiento de la contraevidencia, inconcebible cuando el resultado que censura es producto de sopesar distintas posibilidades que termina con la escogencia de la más probable, 'sin que ninguna de ellas esté plenamente contradicha por otras pruebas del proceso' " (Cas. Civ. de 30 de enero de 1962, XCVIII, 4 de mayo de 1970, CXXXIV, 146 y 147; 6 de septiembre de 1983, aún no publicada).

En el *sub lite* la censura endilga al Tribunal "errores de hecho en la apreciación de la demanda y del material probatorio" (fl. 9 de este C.). Empero, en el desarrollo del cargo no indica la falta o error en la apreciación del libelo, de modo que el recurrente no pasa de su enunciación y por no precisar el error impide a la Corte hacer pronunciamiento, dado que es deber del casacionista demostrar el error conforme se exige por el numeral 3 del artículo 374 del C. de Procedimiento Civil, y de acuerdo con lo anotado por esta corporación en sentencia de 28 de marzo de 1990, de que el recurrente tiene la carga de "indicar y demostrar el error, o sea, explicar cómo se dio la suposición, preterición, etc., teniendo presente que este cometido ha de arrancar de un presupuesto inderogable, que estriba en que el error deba aparecer de modo manifiesto en el proceso, según lo pide el inciso 2 del ordinal 1 del artículo 368, también citado".

10. En relación con el error de hecho en la apreciación del material probatorio, lo hace consistir el recurrente en la interpretación que el Tribunal le dio al convenio que recoge el escrito que obra al folio 9 del cuaderno 1, suscrito por las partes el 15 de marzo de 1978.

La conclusión que saca el Tribunal es que el convenio "refleja la intención de celebrar una promesa de compraventa que no contiene los requisitos de validez", la censura en el desarrollo del cargo señala dos posibilidades, una que la verdadera intención de las partes, conforme se calificó el convenio, fue la de transar un eventual litigio, y la otra en que en el supuesto que no se den las características de la transacción, es un contrato innominado o un precontrato.

Las leyes referentes a los contratos son normas supletivas de la voluntad de los contratantes y sólo cuando hay inconformidad entre éstos corresponde al juez interpretarlos y en esta labor, como se dijo en sentencia de 11 de septiembre de 1984, el juez no debe olvidar "la naturaleza jurídica de un acto no es la que las partes que lo realizan quieran arbitrariamente darle, sino la que a dicho contrato corresponda legalmente según los elementos propios, sus calidades intrínsecas y las finalidades perseguidas".

De acuerdo con las disposiciones que regulan el contrato de transacción, éste tiene las características de bilateral, oneroso y consensual; sin embargo, cuando se refiere a inmuebles se torna en contrato solemne y para que tenga efectos jurídicos debe constar por escritura pública. Así lo expresó la Corte en sentencia no publicada, el 14 de julio de 1981:

"1. De acuerdo con la recta interpretación que se le ha dado al artículo 2469 del Código Civil, la transacción es un contrato bilateral y oneroso por medio del cual las partes, por simple acuerdo de voluntades, pues por regla general es consensual y por excepción solemne, 'mediante concesiones recíprocas', ponen fin a un litigio pendiente o precaven uno eventual.

"2. Así mismo la transacción es contrato meramente declarativo de dominio, a no ser que recaiga sobre objetos fuera de disputa supuesto en el cual tórnase en título traslaticio. 'Las transacciones, dice el último inciso del artículo 765 del Código Civil, en cuanto se limita a reconocer o declarar derechos preexistentes no forman nuevo título; pero cuando transfieren la propiedad de un objeto no disputado, constituyen un título nuevo'. Como ejemplo se trae el caso en que se controvierte el dominio de un

predio efectuándose la transacción con el reconocimiento del dominio sobre él a uno de los pleitesantes, el cual en compensación le transfiere al otro la propiedad de una casa.

"3. En esta última hipótesis, es elemental que el contrato deja de lado además su característica de consensual para convertirse en solemne, en razón de que hay transferencia de un predio por otro; imponiéndose desde luego el otorgamiento de la respectiva escritura pública, como se requiere, por otra parte, siempre que la transacción verse sobre bienes raíces, puesto que, de conformidad con el artículo 12 del Decreto 960 de 1970, 'deberán celebrarse por escritura pública todos los actos y contratos de disposición o gravamen de bienes raíces': actos que, por otra parte, están sujetos al registro a la luz del artículo 2° del Decreto 1250 de 1970. De ahí que, como dice entre otros Alessandri, la transacción es consensual, esto es que 'para perfeccionarse no requiere solemnidad alguna, y puede hacerse aun verbalmente', pero en cambio, si 'versa sobre bienes raíces, deberá constar por escritura pública, ya que de otra manera no podría practicarse la inscripción de ella en el registro del conservador de bienes raíces que corresponda' (Contratos, edición 1976, pág. 228).

"4. En el caso que se contempla en este recurso, dice el impugnante, el sentenciador vio dos convenciones: una previa de promesa de transmisión de un bien raíz y la consecuencial que llevaba a las partes a transigir un litigio eventual, tocante con el mismo inmueble. *Pero en realidad, advierte la Corte, el sentenciador toma en cuenta esas dos manifestaciones de voluntades como conducta adoptada por las partes para realizar un solo acuerdo: la transacción*".

En el convenio suscrito por las partes (fl. 9, c. 1), la demandada se obligó para con el demandante no sólo a devolver el inmueble sino a "suscribir la escritura pública" por "rescindir" el contrato celebrado el 15 de noviembre de 1973, luego la transacción alegada por el recurrente no surgió a la vida jurídica, en virtud de que no se recogieron sus estipulaciones en escritura pública.

Entonces la estimación que hizo el Tribunal, de no contener el convenio una transacción, sale victoriosa frente al yerro que le endilga el censor, porque su conclusión sirve de soporte para mantener el fallo, no obstante que para llegar a ella haya tenido en cuenta no sólo la falta de escritura pública sino también otras argumentaciones.

11. Además los errores que singulariza el censor no se dan. En efecto, se sostiene que el Tribunal se contradice cuando consigna 'se vislumbra un posible litigio para resolver el contrato de compraventa', empero esta conclusión que saca el actor no la deduce de la sola interpretación del contrato sino "de los elementos de convicción que obran en el proceso" (fl. 16, c. 4) y no todos los medios probatorios fueron señalados como mal apreciados.

Se enrostra igualmente error por inadmitir las mutuas concesiones que se hicieron las partes a pesar de que ellas mismas calificaron el convenio de transacción, olvidando la censura que la eficacia jurídica de un acto no es la que las partes quieran darle sino la que corresponde según la ley acorde con la naturaleza del mismo.

Finalmente en relación con el yerro por no percatarse de "que en el supuesto de que el contrato" "no tuviera el carácter de transacción", sí tiene las características de un

verdadero contrato, si se quiere innominado, "un precontrato, perfectamente válido", no es de recibo la argumentación por tratarse de un medio nuevo al omitirse alegar este hecho en las instancias.

Dedúcese de lo anterior, que los yerros endilgados al Tribunal no se demuestran al menos que ellos salten de bulto, a primera vista y que la interpretación hecha por el Tribunal del contrato es inmodificable por no aparecer los errores de hecho y menos cuando la interpretación dada por el Tribunal al convenio, sirve de soporte suficiente al fallo, por verse claramente que el negocio jurídico celebrado no tiene el carácter de transacción y que el posible litigio que se afirmó "se vislumbra" se dedujo de todo el material probatorio aportado a los autos y no de la sola interpretación del contrato que obra al folio 9.

Lo dicho es suficiente para concluir que el cargo no prospera.

Decisión

Con fundamento en lo anotado, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **no casa** la sentencia de 21 de marzo de 1991 pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en este proceso ordinario de Marco Antonio Gómez Barrera frente a Blanca Nieves Buitrago de Posada.

Condénase en costas del recurso extraordinario al recurrente. Liquídense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase oportunamente.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Eduardo García Sarmiento, Pedro Lafont Pianetta, Héctor Marín Naranjo, Alberto Ospina Botero, Rafael Romero Sierra.

INDICE ALFABETICO

PRIMER SEMESTRE DE 1992

	Págs.
ACCION PAULIANA - Simulación	529
ACCION REIVINDICATORIA - Mejoras	435
ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO - Contrato - Depósito	97
CADUCIDAD - Revisión	582
CAPACIDAD PARA SER PARTE - Heredero - Cónyuge	487
CARTA DE CREDITO - Cesión	173
CASACION - Ataque todos los fundamentos	280
CASACION - Cosa Juzgada	597
CASACION - Disposiciones Contradictorias	90
CASACION - Improcedencia	51
CASACION - Medio Nuevo	396
CASACION - Nulidad Procesal	133
CASACION - Nulidad Procesal - Falta de Competencia	558
CASACION - Procedencia	477
CASACION - Requisitos	280
CASACION - Técnica	302
CERTIFICADO DE CAMBIO - Caducidad	181
COMPETENCIA - Conflicto	353
COMPETENCIA - Funcional - Diplomático	552
COMPETENCIA - Menor - Hecho Punible	353

	Págs.
COMPETENCIA - Nulidad Procesal	558
COMPETENCIA - Nulidad - Sala de Decisión	415
COMPRAVENTA - Simulación - Terceros	280
CONFESIÓN - Litisconsorcio Necesario	447
CONFESIÓN - Presunción	585
CONGRUENCIA	54-375-415-558
CONGRUENCIA - Incongruencia	97
CONTRATO DE ARRENDAMIENTO - Nave	395
CONTRATO DE DEPOSITO - Almacenes Generales	97
CONTRATO DE FLETAMENTO	395
CONTRATO DE SEGURO - Anticipación de su vigencia	462
CONTRATO DE SEGURO - Firma	119
CONTRATO DE SEGURO - Póliza	462
CONTRATO DE SEGURO - Prueba	119-462
CONTRATO DE TRANSPORTE - De Personas - Incumplimiento	80
CONTRATO DE TRANSPORTE - Responsabilidad del Transportador	80
CONTRATOS MERCANTILES - Interpretación	396
CONTRATOS - Interpretación	396-621
CONTRATOS - Transacción	621
COSA JUZGADA	264-597
COSA JUZGADA - Penal	80-597
DEMANDA - Heredero	233
DEMANDA - Heredero - Cónyuge - Prueba	487
DEMANDA - Interpretación	66-520
DEMANDA - Paternidad Natural	333
DEMANDA - Requisitos - Hechos	520
DERECHO DE CONTRADICCION - Defensa	54
DERECHO MARITIMO - Nave - Propietario Armador	395
DICTAMEN PERICIAL	416

	Págs.
DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS	375
DIVORCIO	51
DOCUMENTOS - Copias	192
DONACION	376
EMPLAZAMIENTO - Nulidad	511
EMPLAZAMIENTO - Procedencia	511
ENDOSO - En Garantía	542
ESTADO CIVIL - Prueba	302
EXCEPCION - Concepto - Categorías	54
EXCEPCION - Cosa Juzgada	597
EXCEPCION - Reconocimiento	54
EXEQUATUR	220
FIRMA	119
HEREDERO - Cónyuge - Prueba	487
HEREDERO - Litisconsorcio Necesario	294
IMPEDIMENTO	415-470
INCONGRUENCIA	54-375-415-447-558
INCONGRUENCIA - Nulidad Absoluta	133
INCONSONANCIA	66
INDICIOS	447-585
INEXEQUIBILIDAD - Sentencia - Efectos	181
JURISDICCION - De Familia	353
JURISDICCION - Inmunidad Diplomática	552
JURISDICCION - Inmunidad - Estados	552
JURISDICCION - Responsabilidad Extracontractual	29

	Págs.
LEGITIMACION EN LA CAUSA	66-487
LEY - Derogación	181
LITISCONSORCIO NECESARIO - Confesión	447
LITISCONSORCIO NECESARIO - Heredero	294
LITISCONSORCIO NECESARIO - Nulidad - Matrimonio	66
LITISCONSORCIO - Paternidad Natural - Petición de Herencia	511
MATRIMONIO CATOLICO	51
MATRIMONIO - Nulidad	66
MEDIO NUEVO	316
MEJORAS - Acción Reivindicatoria	415
MEJORAS - Partición Sucesoral Anulada	257
MENOR - Competencia	353
NAVE - Contrato de Arrendamiento y Fletamento - Diferencias	395
NAVEGACION - Acuática - Nave	395
NORMA SUSTANCIAL	542
NULIDAD - Falta de Insinuación	375
NULIDAD - Partición Sucesoral - Mejoras	257
NULIDAD ABSOLUTA	133
NULIDAD ABSOLUTA - Promesa de Contrato	477
NULIDAD PROCESAL - Cosa Juzgada	597
NULIDAD PROCESAL - Falta de Competencia	558
NULIDAD PROCESAL - Falta de Competencia - Sala de Decisión	415
NULIDAD PROCESAL - Falta de Emplazamiento - Legitimación	511
NULIDAD PROCESAL - Indebida Representación	133
NULIDAD PROCESAL - Interés	315
NULIDAD PROCESAL - Principio de Protección	315
NULIDAD PROCESAL - Saneamiento	315
NULIDAD, SIMULACION, ACCION PAULIANA, REVOCATORIA	529

Págs.

NULIDAD SUSTANCIAL - Matrimonio 66

NULIDAD SUSTANCIAL - Plazo 477

NULIDADES PROCESALES 558

PATERNIDAD NATURAL - Acción de Revisión 156

PATERNIDAD NATURAL - Alcance Patrimonial 487

PATERNIDAD NATURAL - Demanda 333

PATERNIDAD NATURAL - Petición de Herencia - Litisconsorcio 511

PATERNIDAD NATURAL - Posesión Notoria 134

PATERNIDAD NATURAL - Posesión Notoria - Prueba 156

PATERNIDAD NATURAL - Relaciones Sexuales 333

PERJUICIOS - Condena en Concreto 90

PERTENENCIA - Certificado del Registrador 40

PETICION DE HERENCIA 192

PETICION DE HERENCIA Y PATERNIDAD NATURAL - Litisconsorcio 511

PLAZO - Función 477

PRENDA GENERAL 529

PRESUNCION - Confesión 585

PRESUPUESTO PROCESAL - Demanda en Forma 40

PRESUPUESTOS PROCESALES 40

PRESUPUESTOS PROCESALES - Capacidad para ser Parte 233

PROMESA DE CONTRATO - Nulidad Absoluta 477

PROMESA DE CONTRATO - Plazo 477

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA - Endoso en Garantía 542

RECUSACION 415-470

RECUSACION - Num. 2, art. 150 C.P.C. 470

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL - Actividades Peligrosas - Requisitos 499

Págs.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL - Concurrencia de culpas - Reducción del daño ... 397

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL - Daño - Legitimación Activa y Pasiva ... 396

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL - Exitentes ... 499

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL - Personas Jurídicas ... 499

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - Transporte de Personas 80

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - Jurisdicción ... 29

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - Tercero Responsable ... 29

REVISION - Caducidad ... 582

REVISION - Impedimento - Recusación ... 470

SENTENCIA Aclaración ... 618

SENTENCIA INHIBITORIA - Presupuesto Procesal - Capacidad para ser Parte ... 233

SIMULACION ... 19-239-375-585

SIMULACION - Acción Pauliana ... 529

SIMULACION - Ante Terceros ... 280

SIMULACION - Autonomía de la Voluntad ... 239

SIMULACION - Indicios ... 207

SIMULACION - Legitimación ... 239

SIMULACION - Por Interpuesta Persona ... 207

SIMULACION - Pruebas ... 239

SIMULACION - Relativa ... 207

SIMULACION - Sociedad Conyugal ... 558

SIMULACION - Teoria Monista ... 239

SOCIEDAD CONYUGAL ... 558

SOCIEDAD CONYUGAL - Simulación ... 558

SOCIEDAD DE HECHO - Clases ... 358

Págs.

SOCIEDAD DE HECHO - Entre Herederos 358

SUCESION 223

SUCESION - Heredero - Prueba 223-302

SUCESION - Herencia - Aceptación 223

SUCESION - Partición Anulada - Mejoras 257

SUCESION - Representación 192

SUCESION - Transmisión 192

TITULO VALOR - Endoso en Garantía 542

TRANSACCION 621

VIOLACION INDIRECTA 29

VIOLACION LEY SUSTANCIAL 265

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Ataque Aislado de los Medios de Prueba 133

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Ataque todas las Pruebas 558

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Ataque todos los Fundamentos 133-257

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Costas 181

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de Hecho 239-264-477-487

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de Derecho 192-542

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de Hecho y de Derecho 133-542-585

VIOLACION LEY SUSTANCIA - Error de Hecho - Testimonio 315

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de Hecho - Demanda 520

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de Hecho - Indicios 207

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Interpretación Errónea - Concepto 415

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de Hecho - Interpretación Contratos 621

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Proposición Jurídica Completa 173-257

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Sentencia 156-477

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Técnica 396

Págs.
VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Testimonio 133-156
VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía Directa 29-133-257-264
VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía Directa e Indirecta 239-447
VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía Indirecta 156-264
VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía Indirecta - Error de Hecho 621

INDICE CRONOLOGICO
PRIMER SEMESTRE DE 1992

Págs.

SIMULACIÓN. *Noción de acto simulado. Requisitos para su prosperidad. Indicios que tienen por demostrada la simulación. La simulación de que se trata es relativa. La falta de insinuación en las donaciones acarrea nulidad absoluta.* S-004 del 92-01-20 - CONFIRMA - J. P. Cto. Sincé (Sucre) Bertha Inés Hernández vda. de Flórez contra Néstor Rafael Flórez Castro y otros. Magistrado Ponente: doctor *Marín Naranjo.* Igual sentido: CLII, 393. F. F.: arts. 1766, 1458 y 1746-2 C. C. Extracto No.: 000 19

PRESUPUESTOS PROCESALES \ PRESUPUESTO PROCESAL - Demanda en Forma \ PERTENENCIA - Certificado del Registrador. *El Juez está compelido a examinar si en el proceso están presentes para dictar sentencia estimatoria o desestimatoria de las pretensiones del demandante. Importancia del presupuesto procesal demanda en forma. Requisitos adicionales para ciertas demandas. El certificado del registrador que debe acompañarse a la demanda debe indicar de manera expresa, las personas que con relación al específico bien cuya declaración de pertenencia se pretende, figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro, o que de manera clara diga que sobre ese inmueble no aparece ninguna persona como titular de derechos reales. Correctivos jurídicos orientados a precaver decisiones inhibitorias.* S-006 del 92-01-23 - NO CASA - T. Cartagena - Carlos y Enrique Ceballos contra personas indeterminadas. Magistrado Ponente: doctor *Ospina Botero.* Igual sentido: Cas. Civ. 30 nov. 79. F. F.: arts. 75, 76, 82, 413-5, 407-5 C. de P. C. Extracto No.: 002 40

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - Tercero Responsable \ RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - Jurisdicción \ JURISDICCION - Responsabilidad Extracontractual. *Como la que gravita sobre él, no es obligación que surja directamente del hecho punible sino de la relación de subordinación o dependencia en que se halla el autor del hecho punible con respecto a él, su situación tiene que ventilarse en el proceso civil. Por lógica consecuencia, el damnificado, debe acudir únicamente a tal proceso, para obtener la indemnización a cargo del*

Págs.

tercero responsable, sin que pueda formularla directamente en esa forma dentro del proceso penal. Alternativas que tiene el perjudicado, cuando la pretensión la dirige exclusivamente contra los penalmente responsables. Requisitos para que proceda esta alternativa. S-005 del 92-01-23 - NO CASA - T. Medellín - Gloria Inés Sánchez contra - Santra Ltda. - y otros. Magistrado ponente: doctor *Lafont Pianetta*. Igual sentido: Sentencia 3 dic. 1987. F. F.: art. 38 C. de P. P. Extracto No.: 001 29

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía Directa \ VIOLACION INDIRECTA - Técnica. *Ataque todos los fundamentos.* S-005 del 92-01-23 - NO CASA - T. Medellín - Gloria Inés Sánchez contra - Santra Ltda. - y otros. Magistrado ponente: doctor *Lafont Pianetta*. Extracto No.: 000 29

DIVORCIO \ MATRIMONIO CATOLICO \ CASACION Improcedencia. *Las normas reguladoras del divorcio de los matrimonios civiles (Ley 1ª de 1976), no son aplicables al matrimonio católico, mientras el legislador así no lo disponga. El art. 42 de la Constitución Nacional no es de aplicación inmediata, sino que es una norma programática constitucional, que* requiere desarrollo legislativo. Improcedencia del recurso en el proceso de divorcio. A-016 de. 92-01-29 - CONFORME DERECHO AUTO - T. Santa Marta - Diane Dasuky de Charanek contra Alfredo Charanek Dasuky. Magistrado ponente: doctor *Lafont Pianetta*. F. F.: arts. 27 Ley 1ª de 1976, 42 C. N. 91. Extracto No.: 005 51

CONGRUENCIA \ INCONGRUENCIA. Importancia de este principio. *Se incurre en incongruencia cuando no se resuelven todos los puntos que deben tenerse como objeto de debate. La inconsonancia en materia de excepciones.* S-012 del 92-01-30 - NO CASA - T. San Gil - Raimundo Martínez Ruiz contra Sociedad Radio Guanentá Ltda. y otra. Magistrado ponente: doctor *Jaramillo Schloss*. Igual sentido: CXXV, 144; CLXXXVIII, 65. F. F.: art. 305 y 368 C. de P. P. Extracto No.: 007 54

DERECHO DE CONTRADICCION - Defensa - Excepción \ EXCEPCION - Concepto - Categorías \ EXCEPCION - Reconocimiento. *Noción de la primera. La segunda consiste en la alegación de hechos nuevos, diversos a los postulados en la demanda, excluyentes de los efectos jurídicos de éstos, ya porque hayan impedido el nacimiento de tales efectos, ya porque no obstante haber ellos nacido, los nuevos hechos invocados los han extinguido. Categorías de excepciones de fondo y los hechos que corresponden a cada una de ellas. Su reconocimiento siempre y cuando se aleguen y prueben los hechos que las constituyen. Excepción a la regla anterior. La simulación como verdadero hecho impeditivo.* S-012 del 92-01-30 - NO CASA - T. San Gil - Raimundo Martínez Ruiz contra Sociedad Radio Guanentá Ltda. y otra. Magistrado ponente: doctor *Jaramillo Schloss*. Igual sentido: CXXX, 18;

Págs.

LXXX, 715; CIII, 255 y CV, 263; 11 mayo 1981 no publicada. F. F.: arts. 343 C. J. y 306 C. de P. C. Extracto No.: 006 54

DEMANDA - Interpretación. *No existiendo en nuestra legislación procedimental, un sistema rígido y sacramental que obligue al demandante a señalar en determinada parte de la demanda o con fórmulas específicas su intención, basta que aquélla aparezca claramente del libelo, ya de manera directa o expresa, ya por una interpretación lógica basada en conjunto de la demanda.* S-018 del 92-02-04 - No CASA - T. Pereira - Fredi Londoño Cardona contra Miryam Millán Jaramillo. Magistrado ponente: doctor *García Sarmiento.* Igual sentido: Cas. Civ. 16 dic. 1969; CXXII, 241; 17 nov. 1975; CLII, 135. F. F.: art. 4º C. de P. C. Extracto No.: 000 66

LITISCONSORCIO NECESARIO - Nulidad - Matrimonio \ MATRIMONIO - Nulidad \ NULIDAD SUSTANCIAL - Matrimonio. *Al juzgador no le es dable declarar la nulidad insubsanable del matrimonio, ora sea en virtud de pretensión específica, ya sea de oficio, si no han sido citadas al proceso todas las personas que deben serlo conforme a la ley.* S-018 del 92-02-04 - No CASA - T. Pereira - Fredi Londoño Cardona contra Miryam Millán Jaramillo. Magistrado ponente: doctor *García Sarmiento.* Igual sentido: Sentencias fulio 21. F. F.: art. 83 C. de P. C. Extracto No.: 011.. 66

INCONSONANCIA. *Cuándo incurre el fallador en esta causal. Con la reforma introducida por el art. 1º del Decreto 2282 de 1989, se amplió la causal para cuando la sentencia no está en consonancia con lo que el juez ha debido reconocer de oficio. Solo cuando la sentencia es estimatoria, se da la causal de que se trata, más no cuando el fallo es totalmente absolutorio.* S-018 del 92-02-04 - No CASA - T. Pereira - Fredi Londoño Cardona contra Miryam Millán Jaramillo. Magistrado ponente: doctor *García Sarmiento.* Igual sentido: XCVI, 84; CVI, 91-153; CXXIX, 38; CXXXVIII, 164; S-10 de mayo 1981. F. F.: art. 368-2 C. de P. C. y reforma Decreto 2282 de 1989. Extracto No.: 000 66

LEGITIMACION EN LA CAUSA. *No es una excepción, sino un requisito para la prosperidad de la pretensión.* S-018 de 92-02-04 - No CASA - T. Pereira - Fredi Londoño Cardona contra Miryam Millán Jaramillo. Magistrado ponente: doctor *García Sarmiento.* Igual sentido: S-27 octubre 1987; CXV, número 2280, 136; CXXXVI, 14; 28 de febrero 1991; CXXXVIII, 131 1ª y 2ª. Extracto No.: 000.. 66

CONTRATO DE TRANSPORTE - Responsabilidad del Transportador \ RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - Transporte - De Personas \ COSA JUZGADA - Penal. *Por ser el transporte una clásica actividad peligrosa, que de suyo implica un riesgo para la sociedad, máxime cuando la conducción es de personas, la inejecución o ejecución defectuosa del*

Págs.

contrato de transporte considera o presume la ley que obedece a culpa de quien lo explota. Eventos que debe demostrar el transportador para liberarse de responsabilidad. La diligencia y cuidado no lo liberan de responsabilidad. S-020 del 92-02-10 - No CASA - T. Bogotá - Angel Andrés Baquero Castro contra Flota La Macarena S.A. Magistrado ponente: doctor *Ospina Botero.* Igual sentido: CLIX, 96; 9 de febrero 1976; 27 de marzo 1980 ord. Vicente Loaiza Vs. Gaseosas Lux S. A. F. F.: arts. 1003 C. Co., 2356 C. C. Extracto No.: 013 80

COSA JUZGADA - **Penal \ CONTRATO DE TRANSPORTE - De Personas - Incumplimiento.** *Hipótesis en que la absolución del sindicado, tiene incidencia en el proceso civil. La absolución penal fundamentada en la simple ausencia de culpa del sindicado, no está cobijada en principio por los efectos de la cosa juzgada para lo civil. Frente al incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de transporte de personas no es admisible, como motivo de exoneración de responsabilidad, la prueba de ausencia de culpa.* S-020 del 92-02-10 - No CASA - T. Bogotá - Angel Andrés Baquero Castro contra Flota La Macarena S. A. Magistrado ponente: doctor *Ospina Botero.* F. F.: art. 55 C. de P. P. (Decreto 050 de 1987); arts. 982, 1003 y 992 C. Co.; 2356 C. C. Extracto No.: 012 80

PERJUICIOS - **Condena en Concreto.** *A partir de la reforma al Decreto 1400 de 1970, se estableció como regla general, la condena en concreto en relación con los conceptos del art. 307 del C. de P. C. Excepción (mejoras).* S-022 del 92-02-11 - CASA - T. Villavicencio - María Concepción Pulido de Pulido y otros contra Sociedad Colectiva Díaz López y Cía. Magistrado ponente: doctor *Ospina Botero.* F. F.: arts. 307 Decreto 2282 de 1989, 399 C. de P. C. Extracto No.: 014 90

CASACION - **Disposiciones Contradictorias.** *Su fundamento está en la necesidad de llevar a las partes certeza jurídica sobre los derechos y obligaciones declarados por la sentencia. La contradicción reinante en las resoluciones de la misma sentenica debe hacer imposible la ejecución simultánea de todas ellas.* S-022 del 92-02-11 - CASA - T. Villavicencio - María Concepción Pulido de Pulido y otros contra Sociedad Colectiva Díaz López y Cía. Magistrado ponente: doctor *Ospina Botero.* Igual sentido: CXVII, 43. F. F.: art. 368-3 C. de P. C. Extracto No.: 000 90

CONTRATO DE DEPOSITO - **Almacenes Generales \ ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO - Contrato - Depósito.** *Notas particularizantes. Obligaciones fundamentales del depositario. Exigir su cumplimiento corresponde al depositante, con independencia de la calidad que éste tenga con relación a la cosa depositada. Quién está legitimado para hacer el depósito de la cosa. La obligación restitutoria en tratándose del depósito de Almacenes Generales. Calidad que debe ostentar quien reclama la mercancía.* S-040 del 92-02-18 - CASA - T. Bogotá - Montoya V. y Cía. S. en C. contra Almadelco S. A. Magistrado ponente: doctor

Págs.

Romero Sierra. Igual sentido: Sentencias 2 septiembre 1985, CLXXX, 372 y 373. F. F.: arts. 3° Ley 20 de 1921 y 2° Decreto 356 de 1957; 2238, 775, 786 C. C.; 2008 C. C.; 1174 C. Co.; 2251 C. C. Extracto No.: 015 97

CONGRUENCIA - Incongruencia. *Este principio se encuentra consagrado en el art. 305 del C. de P. C. Incongruencia: Hipótesis en que ella tiene lugar.* S-040 del 92-02-18 - CASA - T. Bogotá - Montoya V. y Cía. S. en C. contra Almadelco S. A. Magistrado ponente: doctor *Romero Sierra.* F. F.: arts. 368-2 y 305 C. de P. C. Extracto No.: 000 97

CONTRATO DE SEGURO - Firma \ FIRMA. *Trascendencia que en el mundo jurídico reviste la firma. Esta es la expresión escrita del nombre y que conduce a la identidad que la persona que la hace.* S-044 del 92-02-20 - No casa - T. Bogotá - Eugenio Camacho y otra contra Aseguradora de Vida Colseguros S. A. y otro. Magistrado ponente: doctor *Romero Sierra.* Igual sentido: Sentencia 11 de abril 1946, LX, 380; 26 marzo 1908 XVIII, 281. F. F.: art. 826 C. Co. Extracto No.: 017 119

CONTRATO DE SEGURO - Prueba. *El contrato de seguro se perfecciona y se prueba con la póliza. Esta para ser tal, debe comprender todos y cada uno de los elementos esenciales, entre ellos, la firma del asegurador.* S-044 del 92-02-20 - NO CASA - T. Bogotá - Eugenio Camacho y otra contra Aseguradora de Vida Colseguros S. A. y otro. Magistrado ponente: doctor *Romero Sierra.* Igual sentido: Sentencia 24 noviembre 1989. F. F.: arts. 1046, 1047 y 1048 C. Co. Extracto No.: 016 119

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Testimonio. *Cuándo la omisión de ciertos requisitos no le restan eficacia probatoria.* S-046 del 92-02-21 - No CASA - T. Bogotá - Lucila María Villamarín contra Lucrecia Prieto Puerto de González y otras. Magistrado ponente: doctor *Ospina Botero.* Igual sentido: Sentencia 23 enero 1981. Extracto No.: 000 133

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de Hecho y de Derecho \ VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Ataque Aislado de los Medios de Prueba. *No puede hacerse de estos dos yerros un compuesto. La acusación por error de hecho manifiesto o error de derecho en la estimación de las pruebas no puede prosperar cuando se refiere a algunas, si las demás constituyen un soporte suficiente de la decisión.* S-046 del 92-02-21 - No CASA - T. Bogotá - Lucila María Villamarín contra Lucrecia Prieto Puerto de González y otras. Magistrado ponente: doctor *Ospina Botero.* Igual sentido: Cas. 11 abril 1971, CXLII, 140. Extracto No.: 018 133

NULIDAD PROCESAL - Indebida Representación \ CASACION - Nulidad Procesal. *Unicamente la parte ilegítimamente representada puede alegar este vicio en casación, siempre que no lo haya saneado o convalidado.* S-046 del 92-02-21 - No CASA - T. Bogotá - Lucila María Villamarín contra

Págs.

Lucrecia Prieto Puerto de González y otras. Magistrado ponente: doctor *Ospina Botero*. Igual sentido: S-3 diciembre 1975; CLI, 303. F. F.: arts. 155 y 140-7 C. de P. C. Extracto No.: 000 133

INCONGRUENCIA - **Nulidad Absoluta** \ NULIDAD ABSOLUTA. *Cuando el juzgador desatiende la regla 305 del C. de P. C. (antes de la reforma), o cuando debiendo asumir un determinado comportamiento oficioso no lo hace, se presenta el fenómeno de la incongruencia. Requisitos para que el juez pueda declarar de oficio una nulidad absoluta.* S-046 del 92-02-21 - No CASA - T. Bogotá - Lucila María Villamarín contra Lucrecia Prieto Puerto de González y otras. Magistrado ponente: doctor *Ospina Botero*. F. F.: art. 305 y reforma Decreto 2282 de 1989. Extracto No.: 000 133

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - **Ataque todos los Fundamentos.** S-046 del 92-02-21 - No casa - T. Bogotá - Lucila María Villamarín contra Lucrecia Prieto Puerto de González. Magistrado ponente: doctor *Ospina Botero* Igual sentido: LXXI, 74; LXXII, 145; LXXV, 52. Extracto No.: 000 133

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - **Vía Directa.** *Regla de técnica que debe atender el censor.* S-046 del 92-02-21 - No CASA - T. Bogotá - Lucila María Villamarín contra Lucrecia Prieto Puerto de González y otras. Magistrado ponente: doctor *Ospina Botero*.. Igual sentido: CXLVI, 50. Extracto No.: 000 133

PATERNIDAD NATURAL - **Posesión Notoria.** *En qué consiste. Su prueba. Qué debe entenderse por testimonio. Elementos Configurativos. Reglas que debe atender el fallador en el análisis y valoración de los testimonios que acreditan la causal de que se trata. Otros medios corroborantes del dicho de los testigos.* S-046 del 92-02-21 - No CASA - T. Bogotá - Lucila María Villamarín contra Lucrecia Prieto Puerto de González y otras. Magistrado ponente: doctor *Ospina Botero*. Igual sentido: XCII, 962; CXXXIV, 03; LXXVII, 500; CVI, 140; 1° agosto 1969, CXXXI, 113 y 114; 2 junio 1958, LXXXVIII, 121; 21 feb. 1964, CVI 27 mayo 1981; 14 julio 1975, 6 mayo 1977, 30 sep. 1977; 30 julio 1980, 27 marzo 1981, Cas. 26 sep. 1973, CXLVII, 77 y 78; 28 sep. 1978, CXXXVIII, 217, 218; 27 marzo 1981. F. F.: arts. 6° Ley 45 de 1936, 399 C. C.; art. 9° Ley 75 de 1968. Extracto No.: 000 134

PATERNIDAD NATURAL - **Acción de Revisión.** *En el proceso de revisión de que tratan los arts. 17 y 18 de la Ley 75 de 1968, la cuestión* sub judice *es el fenómeno jurídico de la filiación natural y no solamente la presunción o presunciones de paternidad debatidas ante el Juez de Menores o la valoración de que éste haya hecho de las pruebas que ante él se adujeron.* S-047 del 92-02-24 - No CASA - T. Tunja - Melquisedec Forero Buitrago contra Nelson Augusto Páez y otra. Magistrado ponente: doctor *Ospina*

Págs.

Botero. Igual sentido: Sentencia folio 22. F.F.: arts. 17 y 18 de la Ley 75 de 1968. Extracto No.: 000 156

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Sentencia \ VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía Indirecta \ VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Testimonio. *Presunción de acierto. Autonomía del tribunal en la apreciación de las pruebas. Cuando la acusación a la sentencia viene montada por la vía indirecta, yerro fáctico en la apreciación de las pruebas tal error debe aparecer de modo manifiesto. De manera que las conclusiones de la sentencia recurrida, mientras no sean radicalmente contrarias a la lógica o no contradigan la realidad procesal, se imponen a la Corte. En la demostración del yerro de facto, no es aceptable que el recurrente saque y aísle del conjunto de la declaración un pasaje de la misma para poner de presente vaguedades, imprecisiones o contradicciones.* S-047 del 92-02-24 - NO CASA - T. Tunja - Melquisedec Forero Buitrago contra Nelson Augusto Páez y otra. Magistrado ponente: doctor *Ospina Botero.* Igual sentido: folios 23, 24 y 25. F. F.: art. 368 C. de P. C. Extracto No.: 000 156

PATERNIDAD NATURAL - Posesión Notoria - Prueba. *Por ser en muchas ocasiones, el único medio que tienen los interesados para demostrar la paternidad demandada, no puede extremarse el rigor para analizar las pruebas aportadas para acreditarla. Reglas que debe atender el Juez en la apreciación de los testimonios que acreditan esta causal. Otros medios corroborantes del dicho de los testigos.* S-047 del 92-02-24 - NO CASA - T. Tunja - Melquisedec Forero Buitrago contra Nelson Augusto Páez y otra. Magistrado ponente: doctor *Ospina Botero.* Igual sentido: Sentencias folios 28, 29 y 30. F. F.: Ley 75 de 1968, art. 399 C. C. Extracto No.: 000 156

CARTA DE CREDITO - Cesión. *El beneficiario no es, frente al Banco emisor, el extremo de un contrato, sino el titular de un derecho de crédito. La cesión de su derecho. El Banco deudor y su responsabilidad ante el beneficiario y/o cesionario. El principio de la autonomía.* S-049 del 92-02-24 - NO CASA - T. Bogotá - Camilo Londoño González contra Banco del Comercio. Magistrado ponente: doctor *García Sarmiento.* Igual sentido: Sentencia 22 de marzo 1991. F. F.: art. 1415 C. Co. Extracto No.: 019 173

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Proposición Jurídica Completa. *El censor no denuncia entre las disposiciones infringidas los arts. 33 de la Ley 57 de 1887 y 1° del Decreto 2756 de 1976. El sentenciador basó su decisión fundamentalmente en lo dispuesto por el art. 1° del Decreto 2756 de 1976 que reglamentó los arts. 1408, 1409 y 1413 del C. de Co. Por consiguiente no obstante tratarse de una norma reglamentaria al censor le era forzoso para integrar la proposición jurídica completa atacar no solamente las normas reglamentadas sino también el precepto reglamentario.* S-049 del 92-02-24 - NO CASA - T. Bogotá - Camilo Londoño González contra Banco del Comercio. Magistrado ponente: doctor *García Sarmiento.* Igual sentido: Sentencia 11 agosto 1981. Extracto No.: 000 181

Págs.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Costas \ INEXEQUIBILIDAD - Sentencia - Efectos. *La condena en costas no prosperando ninguno de los cargos de ilegalidad sobre cuestiones de fondo, no da base a la casación por la naturaleza accesoria que corresponda a la condena, subordinada a la apreciación propia del fondo del derecho discutido por acción o excepción. Inexequibilidad: equivale a declarar radicalmente inaplicable el precepto de jerarquía legal hallado contrario al ordenamiento constitucional. La inexequibilidad en el ámbito del pasado.* S-057 del 92-02-28 - No CASA - T. Bogotá - Delfín Cano Grillo contra Banco de la República y la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Magistrado ponente: doctor *Jaramillo Schloss.* Igual sentido: folio 17. Extracto No.: 000 181

LEY - Derogación \ CERTIFICADO DE CAMBIO - Caducidad. *Expresa, tácita, orgánica. Requisitos para que esta última tenga lugar. La derogación en tratándose de leyes que regulan materias especiales. Derecho administrativo de la Economía. Son manifestaciones de él, el Decreto 444 de 1967 y las disposiciones que del mismo son parte integrante. El evento contemplado en el inciso final del art. 23 del Decreto 444, corresponde a un supuesto típico de extinción de derechos por caducidad, no a una hipótesis de prescripción liberatoria como la que consagra el art. 789 del C. de Co. El derecho instrumentado en un certificado de cambio nace con la vida limitada y se extingue cuando haya transcurrido el plazo de dos años, contados a partir de la expedición del título.* S-057 del 92-02-28 - No CASA - T. Bogotá - Delfín Cano Grillo contra Banco de la República y la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Magistrado ponente: doctor *Jaramillo Schloss.* Igual sentido: CLXXVI, 116 Consejo de Estado. Anales LXXIV, 91; Sentencia 337 del 17 de octubre de 1989. F. F: arts. 71 y 72 C. C., 3 Ley 153 de 1887, Decreto 444 de 1967, 789 C. Co. Extracto No.: 020 181

DOCUMENTOS - Copias. *Requisitos que deben cumplir las copias, para que adquieran la fuerza probatoria del documento primigenio.* S-068 del 92-03-04 - No CASA - T. Ibagué - Manuel Enrique y Elsa Patricia Hernández como sucesor de Ana Niño de Hernández contra Edgardo Enrique Hernández como sucesor de Ana Niño de Hernández. Magistrado ponente: doctor *Romero Sierra.* Igual sentido: CLXXXIV, 179 y 180. F. F.: arts. 253 y 254 C. de P. C. Extracto No.: 000 192

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de Derecho. *Cuándo incurre en esta clase de yerro el sentenciador.* S-068 del 92-03-04 - No CASA - T. Ibagué - Manuel Enrique y Elsa Patricia Hernández Solano contra Edgardo Enrique Hernández como sucesor de Ana Niño de Hernández. Magistrado ponente: doctor *Romero Sierra.* Igual sentido: Cas. Civ. 25 sep. 1973; CXLVII, 65; 18 enero 1982. Extracto No.: 000 192

SUCESION - Transmisión \ SUCESION - Representación. *Es una forma de suceder, en cuya virtud el heredero de quien fallece sin haber aceptado o*

Págs.

repudiado la herencia o legado que se le ha deferido, acepta tal asignación, lo que solo acontece en la medida en que acepte la herencia de su propio causante. Requisitos para suceder por transmisión. Representación: noción. Condiciones de esta representación. S-068 del 92-03-04 - No CASA - T. Ibagué - Manuel Enrique y Elsa Patricia Hernández Solano contra Edgardo Enrique Hernández como sucesor de Ana Niño de Hernández. Magistrado ponente: doctor *Romero Sierra*. Igual sentido: Cas. Civ. de 9 de agosto 1965. CXIII, 142; Cas. Civ. 17 julio 1961, XCIV, 160, 161; CXIII, 142. F. F.: arts. 1014 C. C., 1041, 1043 y 1044 C. C. Extracto No.: 022. 192

PETICION DE HERENCIA. *La transmisión hereditaria sirve para fundar esta acción. Acciones que tiene el heredero frente a quienes ocupan la herencia.* S-068 del 92-03-04 - No CASA - T. Ibagué - Manuel Enrique y Elsa Patricia Hernández Solano contra Edgardo Enrique Hernández como sucesor de Ana Niño de Hernández Magistrado ponente: doctor *Romero Sierra*. Igual sentido: T. I. No. 2981, 27 febrero, 46 LX, 49 y 50. F. F.: art. 1321 C. C. Extracto No. 023 192

SIMULACION - Indicios \ VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de Hecho - Indicios. *Deben ser apreciados en conjunto armonizando o entretejiendo unos con otros. Hipótesis en que tiene lugar el error de hecho en la apreciación de los indicios.* S-085 del 92-03-12 - No CASA - T. Medellín - Luz Elena Vélez Correa contra Gloria Mercedes Alvarez Corral. Magistrado ponente: doctor *Marín Naranjo*. F. F.: art. 248 C. de P. C. Extracto No. 028. 207

SIMULACION - Relativa \ SIMULACION - Por Interpuesta Persona. *Definición. Los terceros frente al negocio jurídico simulado. La simulación por interpuesta persona requiere de un acuerdo simulatorio, el cual tiene que comprender también al testaferro. Papel y responsabilidad de este último.* S-085 del 92-03-12 - No CASA - T. Medellín - Luz Elena Vélez Correa contra Gloria Mercedes Alvarez Corral. Magistrado ponente: doctor *Marín Naranjo*. F. F.: art. 1766 C. C. Extracto No.: 027 207

EXEQUATUR. *Procede si se acredita la existencia de reciprocidad legislativa o diplomática en relación con las sentencias y otras providencias que revistan tal carácter por parte del Estado extranjero.* S-095 del 92-03-19 - DENIEGA SOLICITUD - Trib. Mpl. Popular - Habana (Cuba) - Alonso Zapata Ramírez. Magistrado ponente: doctor *Lafont Pianetta*. Igual sentido: CLXVI, 2415, 1984, pág. 309; CXCII, num. 2431, 1988. pág. 52. F. F.: arts. 693, 694 C. de P. C. Extracto No.: 031 220

SUCESION \ SUCESION - Heredero - Prueba \ SUCESION - Herencia - Aceptación. *La delación de la herencia y su aceptación. Conductas que representan aceptación expresa o tácita de la herencia. Formas de demostrar la calidad de heredero. Medios probatorios para establecer la aceptación de una asignación testamentaria o* ab intestado. S-096 del 92-03-19 - CASA - T. Armenia - Luis Gonzalo Orozco contra riseldina Reyes de Betancourth y otro. Magistrado ponente: doctor *Marín Naranjo*. Igual

Págs.

sentido: Cas. Civ. 11 oct. 1910; XIX, pág. 122; XXXIII, 207; XC. 309. F. F.: arts. 1013 C. C.; 783, 1298 C. C. inc. 2 art. 81 C. de P. C.; art. 1299 C. C. Extracto No.: 032 233

PRESUPUESTOS PROCESALES - Capacidad para ser Parte \ DEMANDA - Heredero \ SENTENCIA INHIBITORIA - Presupuesto Procesal - Capacidad para ser Parte. *Se tiene por el solo hecho de tener capacidad jurídica y es un presupuesto procesal. Debe aparecer en todos los supuestos en que éste de por medio una relación jurídica. Cuando alguien demanda o es demandado con la invocación de la adicional calidad de heredero, el presupuesto queda satisfecho con la prueba de la condición agregada. La ausencia de prueba de dicha calidad implica sentencia inhibitoria.* S-098 del 92-03-20 - CASA - T. Medellín - Catalina Moncada contra Gabriel Jaime Pareja Vélez. Magistrado ponente: doctor *Marín Naranjo.* Igual sentido: Cas. 21 junio 1959 XCI; Cas. Civ. 21 mayo 1971, CXXXVIII, 356. F. F.: art. 44 C. de P. C. Extracto No.: 033 233

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de Hecho. *Requisitos que debe reunir el cargo en casación por error de hecho, para que prospere.* S-107 del 92-03-31 - NO CASA - T. Neiva - María de Jesús Valderrama vda. de Calderón y otra contra Guillermo Salas Narváez y otra. Magistrado ponente: doctor *Jaramillo Schloss.* Igual sentido: CXXX, 63. Extracto No.: 000 239

SIMULACION - Legitimación. *Quien tenga legítimo interés en la declaración de simulación por recibir un perjuicio cierto y actual con el negocio fingido, puede impugnar esa convención.* S-107 del 92-03-31 - NO CASA - T. Neiva - María de Jesús Valderrama vda. de Calderón y otra contra Guillermo Salas Narváez y otra. Magistrado ponente: doctor *Jaramillo Schloss.* Igual sentido: Cas. Civ. 4 oct. 1982 y Sentencia 245 del 7 de julio 1989. F. F.: art. 1766 C. C. Extracto No.: 000 239

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía Directa e Indirecta. *La censura apoyada en la causal primera tiene que enrumbarse por una de estas dos vías, nunca por ambas a la vez. Así mismo los argumentos ordenados a sustentarla, tienen que guardar lógica consonancia con tal orientación.* S-107 del 92-03-31 - NO CASA - T. Neiva - María de Jesús Valderrama vda. de Calderón y otra, contra Guillermo Salas Narváez y otra. Magistrado ponente: doctor *Jaramillo Schloss.* Igual sentido: CXLVI, 60, F. F.: art. 368 C. de P. C. Extracto No.: 034 239

SIMULACION \ SIMULACION - Teoría Monista \ SIMULACION - Autonomía de la Voluntad \ SIMULACION - Pruebas. *Concepto. Noción de acto jurídico simulado. En el fenómeno simulatorio no se da la concurrencia de dos actos jurídicos, uno público que carece de obligatoriedad y otro privado que sí tiene fuerza vinculante entre quienes lo celebraron, si no uno solo, ya que el privado constituye parte de aquél, al que le imprime su genuina fisonomía. El principio de la autonomía de la voluntad y su aplicación en el campo de la simulación. Técnica específica*

Págs.

en el ámbito de la prueba. Libertad probatoria en la materia. S-107 del 92-03-31 - NO CASA - T. Neiva - María de Jesús Valderrama vda. de Calderón y otra contra Guillermo Salas Narváez y otra. Magistrado ponente: doctor *Jaramillo Schloss.* Igual sentido: CXXIV, 290; CXXX, 142 a 145; 26 febrero 1991, CLIX. 50; CLXXVI, 217; CXVII, 67; Sentencia 24 abril 1986, CLXXXIV, 46. F. F.: art. 1766 C. C. Extracto No.: 035 29

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Proposición Jurídica Completa \ VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Ataque todos los Fundamentos \ VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía Directa. *Deben enlistarse las normas sustanciales que se estimen quebrantadas y atacarse, todos los fundamentos jurídicos que sustentan el fallo. La acusación por vía directa excluye toda discrepancia sobre la apreciación probatoria dada por el* ad quem. S-110 del 92-04-02 - NO CASA - T. Medellín Benjamín Monsalve Franco contra Alfredo Monsalve Franco, otros y herederos indeterminados de María Luisa Monsalve de Franco. Magistrado ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta.* F. F.: art. 374-3 C. de P. C. Extracto No.: 000 257

SUCESION - Participación Anulada - Mejoras \ MEJORAS - Partición Sucesoral Anulada \ NULIDAD - Partición Sucesoral - Mejoras. *Mejoras: derechos que tienen el heredero que las ha implantado a ciencia y paciencia del causante, o de los demás coherederos, con ocasión de una relación jurídica preexistente o por la mera implantación. Partición: Naturaleza y fin. La nulidad o rescisión del negocio partitivo sucesoral da lugar al simple restablecimiento de la misma situación jurídica anterior a la partición, pero en manera alguna tal declaración acarrea decisión sobre mejoras.* S-110 del 92-04-02 - NO CASA - T. Medellín - Benjamín Monsalve Franco contra Alfredo Monsalve Franco, otros y herederos indeterminados de María Luisa Monsalve Franco. Magistrado ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta.* F. F.: arts. 965 y ss. C.C., 579, 595 y 614 inc. final C. de P. C.; arts. 1405, 1740, 1746 C. C. Extracto No.: 036 257

VIOLACION LEY SUSTANCIAL \ VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía Directa. *Maneras como ocurre la violación de la ley sustancial. En la directa, es forzoso que el censor concuerde con la apreciación que el sentenciador ha hecho de la situación fáctica litigada.* S-119 del 92-04-08 - NO CASA - T. Riohacha - La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - contra Banco Ganadero S. A. - Sucursal Riohacha - Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.* Igual sentido: Cas. Civ. 28 nov. 1969 CXXXII, 193. Extracto No.: 000 264

COSA JUZGADA. *Finalidad. Elementos. Qué se entiende por identidad de objeto. La identidad de causa: En qué consiste. No se modifica por el simple hecho de que se introduzcan variaciones accidentales, ni porque se enuncien diferentes fundamentos de derecho. En cambio deja de haber identidad de causa cuando a pesar de promoverse la misma acción, varían sustancialmente los supuestos de hecho de la* causa petendi. *También varía*

Págs.

cuando se trata en el segundo proceso de hechos fundamentales sobrevinientes u ocurridos con posterioridad al primer litigio. La identidad de partes, no es la identidad física, sino la identidad jurídica. S-119 del 92-04-08 - No CASA - T. Riohacha - La Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público contra Banco Ganadero S. A. Sucursal Riohacha. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.* Igual sentido: LXI, 593; Cas. Civ. 27 sept. 1945 No. 2022 pág. 438. F. F.: art. 332 C. de P. C. Extracto No.: 037 264

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de Hecho \ VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía Indirecta. *Debe ser contravidente. Si la sentencia se funda en varios medios de convicción, es menester que se ataquen todas las pruebas en que se apoyó el sentenciador para decidir como lo hizo.* S-119 del 92-04-08 - No CASA - T. S. Riohacha - La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público- contra Banco Ganadero S. A. - Sucursal Riohacha - Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.* Igual sentido: Cas. Civ. 20 de mayo 1970. Extracto No.: 000 261

CASACION - Requisitos \ CASACION - Ataque todos los Fundamentos. *Este recurso debe contar con la fundamentación adecuada por parte de la recurrente, un gravamen a ella ocasionado por la providencia, acreditar que tal perjuicio se produjo por efecto de alguno de los motivos específicos que la ley expresa, no por otros, y que entre el vicio denunciado en la censura y aquella providencia se da una precisa relación de causalidad. En tratándose de la causal primera, no es cualquier error de juzgamiento el que autoriza el empleo exitoso de esta vía procesal, sino que debe tratarse de un error referido a la sentencia definitiva como causa eficiente de la ilegalidad de la cual adolece. Para cumplir con la exigencia de suficiente sustentación, el recurrente debe atacar idóneamente todos los elementos que fundan el proveimiento, explicando con vista en este último y no en otro distinto, en qué ha consistido la infracción a ley que se le atribuye, cuál su influencia en lo dispositivo y cómo este aspecto debe variar en orden al restablecimiento de la normatividad vulnerada. La sentencia es el objeto propio y exclusivo al que debe apuntar el recurso de casación. De modo que toda conclusión suya que no se impugne es intangible para la Corte. Presunción de acierto que ampara la sentencia.* S-140 del 92-05-05 - No CASA - T. Tunja - Herederos de Dionisio Medina López contra José María Medina Montejo. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.* CIXVI, 583 y 4 de septiembre 1975. F. F.: art. 368 C. de P. C. Extracto No.: 045 280

SIMULACION - Ante Terceros \ COMPRAVENTA - Simulación - Terceros. *Los efectos del fenómeno simulatorio nunca pueden invocarse en perjuicio de terceros adquirentes de buena fe. La regla 1766 de C. C., comprende todas las convenciones simulatorias, sean absolutas o relativas. Tratándose de compraventa de inmuebles que cumplieron con las solemnidades legales para su validez e inscritas en el registro inmobiliario,*

Págs.

y en donde un tercero que no tuvo noticia de la simulación del negocio, compró a su turno el mismo inmueble a quien aparecía como adquirente legítimo, la tacha de simulación del título de su autor no le es oponible. Si se declara la simulación, los terceros podrán estarse a los efectos de ella en la medida en que lo quieran ya que de lo contrario, no podrán ser afectados por la aludida declaración, manteniéndose a su respecto los efectos que se creyeron producidos por el negocio simulado. S-140 del 92-05-05 - No CASA - T. Tunja - Herederos de Dionisio Medina López contra José María Medina Montejo. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: CLXXII, 146, 14 de enero 1986, XLVII, 752; LXVIII, 759; LXX, 50; LXXIX, 707. F. F.: art. 1766 C. C. y 267 C. de P. C. Extracto No.: 044 280

LITISCONSORCIO NECESARIO - Heredero \ HEREDERO - Litisconsorcio Necesario. *Si a la formación de un acto o contrato concurren dos o más sujetos de derecho, la resolución, disolución, nulidad, simulación o, en general, cualquier alteración o modificación del mismo no puede decretarse eficazmente en un proceso sin que todos esos sujetos hubieran sido convocados a éste. Si fallece uno de los contratantes y la acción la instaura otro de los sujetos de la relación en frente de quienes tengan la calidad de herederos, entre éstos se configura un litisconsorcio de carácter necesario. Mas, si la acción es incoada por los herederos en su calidad de tales* -iure hereditario- *aunque reemplacen a la parte a cuyo nombre actúan, ya el litisconsorcio no es necesario. Por tanto, no es indispensable que por activa concurran todos. Si el heredero que demanda fracasó en sus pretensiones, esa decisión solo a él lo perjudica, y los restantes o cualquiera de ellos, puede introducir nueva demanda. Situación especial en que se halla para demandar quien siendo contratante, además es heredero del otro contratante.* S-149 del 92-05-08 - CASA - T. Medellín - Libardo Antonio Pabón Hernández contra Joaquín Honorio Montoya y otros. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Cas. Civ. 29 septiembre 1984; CXVI, 123. F. F.: art. 83 C. de P. C. Extracto No.: 048 294

CASACION - Técnica. *Si la censura opta por impugnar la sentencia del Tribunal por quebranto directo de normas sustanciales, forzoso le es en la demostración del quebranto que denuncia, expresar absoluta conformidad con la estimación fáctica que del asunto estructuró el sentenciador, dado que los ataques de violación de las normas materiales, como consecuencia de errada estimación de los hechos, exige la denuncia a través de equivocadas estimaciones en el campo de las pruebas, sea por errores evidentes de hecho, o por mal entendimiento de preceptos de índole probativa.* S-150 del 92-05-08 - No CASA - T. Santafé de Bogotá - José Moisés Díaz Cristancho contra María Oliva Sierra y otros. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Extracto No.: 000 312

Págs.

ESTADO CIVIL - **Prueba** \ SUCESION - **Heredero - Prueba.** *Se demuestra tan solo con los medios de convicción que el legislador señala. El testamento no es prueba adecuada para demostrar el parentesco. Imposibilidad de identificar el estado civil con la calidad que exige la ley para establecer una determinada relación jurídica. Diferencias entre el estado civil de una persona y la calidad de heredero. Igualmente difieren cuanto a la prueba. El estado civil con copia de la correspondiente partida o folio, o certificado expedido con base en las mismas y la calidad de heredero con copia de la providencia judicial que así lo declara.* S-150 del 92-05-08 - NO CASA - T. Santafé de Bogotá - José Moisés Díaz Cristancho contra María Oliva Sierra y otro. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.* Igual sentido: sentencias 28 noviembre 1990; 26 agosto 1976, CLII, 3 julio 1980; 6 junio de 1945, LIX, 138; 22 de febrero de 1952, LXXI, 102; 6 octubre 1953; LXXVI, 632; 14 julio 1954; LXXVIII, 79; 22 de octubre de 1956, LXXXIII, 471; 13 de abril de 1959; CX, 308; 11 agosto 1964; CVIII, 160; 25 de julio de 1966, CXVII, 151; mayo 12 de 1967; noviembre 22 de 1967, aún no publicadas, 11 de abril de 1970, CXXXIV, 28; 16 de diciembre 1970, CXXXVIII, 151; 9 de febrero de 1971, CXXXVIII, 95; 26 agosto 1976 y 22 de marzo de 1979 aún no publicadas. F. F.: arts. 105 y 106 Decreto 1260/ 70, arts. 1011, 1065 C. C. Extracto No.: 049 302

NULIDAD PROCESAL - **Principio de Protección** \ NULIDAD PROCESAL - **Interés** \ NULIDAD PROCESAL - **Saneamiento.** *Principios que ponen al descubierto su razón de ser. Con el de protección se trata de proteger a la parte cuyo derecho le fue cercenado por causa de la irregularidad. La proveniente de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma solo podrá alegarse por la persona afectada. La nulidad de que trata el numeral 9 del artículo 140 del C. de P. C. es saneable. En tanto el vicio procesal no cause agravio a la parte, ésta no está asistida de interés para impetrar la nulidad.* S-152 del 92-05-08 - NO CASA - T. Santafé de Bogotá - Luis Carlos Pedraza Guzmán contra Banco Popular. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra.* Igual sentido: Sentencia del 22 de mayo de 1979, 4 febrero 1987, 12 junio 1991. F. F.: arts. 143 C. de P. C., Decretos 1400/70 y 140-9 C. de P. C. Extracto No.: 050 315

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - **Error de Hecho - Testimonio.** *Pretender el censor que hay error fáctico, porque se le debe creer más a un grupo de testigos que al opuesto, sin demostrar el desacierto evidente o manifiesto cometido por el Tribunal en el examen de dicha prueba, no pasa de ser un alegato de instancia.* S-152 del 92-05-08 - NO CASA - T. Santafé de Bogotá - Luis Carlos Pedraza Guzmán contra Banco Popular. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra.* Igual sentido: Sentencia 2 de agosto de 1985. Extracto No.: 000 315

Págs.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de Hecho - Testimonio. *Autonomía del tribunal para apreciar la prueba testimonial. Si el tribunal, al analizar los testimonios, tuvo por más convincentes los destinados a probar determinados hechos que los que tienden a acreditar lo contrario, este aspecto escapa en principio de la casación, porque es cuestión en que la autonomía en la valoración de los medios de convicción impide a la Corte variar la apreciación hecha por el fallador* ad quem. *Naturaleza del error de hecho en la apreciación de las pruebas.* S-152 del 92-05-08 - No CASA - T. Santafé de Bogotá - Luis Carlos Pedraza Guzmán contra Banco Popular. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra.* Igual sentido: CXI, 109; Sentencia 164 del 2 de agosto de 1985; LXXVII, 872. Extracto No.: 000 315

MEDIO NUEVO. *Fundamento para que sea inadmisible el medio nuevo en casación.* S-152 del 92-05-08 - No CASA - T. Bogotá - Luis Carlos Pedraza Guzmán contra Banco Popular. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra.* Igual sentido: LXXXIII, núm. 2169, pág. 76; XXXIX, 478; XLIII, 731; XCVI, 101; CXXXI, 144; Sentencia 086 del 4 de febrero de 1984, 7 de febrero de 1983; 013 de 6 de marzo de de 1976; 185 de 24 de mayo de 1989, 263 de 16 de julio de 1990; 032 de 12 de febrero de 1991; 077 de 10 de marzo de 1988; 216 de 22 de junio de 1988 y 108 de 4 de julio de 1989. Extracto No.: 000 316

PATERNIDAD NATURAL - Relaciones Sexuales. *Antecedente legal. A raíz de la Ley 75 de 1968, se eliminó la exigencia de que el trato carnal fuese notorio y establece; además se admitió que las relaciones de tal estirpe se pudiesen comprobar a través de la inferencia, de la deducción. Fundamento de la reforma. Es el juez quien basado en los hechos de que dan cuenta los declarantes, debe sacar las presunciones de hombre y no el testigo. Viraje que en materia probatoria trae la Ley 75 de 1968, en relación con la causal de que se trata. Carga de la prueba que debe cumplir el actor. Las relaciones sexuales se pueden inferir del trato social y personal. Que debe entenderse por tratamiento personal y social profesado por la pareja. Las solas visitas sin ninguna otra circunstancia que permita deducir un acercamiento íntimo de los enamorados, no denuncian relaciones sexuales.* S-156 del 92-05-12 - CASA - T. Medellín - María Blanca Jaramillo y otros contra Sucesión de Daniel Mejía López. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra.* Igual sentido: Sentencia 2 de noviembre de 1971; CXXXIX, 196; Cas. Civ. 22 octubre 1976; Cas. Civ. 3 de febrero 1981, Sentencia 22 de octubre 1976; Sentencia 10 junio 1960, 21 agosto 1971; 7 de septiembre 1978; CLVIII, 207; 30 julio 1980; 10 junio de 1960, XCII, 357. F. F.: Ley 45 de 1936, Ley 75 de 1968, art. 6 num. 4. Extracto No.: 052 333

PATERNIDAD NATURAL - Demanda \ DEMANDA - Paternidad Natural. *Frente a la autonomía e independencia de cada una de las causas enlistadas en la Ley 75 de 1968, es menester indicar con la claridad las que*

Págs.

se quieran aducir en juicio; pero la claridad así requerida no hace ecuación infalible con una determinada expresión o conjunto de palabras invariables. La precisión en el punto no sufre mengua cuando sin utilizarse tal o cual expresión, se da a entender perfectamente lo que se quiere, de suerte, que no quede duda sobre el particular. S-156 del 92-05-12 - CASA - T. Medellín - María Blanca Jaramillo y otros contra Sucesión de Daniel Mejía López. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra.* F. F.: Ley 75 de 1968. Extracto No.: 051 333

COMPETENCIA - **Conflicto** \ JURISDICCION - **Familia** \ COMPETENCIA - **Menor - Hecho Punible** \ MENOR - **Competencia.** *Jurisdicción de familia: objeto. Los jueces promiscuos de familia como los menores son órganos integrantes de esta jurisdicción. En materia penal, la competencia de tales jueces la determina la edad del sindicado y territorialmente la tiene el juez donde se realizó el hecho punible. La competencia en tratándose de falsedad documental.* A-095 del 92-05-13 - Juzgado 4 de Menores Cali - J. 4 Menores Cali - 4 Pco. Flia. Cúcuta. Contra proceso penal por falsedad contra Wilmer Núñez Ramos o Michael Londoño Restrepo. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra.* Igual sentido: auto 12 septiembre de 1991. Magistrado ponente: doctor *Carreño Luengas.* F. F.: Decreto 2272 de 1989; arts. 348 Decreto 2737 de 1989; 4, 167 y 178 *ibidem*; 74 C. de P. P. y 22 C. P. Extracto No.: 053 353

SOCIEDAD DE HECHO - **Clases** \ SOCIEDAD DE HECHO - **Entre Herederos.** *Tanto la legislación civil como la comercial, admiten la existencia de sociedades de hecho. Hay dos especies de sociedades de hecho: Las que "nacen por la expresión de un consentimiento manifiesto de las partes" y las "originadas en la colaboración de dos o más personas que alinan sus esfuerzos en la realización de determinadas operaciones de carácter económico o de explotación pecuniaria, encaminadas a obtener beneficios comunes. El consentimiento implícito de los socios para constituirse, no puede darse por demostrado cuando se trate de un estado de indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes". Por el contrario "El* consortium *entre los que han heredado del* patet *familias únicamente pueden transformarse en* societas *cuando los hermanos adoptan la decisión de explotar en común los bienes heredados". Autonomía que tiene el juzgador para apreciar las pruebas que obren en el expediente en orden a establecer la existencia del* animus contrahendi societatis. S-165 del 92-05-14 - NO CASA - T. Ibagué - Crispín Manjarrés Quesada y otros contra Elvira Díaz de Manjarrés y otros. Magistrado ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta.* Igual sentido: Sentencia 30 de noviembre 1967; CXIX, Nos. 2285 y 2286 pág. 332; Sentencia 30 noviembre 1935 y XLII, 476. F. F.: arts. 2079 y ss., C. C.; 478 y ss. C. Co. Extracto No.: 054 358

INCONGRUENCIA \ CONGRUENCIA \ NULIDAD - **Falta de Insinuación** \ SIMULACION. *Son incongruentes por* extrapetita *las sentencias que condenan a "cosa distinta", expresión ésta, que no se refiere exclusi-*

Págs.

vamente a los bienes objeto de controversia, sino que concierne al contenido en derecho del litigio. Por el contrario, son congruentes, los fallos que condenan "a cosa distinta de lo pretendido", cuando un proveimiento de tal estirpe venga impuesto por normas legales de carácter imperativo, por ejemplo en aquellos eventos en que sin haberlo pedido los litigantes, los Tribunales declaran la nulidad absoluta que aparece de manifiesto en un acto o contrato. La nulidad por falta de insinuación solo procede cuando está probada la simulación en el sentido de que no hubo venta sino aquella figura. De forma, que si se niega la simulación, no puede decretarse la mencionada nulidad. S-167 del 92-05-15 - NO CASA - T. Medellín - Leonel de Jesús y Flor Teresa Velásquez Piedrahita y otros contra Blanca Luz Velásquez Piedrahita y otros. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.* Igual sentido: LXXIX, 246 y CLXXX, 77. F. F.: art. 305 C. de P. C.; Ley 50 de 1936 art. 2. Extracto No.: 055 375

DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS. *Solo se dan cuando en la parte resolutiva hay decisiones incompatibles, que hagan imposible la ejecución simultánea de ellas. La incompatibilidad tiene que ser de tal envergadura, tan absoluta y notoria, que no sea factible saber cuál es el genuino mandato jurisdiccional que debe ser objeto de cumplimiento. En la sentencia, no es posible desligar de lo dispositivo de ella su parte resolutiva.* S-167 del 92-05-15 - NO CASA - T. Medellín - Leonel de Jesús y Flor Teresa Velásquez Piedrahita y otros contra Blanca Luz Velásquez y otros. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.* Igual sentido G. J. No. 2010 pág. 428; CXLV, 43 y CXCII, 169; LXIX, 544. F. F.: arts. 368-3 C. de P. C. y 304 *ibidem*. Extracto No.: 056 375

SIMULACION. *Noción. Clasificación. En la absoluta los estipulantes convienen que entre ellos no haya vínculo contractual de ninguna especie y por lo tanto el único acto en realidad celebrado consiste en el pacto consensual en mérito del cual se le da vida a una apariencia que engañe públicamente demostrando ante terceros la existencia de un negocio que las partes nunca se han propuesto ajustar. En la relativa, los contratantes aparentan un contrato distinto del que verdaderamente celebraron o fingen no haber concertado entre ellos el que se realizaron. Para los terceros el acto simulado le es inoponible. La invalidez de una donación encubierta bajo la apariencia de un negocio simulado, requiere previamente la declaración de la simulación.* S-167 del 92-05-15 - NO CASA - T. Medellín - Leonel de Jesús y Flor Teresa Velásquez Piedrahita y otros contra Blanca Luz Velásquez Piedrahita y otros. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.* Igual sentido: XLVIII, 87 y CXXX, 142. F. F.: art. 1766 C. C. Extracto No.: 057 375

DONACION. *Noción, requisitos. La nulidad de que trata el art. 1458 del C. C. se radica de aquella parte que no cumple con la exigencia legal de la*

Págs.

insinuación pero no vicia la totalidad de la donación. Cuando se ha donado sin insinuación un bien raíz que valga más de la referida cantidad, el donatario conserva un derecho proindiviso en la finca, equivalente a aquella suma. S-167 del 92-05-15 - No CASA - T. Medellín - Leonel de Jesús y Flor Teresa Velásquez Piedrahita y otros contra Blanca Luz Velásquez Piedrahita y otros. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.* Igual sentido: CLXVI, 471; XVI, 70; CXVII, 71. F. F.: arts. 1458, 1524 y 1740 C. C. Extracto No.: 058 376

NAVEGACION - **Acuática - Nave \ DERECHO MARITIMO - Nave - Propietario Armador \ CONTRATO DE ARRENDAMIENTO - Nave \ CONTRATO DE FLETAMENTO \ NAVE - Contrato de Arrendamiento y Fletamento - Diferencias.** *Derechos del propietario-armador. Cuando el primero se desprende o cede la administración y explotación comercial de la nave a otra persona, ésta adquiere el carácter de armador, y tal hipótesis acontece a través del contrato de arrendamiento. En el supuesto de negociar o ceder el propietario armador el uso de la nave, incluyendo su dotación y su personal, mas no así la administración del buque, tal acto jurídico no es de arrendamiento, sino un contrato de fletamento en el que el fletante es el armador y por ende esta última calidad no la tiene el fletador. Fletamento: por viaje y por tiempo. Requisitos. Prueba del contrato: por no ser negocio jurídico solemne, la consignación por escrito, no es elemento* ad sustantiam actus, *sino apenas una exigencia* ad probationen. *Partes: El fletante es el armador o el propietario de la nave que cede el uso de la misma. Fletador es el que contrata el uso de la nave. Fletamento por tiempo (Time Charter). Obligaciones del fletante y fletador. Contrato de Arrendamiento. El arrendatario al adquirir el uso y goce de la nave adquiere el control de la misma y, por lo tanto, contrae responsabilidad como armador, y aunque expresamente no lo establece el ordenamiento, recibe el buque desprovisto de capitán y tripulación; en cambio en el fletamento, el fletante al entregar la nave, no se despoja del control de la misma y la entrega al fletador armada y equipada, generalmente comprendiendo en ella capitán y tripulación. El contrato de arrendamiento y fletamento de naves, son dos negocios jurídicos que difieren, que en forma alguna que pueden ser confundidos porque entre ellos existen notorias y sustanciales diferencias.* S-168 del 92-05-15 - No CASA - T. Bogotá - Flota Mercante Grancolombiana S. A. contra Empresa Puertos de Colombia (Colpuertos). Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.* F. F.: 1473, 1678, 1667, 1682, 1684, 1666, 1578 C. Co.; arts. 155 y siguientes Decreto 2324 de 1984 y Decreto 2451 de 1986; 1668 a 1671 C. Co.; 1673, 1675, 1676, 1670, 1688, 1672, 1673 incs. 1°, 2° y 3° C. Co.; 1674 y 1669 C. Co. Extracto No.: 060 395

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL - Daño - **Legitimación Activa y Pasiva.** *Quiénes están legitimados para solicitar la reparación del daño y quiénes en la obligación de indemnizarlo. En*

Págs.

tratándose de reparación del daño causado en las cosas, en el caso especial del segundo fragmento del art. 2342 del C. C. si el propietario de la cosa que es quien está facultado prioritariamente para reclamar la reparación del daño, no lo hace, los obligados a responder al propietario por la cosa están legitimados para pedir la respectiva indemnización frente al autor del daño. S-168 del 92-05-15 - NO CASA - T. Bogotá - Flota Mercante Grancolombiana S. A. contra Empresa Puertos de Colombia (Colpuertos). Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.* F. F.: arts. 2341 C. C.; 2342 y 2343 C. Civil. Extracto No.: 000 396

CASACION - Medio Nuevo. *Dentro del marco de la causal primera, censurar la sentencia del tribunal por error netamente jurídico así contenga planteamientos no formulados* ab initio *en el litigio, no constituye medio nuevo en casación. Tampoco lo hay cuando se trate de cuestiones que afecten el orden público. En cambio, si le repugna al recurso, que con fundamento en la causal referida, formule la censura planteamientos de hecho que vienen a ser presentados por primera vez en el recurso extraordinario y no tuvieron reparos en las instancias. Los medios mixtos y su inadmisibilidad en el recurso de que se trata. Hipótesis en que se introducen en casación un medio nuevo.* S-168 del 92-05-15 - NO CASA - T. Bogotá - Flota Mercante Grancolombiana S. A. contra Empresa Puertos de Colombia (Colpuertos). Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.* Igual Sentido: LXXXIII, 76; LXI, 208; LXXXIII, 78 y 79; XCV, 497; CXLVII, 26; XXXIX, 84 y LXXXIII, 71. Extracto No.: 000 396

CONTRATOS - Interpretación \ CONTRATOS MERCANTILES - Interpretación. *Cuando el contrato ostenta una unidad, sus cláusulas o estipulaciones deben apreciarse en forma coordinada, armónica y en conjunto, y en manera alguna aislando unas de otras, como si fuesen partes autónomas. Reglas en materia de interpretación de los negocios jurídicos mercantiles y que deben ser acatadas prioritariamente por el juzgador.* S-168 del 92-05-15 - NO CASA - T. Bogotá - Flota Mercante Grancolombiana S. A. contra Empresa Puertos de Colombia (Colpuertos). Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.* Igual sentido: XLII, No. 1899 pág. 343, marzo 15 de 1965, CVI, 110. F. F.: arts. 1622 C. Civ., 1, 4, 5, 822, 823, 871, 872 C. Co. Extracto No.: 060 396

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Técnica. *Maneras como se produce la violación de la ley sustancial. Constituye grave falla en la formulación de un cargo expresar en él, que el quebranto de la ley sustancial se produjo por vía directa, pero en su desarrollo se desplaza a la indirecta. Regla de técnica que debe atender el censor cuando se trata de violación directa.* S-168 del 92-05-15 - NO CASA - T. Bogotá - Flota Mercante Grancolombiana S. A. contra Empresa Puertos de Colombia (Colpuertos). Magistrado

Págs.

ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Casación Civil 28 de noviembre de 1969, CXXXII, 193 y 194; 17 febrero de 1972; CXLII, 46 y 47; 18 de julio de 1984 no publicada. F. F.: art. 368 C. de P. C. Extracto No.: 000 386

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL - Concurrencia de Culpas. Reducción del Daño. S-168 del 92-05-15 - Noticasa - T. Bogotá - Flota Mercante Grancolombiana S. A. contra Empresa de Puertos de Colombia (Colpuertos). Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: CLII, 29. F. F.: art. 2357 C. C. Extracto No.: 000..... 397

ACCION REIVINDICATORIA - Mejoras \ MEJORAS - Acción Reivindicatoria. *El inc. 3° del art. 966 C. C., establece una relación material entre el obligado a pagar mejoras y quien tiene derecho a su pago, pero con la alternativa del primero, titular de la facultad para ejercerla a su voluntad, de pagar el valor de las mejoras al tiempo de la restitución, o el mayor valor del bien en que fueran puestas al tiempo de la restitución.* S-172 del 92-05-20 - Casa - T. Manizales - José Aldemar Valencia Duque contra Nury Cuesta Angel. Magistrado ponente: doctor *García Sarmiento*. F. F.: art. 966 inc. 3° C. C. Extracto No.: 000 415

COMPETENCIA - Nulidad - Sala de Decisión \ NULIDAD PROCESAL - Falta de Competencia - Sala de Decisión \ RECUSACION \ IMPEDIMENTO. *Se incurre en causal de nulidad por falta de competencia cuando en la Sala de Decisión del Tribunal Superior interviene un magistrado cuya recusación o impedimento se había aceptado. Recusación: finalidad. Limitaciones. El deber del agente judicial de expresar la causal de impedimento es intemporal; de modo que si el magistrado de una Sala de Decisión de un Tribunal Superior, invoca una causa de impedimento de las señaladas por la ley, resulta inadmisible sostener que por no permitir la recusación, tampoco la pueda exponer el magistrado. Este puede anticipadamente a la promoción de la recusación ponerla en conocimiento de los restantes magistrados de la Sala a fin de que la califiquen.* S-172 del 92-05-20 - Casa - T. Manizales - José Aldemar Valencia Duque contra Nury Cuesta Angel. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: XXI, 58; Sentencia 124 de 19 de abril 1989. F. F.: arts. 368-5, 140-2, 26-1, 29 C. de P. C., 7° Decreto 1265 de 1970, 145 C. de P. C.; 520 numerales 4 y 5 C. Judicial anterior, 151-3, 149 inc. 1° C. de P. C. Extracto No.: 063 415

CONGRUENCIA \ INCONGRUENCIA. *Importancia de este principio. Regulación legal. Si el rumbo diferente de la resolución del juez se debe a la intervención de un motivo de fondo, v. gr. el inadecuado entendimiento que tuvo de la demanda, ya no es posible hablar de la inconsonancia, porque está de por medio un error de juicio y no de actividad procesal que,*

Págs.

fundado o no, solo puede combatirse por causal 1ª de casación. S-172 del 92-05-20 - Casa - T. Manizales - José Aldemar Valencia Duque contra Nury Cuesta Angel. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.* Igual sentido: Cas. Civ. 28 de noviembre de 1991; CXXXV, 171 y 172. F. F.: arts. 305, 304, 368-2 C. de P. C. Extracto No.: 000 415

VIOLACION SUSTANCIAL - Interpretación Errónea. *Concepto.* S-172 del 92-05-20 - Casa - T. Manizales - José Aldemar Valencia Duque contra Nury Cuesta Angel. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.* Igual sentido: CXLIII, 168. Extracto No.: 000 415

DICTAMEN PERICIAL. *Uno de los requisitos que debe ofrecer todo dictamen pericial para que pueda ser admitido como prueba de los hechos sobre que versa, consiste en que sea debidamente fundamentado; y tal condición compete apreciarla al juzgador con libertad, no obstante que el dictamen no haya sido materia de tacha u objeción de las partes en el traslado correspondiente. Fundamento filosófico y jurídico de la institución de la prueba por peritos.* S-172 del 92-05-20 - Casa - T. Manizales - José Aldemar Valencia Duque contra Nury Cuesta Angel. Magistrado ponente: doctor *Eduardo García Sarmiento.* Igual sentido: Sentencia 9 de mayo 1938, G. J. XLVI, número 1935 págs. 421 y 422; Sentencia 17 agosto 1944; Tomo 57 pág. 533, 5 de abril de 1967. F. F.: arts. 241 C. de P. C.; 722 y 723 Ley 105 de 1931. Extracto No.: 064 416

INCONGRUENCIA. *Esta causal, tiene por finalidad la de enmendar un especial defecto en la sentencia definitiva de instancia, consistente en haberse pronunciado con desconocimiento de las reglas que bajo el título "Congruencia" establece el artículo 305 del C. de P. C. Hipótesis en que se da la causal. Labor que cumple la Corte.* S-173 del 92-05-21 - No Casa - T. Bogotá - Mario Mantilla López contra Ana Carmen Neissa de Mantilla y otro. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.* Igual sentido: CXXIV, 144. F. F.: art. 305; art. 368-2 C. de P. C. Extracto No.: 000 417

INDICIOS \ LITISCONSORCIO NECESARIO - Confesión \ CONFESION - Litisconsorcio Necesario. *Objeto. Autonomía del juzgador en la escogencia de los hechos básicos y la deducción de sus consecuencias. Límites: en cuanto a la prueba de los hechos básicos y respecto del enlace entre el indicio y lo que de él se infiere, así como de la pluralidad, gravedad, precisión y correspondencia de éstos y frente a los demás elementos de convicción. Reglas para la correcta utilización de la prueba indiciaria como argumento decisorio del fallo civil. El debate sobre su exactitud jurídica queda cerrado por lo común en la instancia, a menos de contraevidencia. En tratándose de cuestión litigiosa que haya de resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes, cual sucede, cuando existe litisconsorcio necesario, los actos que impliquen disposición del litigio y la confesión pueden producir sus efectos si emanan de todos los que integran el consorcio.* S-173 del 92-05-21 - No Casa - T. Bogotá - Mario Mantilla

Págs.

López contra Ana Carmen Neissa de Mantilla y otro. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: LVI, 252; CXIII, CXIV, 190 y 191, LXXXVII, 76; 20 noviembre 1989, CXLII, 52; 28 febrero 1975. F. F.: arts. 248, 250, 51, 96, 210 C. de P. C. Extracto No.: 065 447

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - **Vía Directa e Indirecta.** *Maneras como se llega a la violación de la Ley Sustancial. Cuándo tiene lugar la violación directa y cuándo la indirecta. En la violación directa, al impugnante no le es dado separarse en lo más mínimo de las conclusiones a que en la obligada tarea de determinación de la controversia en sus extremos fácticos llegó el sentenciador en la providencia censurada. Actividad a la cual debe circunscribirse el censor.* S-173 del 92-05-21 - No CASA - T. Bogotá - Mario Mantilla López contra Ana Carmen Neissa de Mantilla y otro. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: CXLVI, 60; Cas. Civ. 29 noviembre 1989, CXIX, 34 y CXXXIX, 52. F. F.: arts. 368-1, 374-3 C. de P. C. Extracto No.: 000 457

CONTRATO DE SEGURO - **Prueba \ CONTRATO DE SEGURO - Póliza \ CONTRATO DE SEGURO - Anticipación de su Vigencia.** *No se perfecciona tan solo con el lleno de los requisitos de que trata el artículo 1502 del C. C., sino que exige para su existencia, la formalidad externa de que conste por escrito, en documento que ha de contener además de las condiciones generales del contrato los datos y estipulaciones específicamente señalados en el art. 1047 del C. Co. Siendo el contrato de seguro solemne, en ausencia de la póliza no puede la jurisdicción dar por demostrada la convención, ya que el contrato solemne no tiene existencia jurídica sino desde que se cumple la formalidad externa que la ley exige para su perfección. La póliza es requisito* ad constitutionem *y no una simple formalidad* ad probationen. *Las partes pueden anticipar la vigencia del seguro, pero al momento de suscribir la póliza debe existir el riesgo.* S-177 del 92-05-25 - No CASA. - T. Medellín - Mery García Peláez y otros contra Suramericana de Seguros de Vida S. A. Magistrado ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: Cas. Civ. 11 sep. 84; CLXXVI 256; sentencia 337 del 3 septiembre de 1988. F. F.: arts. 1036, 1047 C. Co.; Ley 105/27 y 43; Ley 45 de 1990; art. 1046 C. Co. Extracto No.: 066 462

IMPEDIMENTO \ RECUSACION - **num. 2 art. 150 C. de P. C. \ REVISION - Impedimento - Recusación.** *Requisitos para que se estructure esta causal. No se da cuando se trata de conocer del recurso extraordinario de revisión.* A-108 del 92-05-26 - INFUNDADA RECUSACION E IMPOSICIÓN DE MULTA - Alvaro Mora R. apoderado de Joaquín Alfonso Salazar Arango respecto del Magistrado Héctor María Naranjo. Igual sentido: autos 14 y 27 julio de 1982, 14 diciembre de 1988 Revisión de Jesús Tovar Gómez. F. F.: art. 150 numeral 2 C. de P. C. Extracto No.: 069 470

IMPEDIMENTO \ RECUSACION. *Fundamento de las causales de impedimento y de recusación. Su taxatividad y motivación, ya por el impedido, ora*

Págs.

por el recusante. La legislación actual consagra como motivo de impedimento y por ende, como de recusación, tanto el interés directo como el indirecto, o sea cuando se dé una circunstancia que puede ser económica o moral, que lleve al juzgador a desear determinada decisión, acorde desde luego con su interés en el resultado del proceso. Clasificación de los motivos de impedimento y recusación. Factores: objetivo y subjetivo. Frente a este último, el dicho del magistrado, que versa sobre una situación de orden moral y por lo tanto, de conciencia, es absolutamente respetable y debe prevalecer, mientras no se demuestre lo contrario a lo que él afirma. A-108 de 92-05-26 - INFUNDADA RECUSACIÓN E IMPONE MULTA - Recusación del abogado Alvaro Mora R. apoderado de Joaquín Alfonso Salazar Arango respecto del magistrado Héctor Marín Naranjo. Igual sentido: Cas. Civ. 30 abril 1964; CVII, 137 y 138; auto 6 junio 1935; XII, 87; auto 8 mayo 1987 y 12 mayo 1969. F. F.: art. 150 C. de P. C. y modificación Decreto 2282 de 1989, Ley 105 de 1931. Extracto No.: 068 470

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Sentencia \ CASACION - Procedencia \ VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de Hecho. *Debe el recurrente destruir la presunción de legalidad y acierto que acompaña la sentencia impugnada. Taxatividad de las sentencias susceptibles de este recurso, así como de sus causales. Marco dentro del cual la Corte asume su competencia. La Causal 1ª de Casación. Si el recurrente opta por la vía indirecta y censura la sentencia por haber incurrido en error de hecho en la apreciación de las pruebas, el yerro ha de ser evidente y transcendente. Explicación de cada uno de estos conceptos.* S-186 del 92-05-29 - NO CASA - T. Bogotá - Victoriano Laconcha Abecia contra Jairo Arturo Pineda Huertas y otra. Magistrado ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta.* Igual sentido: Sentencia del 17 de junio 1964, Tomo 107, pág. 288; 330 del 27 septiembre de 1990. F. F.: arts. 366, 368-1 C. de P. C. Extracto No.: 000 477

PROMESA DE CONTRATO - Plazo \ PLAZO - Función \ NULIDAD SUSTANCIAL - Plazo. *Se entiende debidamente configurado al tenor del numeral 3º del art. 89 de la Ley 153 de 1887, cuando cumple la función de "fijar la época en que ha de celebrarse el contrato", ésto es de dar certeza y determinación del día en que ha de perfeccionarse el contrato prometido. Si de la interpretación del contrato promesa puede establecerse la omisión de ciertos requisitos que conduzcan a la declaración de nulidad de oficio, el juzgador debe verificar el cumplimiento de los requisitos pertinentes.* S-186 del 92-05-29 - NO CASA - T. Bogotá - Victorino Laconcha Abecia contra Jairo Arturo Pineda Huertas y otra. Magistrado ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta.* Extracto No.: 070 477

PROMESA DE CONTRATO - Nulidad Absoluta / NULIDAD ABSOLUTA - Promesa de Contrato. *Si objetivamente del contenido del contrato solemne, aparece la falta de determinación temporal precisa que fije la época en que debe celebrarse el contrato prometido, se trata de una comprobación ostensible o manifiesta de la omisión de un requisito formal,*

Págs.

que faculta al juez para decretar de oficio la nulidad absoluta, tratándose de litigio entre los mismos contratantes. S-186 del 92-05-29 - No CASA - T. Bogotá - Victoriano Laconcha Abecia contra Jairo Arturo Pineda Huertas y otra. Magistrado ponente: doctor *Pedro Lafont Pianetta.* F. F.: art. 2º Ley 50 de 1936. Extracto No.: 070 477

VIOLACION DE LEY SUSTANCIAL - **Error de Hecho.** *Esta especie de yerro se da y el cargo resulta próspero cuando por una parte el desacierto que se le achaca a la sentencia impugnada es manifiesto o evidente y, por otra parte, es trascendente. Hipótesis en que el error de hecho resulta evidente.* S-188 del 92-06-02 - CASA - T. Ibagué - Sala Familia - Julieta Castaño contra sucesión de Alfonso Covaleda Herrera. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.* Igual sentido: CXLVII, 38. Extracto No.: 000 487

PATERNIDAD NATURAL - **Alcance Patrimonial** / DEMANDA - **Heredero - Cónyuge - Prueba.** *El art. 10 de la Ley 75 de 1968, contiene la viabilidad del juicio investigativo de la ascendencia luego de muerto el presunto padre y la fijación de los alcances patrimoniales del fallo que entonces se dicte, reducidos a las personas que intervinieron en el proceso. Cuando se demanda en un proceso a varias personas unos en calidad de herederos y otra en la de cónyuge sobreviviente, en lo que concierne con la primera, debe demostrarse con la copia de las respectivas actas del estado civil, complementada con la aceptación de la herencia, o con la copia del auto de reconocimiento de herederos que se ha hecho dentro del proceso sucesorio respectivo. La segunda calidad debe acreditarse con la copia o la certificación de la partida de matrimonio.* S-188 del 92-06-02 - CASA - T. Ibagué - Sala Familia - Julieta Castaño contra sucesión de Alfonso Covaleda Herrera. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.* Igual sentido: Sentencia 1º octubre 1945, LIX, 684 y ss, LIX, 20 y 21; LXXI, 102 y 103; LXVI, 532; LXXVIII, 79; LXXII, 471; CVIII, 180 y CXXVIII, 151. F. F.: arts. 10 Ley 75 de 1968; 5, 105 y 106 Decreto 1260 de 1970. Extracto No.: 071 487

LEGITIMACION EN LA CAUSA \ CAPACIDAD PARA SER PARTE - **Heredero - Cónyuge** \ HEREDERO - **Cónyuge - Prueba.** *Antecedente jurisprudencial sobre la materia. A partir del fallo de 21 de julio de 1959, la Corte ha venido insistiendo en que la demostración de la calidad de heredero no compromete la legitimación en la causa, sino que tiene que ver con la capacidad para ser parte. La carencia de la prueba de la calidad de heredero equivale a la falta de presupuesto procesal capacidad para ser parte y conlleva una decisión inhibitoria. Este mismo criterio le es aplicable al cónyuge cuando actúa en el proceso en la calidad de tal. En los juicios de filiación natural no se demanda* iure proprio *sino iure* hereditario. -S-188 del 92-06-02 - CASA - T. Ibagué - Sala Familia - Julieta Castaño contra

Págs.

sucesión de Alfonso Covaleda Herrera. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: 21 julio 1959; XCI, 52; 7 de julio de 1964; CVIII, 58 y 59; 14 diciembre 1964; 15 febrero 1966; CXV, 116; 7 octubre 1970 CXXXVI, 14 y 15; 31 mayo 1971; CXXXVIII, 556. F. F.: art. 44 C. de P. C.; 77 numerales 5 y 85 *ibidem*. Extracto No.: 072 487

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL - Personas Jurídicas \ RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL - Actividades Peligrosas - Requisitos \ RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL - Eximentes. *Art. 2341 C. C.: Nociones Generales sobre el tema. La reparación del daño también obliga a las personas jurídicas, porque ellas son directamente responsables por el comportamiento de sus agentes. Presunción de culpa en tratándose de actividad peligrosa (art. 2356 C. C.). Elementos que debe demostrar la víctima cuando reclama la indemnización de perjuicios causados por quien ejerce actividad de este linaje. Reglas que deben atender los falladores de instancia en orden a la debida aplicación del art. 2356 del C. C.: a) En tratándose de daños causados con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas, a la víctima se le dispensa de presentar la prueba de la incuria o imprudencia atribuible a la persona de quien demanda el resarcimiento; b) La presunción de culpabilidad de que se trata afecta no sólo al dependiente o empleador que obra en el acto peligroso, sino también al empleado dueño de la empresa o de las cosas causantes del daño. En casos semejantes, la víctima puede demandar la reparación, acogiéndose, bien a la regulación legal de la responsabilidad por el hecho ajeno, bien a la regulación legal por el ejercicio de actividades peligrosas. La responsabilidad del "guardián" de la actividad: es la persona física o moral que, al momento del percance tuviere sobre el instrumento generador del daño, un poder efectivo e independiente de dirección, gobierno o control, sea o no dueño, y siempre que en virtud de alguna circunstancia de hecho no se encontrare imposibilitado para ejercitar ese poder. Quienes tienen tal condición: c) Los fundamentos fácticos que debe probar el actor para poner en práctica la presunción. Causas eximentes de responsabilidad. Requisitos para que la eximente de responsabilidad basada en la intervención de un tercero se abra paso. El proceder del tercero debe ser imprevisto e irresistible.* S-196 del 92-06-04 - Casa - T. Bogotá - Luis y Rubén Rosensvaig de la Torre y otra contra Mercados y Almacenamientos Tequendama Limitada. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: XCIX, 88 y 655; CVI, 130 y CXLII, 173; CXLIII, 188; LXI, 569 y Cas. Civ. 12 de abril de 1991 no publicada; Cas. Civ. 26 mayo 1989 no publicada; CXLII, 188; LVI, 321 y CXXXIV, 41; CVI, 163; CXLII, 175. F. F.: art. 2341, 2356 C. C. Extracto No.: 075 ... 499

EMPLAZAMIENTO - Procedencia \ EMPLAZAMIENTO - Nulidad. *¿Cuándo y en qué condiciones procede el emplazamiento del demandado por los trámites del art. 318 o del art. 320 del C. de P. C. (Decreto 1400 de*

Págs.

1970)? Y cómo en ambas hipótesis es común denominador el que se salvaguarde el derecho de defensa del citado, las ritualidades del emplazamiento tanto en la una como en la otra, deben ajustarse fielmente a las exigencias de ley, so pena de que el proceso quede afectado de nulidad S-201 del 92-06-05 - DECRETA NULIDAD TODO LO ACTUADO - T. Santafé de Bogotá - María Emma Duarte y otros contra sucesión de Pablo Emilio Riveros Cubillos. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. F. F.: arts. 318 y 320 Decreto 1400 de 1970. Extracto No.: 076 511

NULIDAD PROCESAL - Falta de Emplazamiento - Legitimación \ PATERNIDAD NATURAL - Petición de Herencia - Litisconsorcio \ PETICION DE HERENCIA Y PATERNIDAD NATURAL - Litisconsorcio \ LITISCONSORCIO - Paternidad Natural - Petición de Herencia. *La legitimación para proponer la nulidad por falta de emplazamiento en legal forma reside únicamente en cabeza de la parte emplazada de manera irregular, y la respectiva declaratoria solo a esa parte beneficia. A menos que exista un litisconsorcio necesario, supuesto en el cual los consortes se aprovechan de esa declaratoria. En materia de acción de filiación extramatrimonial y de petición de herencia, cuando las mismas se instauran en frente de los herederos del presunto padre, en tal supuesto el litisconsorcio que entre éstos se forma no es necesario sino facultativo.* S-201 del 92-06-05 - DECRETA NULIDAD DE TODO LO ACTUADO - T. Santafé de Bogotá - María Emma Duarte y otros contra sucesión de Pablo Emilio Rivero Cubillos. Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Sentencia 16 marzo 1987; CXLIII, 90; LXXVI, 261; CXLII, 52. F. F.: inc. 3 art. 143 Decreto 1400 de 1970 e inc. 3 art. 142 C. de P. C. Extracto No.: 077 511

DEMANDA - Requisitos - Hechos. *Noción. Importancia de los requisitos que la estructuran. Por ser los hechos de la demanda, los elementos integrantes de la causa petendi o título de donde hace provenir el derecho que se invoca, son trascendentales para la decisión del litigio, porque fijan las pretensiones del demandante y delimitan el ámbito del desarrollo de la litis. De modo, que como los hechos invocados en la demanda dan base a la pretensión del actor, no puede el juez decidir el litigio con fundamento en hechos distintos, aun cuando se demostrasen plenamente en el curso del juicio. Ámbito dentro del cual ha de desenvolverse el proceso y yerro en que se incurre al producir un fallo desarmónico.* S-204 del 92-06-09 - NO CASA - T. Santafé de Bogotá - Gilma Melo de Gómez contra Alfonso Reyes Soto y otra. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Sentencias Cas. Civ. 11 agosto 1991, XX, 208; Cas. 22 enero 1974. F. F.: arts. 75; 368-2 C. de P. C. y Decreto 2282 de 1989 art. 1º. Extracto No.: 078 530

DEMANDA - Interpretación \ VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de Hecho - Demanda. *Cuando no ofrece la suficiente claridad y precisión en los hechos allí narrados como fundamento del* petitum, *o en la forma como quedaron formuladas las súplicas, le corresponde al fallador desentrañar la pretensión contenida en tan fundamental pieza procesal, en*

Págs.

procura de no sacrificar el derecho sustancial. Con todo, dentro de tal facultad no puede el sentenciador moverse ad libitum *hasta el punto de corregir desaciertos de fondo, o de resolver sobre pretensiones no propuestas, o decidir sobre hechos no invocados. Autonomía del Tribunal para interpretar la demanda. Hipótesis en que se incurre en error de hecho en la interpretación de la demanda. El yerro tiene que estar demostrado y aparecer de modo manifiesto.* S-204 del 92-06-09 - No CASA - T. S. Santafé de Bogotá - Gilma Melo de Gómez contra Alfonso Reyes Soto y otra. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.* Igual sentido Cas. 20 mayo 1970, 146, 147; CLXII, 240. F. F. arts. 4°, 368, 368-1 C. de P. C. Extracto No.: 079 520

PRENDA GENERAL \ SIMULACION - Acción Pauliana \ ACCION PAULIANA - Simulación \ NULIDAD, SIMULACION, ACCION PAULIANA, REVOCATORIA. *De manera descriptiva se ha denominado como derecho de garantía general sobre el patrimonio del deudor. Simulación-Acción Pauliana: Antecedentes históricos sobre una y otra. La primera es acción autónoma en manos del acreedor. NULIDAD, SIMULACION, ACCION PAULIANA O REVOCATORIA. Son específicamente distintas y cada una de ellas tiene su individualidad propia. Rasgos típicos de cada una de estas acciones. En la acción pauliana se impugna un acto realmente ejecutado por el deudor, en tanto que en la simulación se busca destruir una mera apariencia, para que se haga luz sobre lo que, de hecho quisieron las partes. Para la prosperidad de la acción pauliana los acreedores deben demostrar que el acto cuestionado, lo fue en perjuicio suyo y que el deudor lo realizó fraudulentamente. La simulación no queda inserida en la pauliana, cuando es un acreedor quien la ejercita.* S-208 del 92-06-10 - No CASA - T. Buga - Sociedad "Restrepo Alzate Ltda. - Real Ltda." contra Rubén Escudero Grajales y Sociedad "Escudero Loaiza Ltda." Magistrado ponente: doctor *Héctor Marín Naranjo.* Igual sentido: Sentencia 30 agosto 1938 G. J. XLVII, 61, 15 febrero 1940, XLIX; 10 agosto 1943; LVI, 39, 10 junio 1948, LXIV, 439, 17 abril 1951, LXIX, 528, 22 agosto 1967; CXIX, 191. F. F.: arts. 2488, 1677, 2491 y 2489 C. C., art. 1766 *ibidem.* Extracto No.: 081 529

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de Derecho \ VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de Hecho y de Derecho. *Cuando se acusa la sentencia de violar indirectamente la ley sustancial a consecuencia de errores de derecho en la apreciación de las pruebas, deben indicarse con claridad cuáles son las normas sustanciales violadas y cuáles las de valoración probatoria desconocidas por el fallo, que llevaron a esa violación de la ley sustancial. Constituye un desacierto en la formulación del cargo, o cargos confundir los dos yerros, puesto que a pesar de tener la misma consecuencia, o sea el quebranto de la ley sustancial, de todos modos presentan notorias diferencias que les dan entidad propia.* S-210 del

Págs.

92-06-11 - NO CASA - T. Bogotá - Sociedad C. y F. Mineros Ltda. contra Banco Sudameris Colombia S. A. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Cas. 19 de marzo de 1991. Casación Civil Aura Celina Constain vs. Guillermo Teodoro y otros. F. F.: art. 374-3 C. de P. C. Extracto No. 000 542

TITULO VALOR - **Endoso en Garantía** \ **ENDOSO - En Garantía.** *Regulación legal. El principio de literalidad. El endoso en garantía para ser jurídicamente tal, debe contener las expresiones "en garantía", "en prenda" u otro equivalente, sin las cuales no tiene existencia cambiaria.* S-210 del 92-06-11 - NO CASA - T. Santafé de Bogotá - Sociedad C. y F. Mineros Ltda. contra Banco Sudameris Colombia S. A. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F. F.: arts. 659 C. Co.; 619 y 620 *ibidem*. Extracto No.: 083 542

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA - **Endoso en Garantía** \ **NORMA SUSTANCIAL.** *No citó el censor como violados los artículos 658 y 659 del C. de Co. que se refieren, el segundo a los derechos del endosatario en garantía, para decir que adquiere las facultades propias del endoso en procuración, y el primero a la facultad que tiene el endosatario en procuración para cobrar los títulos judicial o extrajudicialmente. Las referidas disposiciones son normas de carácter sustancial.* S-210 del 92-06-11 - NO CASA - T. Bogotá - Sociedad C. y F. Mineros Ltda. contra Banco Sudameris Colombia S. A. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: CXXX, 141. F. F.: art. 374-3 C. de P. C. Extracto No.: 000 542

COMPETENCIA - **Funcional - Diplomático** \ **JURISDICCION - Inmunidad - Diplomática** \ **JURISDICCION - Inmunidad - Estados.** *La tiene la Sala de Casación Civil para conocer de los procesos contenciosos en que sea parte un agente diplomático. JURISDICCION: Inmunidad. A partir de la vigencia de la Convención de Viena, aprobada por la Ley 6ª de 1972, el Agente Diplomático en materia penal tiene inmunidad absoluta de jurisdicción, y en materia civil y administrativa, inmunidad relativa de jurisdicción, ya que exceptúa de ella las tres hipótesis que señala el art. 31 de la Convención. Razón de ser de los privilegios e inmunidades. Los Estados también tienen inmunidad de jurisdicción, según principios y costumbres de Derecho Internacional.* A-121 del 92-06-12 - DECLARA NULIDAD DE TODO LO ACTUADO - Pablo Alberto Cintura Arévalo contra Estados Unidos de América USA y Colegio Nueva Granada. Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero*. F. F.: art. 151 ord. 3 C. Nal. 1886; art. 234-5 C. Nal.; art. 25 C. de P. C.; Decretos 615 de 1935; 3135 de 1956 y 232 de 1967; Ley 6ª de 1972. Extracto No.: 084 562

SOCIEDAD CONYUGAL \ SOCIEDAD CONYUGAL - **Simulación** \ SIMULACION - **Sociedad Conyugal.** *Régimen de bienes durante la*

Págs.

existencia de la sociedad conyugal. A la disolución de la sociedad conyugal por cualquiera de las causas legales, o al promoverse un proceso ligado necesariamente a la disolución de la sociedad de bienes, surge el interés tutelable para cada uno de los cónyuges de impugnar de simulados los actos de disposición del otro cuando mediante ellos se pretenda sustraer bienes sociales de la liquidación de la sociedad. S-215 del 92-06-16 - NO CASA - T. Santa Rosa de Viterbo - Graciela López de Salamanca contra Héctor Rafael Salamanca Alba y Mario Roberto Higuera Suárez. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra.* Igual sentido: Fallos 4 de octubre 1982, CI.XV, 214 a 218; 17 diciembre de 1931, G. J. No. 1883, pág. 434; 29 de marzo 1939, G. J. No. 1945 pág. 727; 17 marzo 1955, G. J. No. LXXIX, pág. 757; 29 febrero 1956, Tomo LXXXII, 118; 8 junio 1967, CXIX, 152; 20 noviembre 1979, G. J. CLIX, 1ª parte. F. F.: Ley 28 de 1932, 1820 C. C.; 1766 *ibidem.* Extracto No.: 087 558

NULIDADES PROCESALES\NULIDAD PROCESAL - Falta de Competencia \ COMPETENCIA - Nulidad Procesal \ CASACION - Nulidad Procesal - Falta de Competencia. *Finalidad. La falta de competencia como causal de nulidad. Esta irregularidad no es admisible en casación cuando resulte convalidada expresa o tácitamente, ni puede invocarla como tal, el demandado que habiendo tenido oportunidad de proponerla como excepción previa no lo hizo. La nulidad por falta de competencia en razón del factor territorial es saneable.* S-215 del 92-06-16 - NO CASA - T. Santa Rosa de Viterbo - Graciela López de Salamanca contra Héctor Rafael Salamanca Alba y Mario Roberto Higuera Suárez. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra.* F. F.: Decreto 2282 de 1989; art. 156 Dec. 1400 de 1970; arts. 144 y 143 inc. 5 C. de P. C.; num. 1 art. 156 Decreto 1400 de 1970; inc. 5 arts. 155, 152 num. 5, 6 y 9 *ibidem*; 97 y 100 *ejusdem*; 100 Decreto 2282 de 1989. Extracto No.: 085 558

CONGRUENCIA \ INCONGRUENCIA. *Efectos de la relación jurídico procesal. Principio de la congruencia. Hipótesis en que se da la causal. El fallador, no desborda los límites de su actividad jurisdiccional cuando decide sobre puntos que expresamente no le fueron propuestos por las partes, pero para cuya resolución está facultado* ex officio *por la ley. Si guarda silencio sobre ellos, sí opera la incongruencia. La causal no autoriza a entrar en el examen de los otros errores* in procedendo, *ni en los yerros* in judicando, *que pudieran encontrarse en la sentencia recurrida.* S-215 del 92-06-16 - NO CASA - T. Santa Rosa de Viterbo - Graciela López de Salamanca contra Héctor Rafael Salamanca Alba y Mario Roberto Higuera Suárez. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra.* Igual sentido: sentencias 31 agosto 1972, CXLIII, 116; Cas. 17 junio 1975 CLI, 153. F. F.: arts. 368-2, 305 C. de P. C. Extracto No.: 086 558

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Ataque todas las Pruebas. *Deben combatirse todos los elementos de juicio que son fundamento de la decisión impugnada, cuando para arribar a ella el juez se ha violado de un número*

Págs.

plural de pruebas. S-215 del 92-06-16 - NO CASA - T. Santa Rosa de Viterbo - Graciela López de Salamanca contra Héctor Rafael Salamanca Alba y Mario Roberto Higuera Suárez. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra.* Igual sentido: Cas. 26 octubre 1981; CXLVI, 590; CXLII, 140. Extracto No.: 000 558

REVISION - **Caducidad** \ CADUCIDAD - **Revisión.** *Nociones generales sobre este recurso. En tratándose de la causal 7ª de revisión, el término para interponer el recurso es de dos años que se comienzan a contar desde el día en que la parte perjudicada con la sentencia o su representante haya tenido conocimiento de ella, con un límite máximo de cinco años, con excepción de las sentencias que deben ser inscritas en un registro público, cuyo término empieza a correr a partir de la fecha del registro. De modo que verificado dicho registro, el tiempo útil para proponer en forma debida el recurso en cuestión se agota al cumplirse los dos años siguientes.* A-122 del 92-06-23 - RECHAZA DEMANDA DE REVISIÓN - T. Montería - Isaías Ismael Ortega Pérez o Ismael Ortega Pérez: Recurrente en revisión. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.* Igual sentido: Cas. Civ. 19 noviembre de 1976 CLII, 505. F. F.: arts. 379, 380, 380-7, 383-4 C. de P. C.; Decreto 1250-70 art. 2º. Extracto No.: 088 582

SIMULACION. *Todo negocio jurídico se estima verdadero y por eso mismo capaz de producir la plenitud de sus efectos, mientras no se demuestre de modo concluyente la ficción de la que fue producto. De ahí que quien aspire a restarle eficacia o a lograr que de él se predique una distinta de la que corresponde, dada la apariencia externa que ofrece, argumentando en uno y otro caso que fueron fruto de la simulación, está obligado a demostrar el hecho anormal de la discordancia entre la voluntad interna y su declaración, de manera completa y segura, ya que de quedar alguna duda, debe estarse a la realidad de aquello que se hizo público.* S-224 del 92-06-24 - NO CASA - T. Bogotá - Isabel Hernández de Tochetto contra Isabela Delgado de Zapata y otro. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.* Igual sentido: CXXX, 142. F. F.: art. 1766 C. C. Extracto No. 089 585

CONFESION - **Presunción** \ PRESUNCION - **Confesión.** *Cuando no es espontánea, sino producto de declaración judicial, por falta de comparecencia del litigante a absolver, sin justo motivo, el interrogatorio formal cuya práctica se dispuso a instancia del adversario, tiene la significación procesal de una auténtica presunción legal, que a la luz del art. 176 del C. de P. C. impone sobre el no compareciente la obligación de rendir la prueba en contrario, a riesgo de que la presunción redunde en contra de aquél.* S-224 del 92-06-24 - NO CASA - T. Bogotá - Isabel Hernández de Tochetto contra Isabella Delgado de Zapata y otro. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.* Igual sentido: LXVII, 434. F. F.: arts. 210 inc. 2 C. de P. C.; 176 *ib.*; 618 C. Judicial, 606 *ejusdem*, 201 C. de P. C. Extracto No.: 090 585

Págs.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de Hecho y de Derecho \ INDICIOS. *Soberanía del fallador en la apreciación de la prueba. Cuándo incurre el sentenciador en uno y otro yerro. Indicios: Hipótesis frente en que los cargos contra esta prueba son conducentes y eficaces.* S-224 del -92-06-24 - No CASA - T. Bogotá - Isabel Hernández de Tochetto contra Isabella Delgado de Zapata y otro. Magistrado ponente: doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.* Igual sentido: CII, 75; CXXXIX, 130 No. 1943 pág. 461. Extracto No.: 000 585

COSA JUZGADA \ EXCEPCION - Cosa Juzgada \ NULIDAD PROCESAL - Cosa juzgada \ CASACION - Cosa Juzgada \ COSA JUZGADA - Penal. *Finalidad. Puede proponerse como excepción tanto previa como de mérito, y aún reconocerse de oficio, o como causal de nulidad, cuando el juez revive un proceso legalmente concluido. La posibilidad de recurrir a uno u otro de tales medios, no queda al arbitrio de las partes, ya que para elegir una u otra alternativa, debe tenerse en cuenta si la cosa juzgada, se forma en un proceso distinto del que está en curso o en el mismo. En el primer caso, y en el que se faculta a quienes han sido partes del proceso anterior para proponer la excepción de cosa juzgada, el desconocimiento de la institución referida, implica violación de la norma de derecho sustancial que la consagra (art. 332 C. de P. C.) denunciable en casación, al tenor del numeral 1° del art. 368* ibidem. *Respecto de la segunda situación, la violación de la cosa juzgada formada en el mismo proceso en que se alega no implica quebranto de norma de derecho sustancial alguna, sino desacato del juez a una norma regulativa u ordenativa de su actividad (art. 140 numeral 3°* ib.*) denunciable al tenor del numeral 5 del artículo 368* ejusdem. *El reconocimiento de la cosa juzgada penal sobre lo civil, cuando sea del caso, no está sujeta a la concurrencia de las denominadas identidades procesales.* S-228 del 92-06-24 - No CASA - T. Medellín - Jorge Alberto Monsalve Mazo y otra contra la Sociedad Enchapes y Mármoles H. M. Ltda., y otros. Magistrado ponente: doctor *Rafael Romero Sierra.* Igual sentido: XLVII, 329 y 330; Cas. Civ. 1° de junio 1936; XLIII, No. 1911 y 1912 págs. 711 y 712; CXLVI, 50. F. F.: arts. 332, 97, 306, 305, 140-3 C. de P. C. Extracto No.: 091 597

SENTENCIA - Aclaración. *Unicamente procede ante circunstancias regladas específicamente por el ordenamiento procesal. Excepcionalmente cuando la sentencia se resiente verdaderamente en su claridad. Precisión acerca de cuáles son los conceptos o frases que le abren paso a dicho correctivo. No puede utilizarse por replantear el litigio, decidir sobre la legalidad de lo ya resuelto, o en procura de que se analice y explique situaciones ya definidas. Requisitos para que haya lugar a la aclaración de la sentencia. Lo que debe entenderse por aclarar* A-124 del 92-06-24 - DENEGA PETICIÓN ACLARACIÓN - T. Santafé de Bogotá - Flota Mercante Grancolombiana S. A contra Empresa Puertos de Colombia (Colpuertos). Igual sentido: XLX, 47; Tomo XCVIII, 5 y 6; Auto 8 noviembre 1956 Nos. 2171 a 2173; Auto 14

Págs.

agosto 1961, XCVI, 121; Auto 11, octubre 1960 Nos. 2228 y 2229, 582. F. F.: arts. 309 C. de P. C. y 482 C. Judicial. Extracto No.: 092 618

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía Indirecta - Error de Hecho \ VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de Hecho - Interpretación Contratos \ CONTRATOS - Interpretación. *Puede presentarse como consecuencia de error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda, de su contestación o de determinada prueba. Evidencia del error. La autonomía de los juzgadores en la interpretación de los contratos y el error de hecho en esta materia.* S-229 del 92-06-25 - No CASA - T. Bogotá - Marco Antonio Gómez Barrera contra Blanca Nieves Buitrago de Posada. Magistrado ponente: doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: LXXVIII, 972; Cas. Civ. 15 junio 1972; CXLII; 10 de mayo 1989; Cas. Civ. 3 julio 1969, CXXXI, 14; Cas. Civ. 30 enero de 1962, XCVIII; 4 mayo 1970; CXXXIV, 146 y 147; 6 septiembre 1983. F. F.: art. 368 inc. 2 C. de P. C. Extracto No.: 000 621

CONTRATOS - Interpretación \ CONTRATOS - Transacción \ TRANSACCION. *Corresponde al juez la interpretación de los contratos cuando hay discrepancia sobre ella entre los contratantes. Características del contrato de transacción. Cuando se refiere a inmuebles se torna en contrato solemne y para que tenga efectos jurídicos debe constar por escritura pública.* S-229 del 92-06-25 - No CASA - T. Bogotá - Marco Antonio Gómez Barrera contra Blanca Nieves Buitrago de Posada. Magistrado ponente: doctor Eduardo García Sarmiento. Igual sentido: sentencia 11 septiembre de 1984; 14 de julio 1981. F. F.: art. 2469, 765 C. C.; 12 y 2° Decreto 960 de 1970. Extracto No.: 093... 621

INDICE CRONOLOGICO DE PROVIDENCIAS NO PUBLICADAS

PRIMER SEMESTRE DE 1992

COMPETENCIA - Conflicto / COMPETENCIA - Despachos Judiciales. Circunstancias que dan lugar a la distribución de la competencia entre los distintos despachos judiciales. Conflicto negativo. Debe existir discrepancia sobre los factores tenidos en cuenta para determinarla. A-003 del 92-01-13 - J.Po. Flia. Facatativá competente - J. Po. Flia. Facatativá - 18 Flia. Bogotá - Edgar Guillermo Aguirre Aguilar y otros contra María Olga Aguirre Forero y otros sucesores de José Daniel Aguirre. F.F. arts. 12 y ss. C.P.C. y 148 *ibidem.*

REVISION - Competencia / REVISION - Demanda. No compete a la Corte revisar las sentencias dictadas por los jueces de circuito. Debe indicarse el día en que quedó ejecutoriada la sentencia materia del recurso. A-001 del 92-01-13 - Rechaza demanda - J.C. Cto. San Andrés Islas y T. Cartagena - Antonio Kelly Wilson y Hermelinda Cuéllar de Kelly. Magistrado Ponente: Doctor *Ospina Botero* (solo). F.F. arts. 25-2 C.P.C. y 382 num. 3 *ibidem.*

CASACION - Demanda / NORMA MATERIAL. Requisitos. No puede integrarse un cargo con otro u otros. El art. 75 del C. de P.C. no tiene tal carácter. A-002 del 92-01-13. Admite demanda parcialmente - T. Cundinamarca - Obdulio Angarita Bautista. Igual sentido: sentencia 29 octubre 1973. F.F. arts. 374-3 y 375 C. de P.C. Decreto 2051, 25 nov. 91, art. 51.

SIMULACION. Concurren los presupuestos procesales. Las contrademandantes tienen interés para obrar. La sentencia del Tribunal se quebró en casación porque la Corte halló demostrada la simulación que como pretensión principal se formuló en la demanda de reconvención. El negocio oculto (donación) no cumplió con el requisito de la insinuación pese a superar el valor de $2.000.oo. S-001 del 92-01-15 - Revoca sentencia - T. Pasto - Omar Humberto Martínez y otro contra María Teresa Guerrero López y otra. Magistrado Ponente: Doctor *Romero Sierra.* F.F. art. 1458 C.C.

CASACION - Demanda. Requisitos de carácter general y de carácter especial. El recurrente no señala la clase de error en que fundamenta la vía indirecta; y si se trata de error de derecho, se abstiene de explicar, con base en él, en que consiste la infracción

de las normas probatorias que ataca. A-004 del 92-01-16 - Inadmite demanda - T. Bogotá Nancy Marlene Vásquez Martínez contra Claudia Marcela Gutiérrez Olarte y otras. F.F. arts. 374 y 368 C.P.C.

ACCION DE TUTELA - **C.S.J. - Salas.** Cada Sala es el órgano máximo en su especialidad, sin que ninguna de ellas tenga superior jerárquico, y además sus funciones son absolutamente independientes y autónomas en desarrollo a lo dispuesto por la ley. Incompatibilidad entre la Constitución y el Decreto-ley 2591 de 1991. S-002 del 92-01-16 - Deniega tutela - Gloria Esther Cardozo. Magistrado Ponente: Doctor *Marín N.* Igual sentido: sentencia 9 diciembre 1991. F.F. arts. 86, 234, 235-1 C.N. Decreto 2591 de 1991.

CONVENCION DE VIENA DE 1961 / NOTIFICACION PERSONAL. El objeto de los privilegios e inmunidades en ella consagrados no es el de otorgar ventajas personales exorbitantes a los agentes o a quienes con ellos vivan, sino el de asegurar el funcionamiento eficaz de las misiones diplomáticas en su calidad de representantes que son de los estados acreditantes. Reglas que se deben atender cuando de actos de comunicación se trata y respecto de Agentes Diplomáticos. A-005 del 92-01-17 - Librar oficio jefe protocolo Min. Rel. Ext. Magistrado Ponente: Doctor *Jaramillo Schloss* (solo). F.F. Convención Viena 1961.

ACCION DE TUTELA - **Recursos.** El de reposición no se encuentra establecido en el Decreto 2591 de 1991. A-007 del 92-01-20 - Rechaza recurso - Luis Felipe Arias Castaño y Julián Peláez Cano. Magistrado Ponente: Dr. *Lafont Pianetta.* F.F. Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA - **Corte Suprema de Justicia** / ACCION DE TUTELA - **Auto Inhibitorio.** En la Jurisdicción Ordinaria, es el máximo Tribunal y conoce en Salas separadas de los asuntos que la ley determina y en Sala Plena de aquéllos de los cuales sea competente conforme a la ley. Decisiones frente a las cuales procede la acción de que se trata. El auto inhibitorio, no tiene fuerza de cosa juzgada material, ya que no impide que la investigación se abra posteriormente. S-003 del 92-01-20 - Deniega tutela - José María Rodríguez Duarte. Magistrado Ponente: Doctor *Lafont Pianetta.* Igual sentido: CXXXIII, 2° semestre No. 2432, 1988 págs. 361 y 362. F.F. arts. 234, 235, 228 y 230 C.N. 91; Decreto 2591 de 1991, 352 y 353 C.P.C.

REVISION - **Nulidad en la sentencia.** Efectos de la sentencia que se dicta en el proceso ejecutivo. Improcedencia del recurso cuando no se ha promovido la invalidación incidental del fallo. A-006 del 92-01-20 - Deniega R. súplica - T. Bogotá - Víctor Alberto Arévalo contra Banco Ganadero. F.F. art. 380-8 C.P.C.

COMPETENCIA - **Conflicto** / ALIMENTOS - **Competencia.** Los trámites de revisión de la cuantía de la obligación alimentaria se encuentran terminados y sólo estaban pendientes actuaciones procesales derivadas de la última decisión tomada, que por formar parte de la ejecución del fallo, debían seguirse tramitando en el juzgado que conoció el asunto, ya que no se trata de la presentación por parte del menor interesado

de una nueva demanda de revisión de la obligación alimentaria. A-008 del 92-01-21 - J. Po. Flia. Facatativá es competente - J. Po. Facatativá-11 F. Btá. - Oscar Eduardo García contra Gonzalo García Vergel. Magistrado Ponente: Dr. *Jaramillo Schloss*. F.F. art. 21 C.P.C.

NORMA SUSTANCIAL. Los arts. 63, 65, 77, 85 num. 2 y 5 y 144 del C. de P.C. no tienen el carácter de sustanciales. A-009 del 92-01-22 -Inadmite demanda parcialmente- Peticionaria: Romelia Sánchez de López.

CASACION - Demanda. Ritualidades que ha de atender el censor, en orden a justificar la existencia del derecho a recurrir por esta vía y a obtener la enmienda de los errores de juicio o de procedimiento que le son atribuidos a la sentencia cuya anulación pretende. A partir de las reformas al C. de P.C. -Decreto-ley 2282 de 1989- no basta citar normas de cualquier clase en el concepto de haber sido infringidas por la sentencia. Por el contrario forzoso es que se trate de verdaderas normas de derecho sustancial, ya que además de exigirlo así el texto 374 inc. 3 es al restablecimiento de ellas a las que apunta la primera causal de casación. A-009 del 92-01-22 - Inadmite demanda parcialmente. Peticionario: Romelia Sánchez López. Igual sentido: CXLII, 212 y 213. F.F. art. 374-3 C.P.C.; Decreto 2282 de 1989, art. 51 Decreto 2651 de 1992.

CASACION - Desistimiento. El desistimiento del recurso ha sido presentado con las formalidades legales. A-013 del 92-01-23 - Acepta desistimiento demandada - T. Cali - Julio Gómez Carvajal y otros contra Compañía Central de Seguros S.A. F.F. arts. 344 y 345 C.P.C.

PERITOS - Honorarios. Pautas que tuvo la Corporación para fijar los honorarios de los peritos impugnados. A-012 del 92-01-23 - Deniega solicitud peritos. Magistrado Ponente: Doctor *Romero Sierra* (solo). F.F. art. 8º C.P.C. Decreto 2282 de 1989, Decreto 2265/69.

ACCION DE TUTELA - Pertinencia. Existe en la medida en que se carezca de otro camino judicial. Es erróneo mirarla como una herramienta más, de rango complementario, para conseguir lo que de otra manera no se consiguió o no se intentó conseguir. El Decreto 2591 de 1991, pugna con el art. 86 de la C. Nal. en la parte que hace procedente la tutela frente a sentencias que han ganado el sello de la ejecutoria. S-008A del 92-01-23 - Niega tutela - Melania Arias y otros. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: sentencia 9 diciembre 1991. F.F. art. 86. C. Nal. Decreto 2591 de 1991.

COMPETENCIA - Conflicto / PROCESO EJECUTIVO - Competencia. Factor Objetivo: Circunstancias que se tienen en cuenta para la asignación de la competencia por este factor. Disposiciones que modifican el artículo 19 del C. de P.C. El municipio de Madrid está dentro del Circuito Judicial de Funza conforme al artículo 1º del Decreto 2270 de 1989. A-010 del 92-01-23 - J. Po. Mpl. Madrid competente - J-1. Civ. Cto. Facatativá - Po. Mp. Madrid - Jaime Obando Velasco contra Melquisedec

Celeita Díaz. Magistrado Ponente: Doctor *Lafont Pianetta*. F.F. art. 19 C.P.C. Ley 22 de 1977, Ley 2ª de 1984 Decreto 522/88; Decreto 2270/89 art. 1º.

NOVACION. Concepto. Modalidades. Condición fundamental para que ésta se dé. S-007 del 92-01-23 - Casa - T. Bogotá - "Consorcio Colombiano de la Construcción" contra "Occidental de Colombia Inc. Corporación de la Delaware - EEUU. Magistrado Ponente: Doctor *García Sarmiento*. Igual sentido: 14 sept. 1927, XXXIV, 336; 10 abril 1970 y CXXXIV, 16. F.F. arts. 1625, 1687, 1690, 1693 inc. 1º C.C.

COMPETENCIA - Conflicto / CONTRATOS - Competencia. Entre los factores de competencia territorial en que se fincó la parte demandante para radicarla en Santafé de Bogotá se destaca el que atañe al lugar de cumplimiento de la obligación. Regla general en materia de competencia territorial. Su concurrencia con otros fueros. Jueces que son competentes cuando la controversia halle su manantial en un contrato. A-011 del 92-01-23 - J. 25 C.C. Bogotá competente - J. 25 C.C. Bogotá - Po. C. Soacha - "Colmena" contra Pedro Pablo Alba Ramírez y otra. Magistrado Ponente: Doctor *Romero Sierra*. Igual sentido: auto 26 nov. 1991. F.F. art. 23-5 C.P.C.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA - Pertenencia. Regla de técnica que debe atender el censor en la materia. No citó el casacionista como infringidos, los artículos 407 del C. de P.C. ni el 1º de la Ley 50 de 1936. S-008 del 92-01-23 - **no casa** - T. Bogotá - Sara e Isabel Luque Domínguez contra Sociedad Luque Martínez y Asociados Ltda. y Personas Indeterminadas. Magistrado Ponente: Doctor *Romero Sierra*. Igual sentido: CLXXXVIII, 320 y sentencia 227 del 13 de julio 1990. F.F. art. 374-3 C.P.C.

PETICION DE HERENCIA. Restituciones a que está obligado el demandado. **La buena y mala fe posesoria en materia** de restitución de frutos. S-009 del 92-01-24 - **casa** - T. Manizales - Luz Adiela Cifuentes contra Teresa Zuluaga de Morales y otra. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*. F.F. arts. 1322, 1323 y 964 C.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho. Presunción de acierto que ampara la sentencia. Autonomía del Tribunal en la apreciación de la prueba. Hipótesis que tiene lugar el error de hecho. Evidencia del error. S-009 del 92-01-24 - **casa** - T. Manizales - Luz Adiela Cifuentes contra Teresa Zuluaga de Morales y otra. Magistrado Ponente: Doctor *Romero Sierra*. Igual sentido: Sent. 28 sept. 77 y sentencias 17 jun. 1964 Tomo 107, 288; 21 marzo 1980; 21 junio 1984; 6 julio 1987 aún no publicadas.

PATERNIDAD NATURAL - Posesión notoria. En qué consiste. Qué deben acreditar las pruebas de la referida causal. La prueba de los hechos que constituyen posesión notoria y el poder corroborante de otros hechos que fluyen del expediente. Tiempo hábil para el fenómeno de que se trata. Regla que debe atender el censor en la apreciación de la prueba testimonial. Autonomía de los falladores para apreciar la prueba. S-009 del 92-01-24 - Casa - T. Manizales - Luz Adiela Cifuentes contra Teresa Zuluaga de morales y otra. Magistrado Ponente: Doctor *Romero Sierra*. Igual sentido: CLIX, 81; Cas. Civ. 6 agosto 69; LXXXI, 113 y 114; 21 feb. 1964, CVI, 140; Sentencia

258 del 6 julio 1987; 11 julio 1990. F.F. art. 6° Ley 75 de 1968, 4° Ley 45 de 1936 y 9° Ley 75 de 1968.

REVISION - Demanda. No se indicó el día de ejecutoria de la providencia. A-014 del 92-01-27 - Rechaza demanda - T. Cartagena - Antonio Kelly Wilson y otra contra Personas Indeterminadas. Magistrado Ponente: Doctor *Ospina Botero* (solo). F.F. art. 383 inc. 3 C.P.C.

CASACION - Demanda. Requisitos. El censor desarrolla el primer cargo sin observancia de los objetivos propios del recurso, al darle el carácter de alegación de instancia. Respecto del 2° lo desarrolla sin claridad y precisión en la acusación. A-015 del 92-01-28 - Inadmite demanda. F.F. art. 374-3 C.P.C.

ACCION DE TUTELA - *Habeas Corpus*. No es en modo alguno un nuevo recurso mediante el cual puedan tener cabida cualquier clase de quejas o reclamos frente a providencias judiciales desfavorables a quien la invoca, ni menos escenario para intentar estratégicos replanteamientos de asuntos que han de considerarse definitivamente cerrados. Es una acción de garantía constitucional directa de la libertad en aquellos aspectos que no hayan quedado bajo el amparo del *habeas corpus*. Características que han de reunir los actos de ilegitimidad de una restricción. Se trata de un medio excepcional que ponga fin a la violación de un derecho, pero sin ostentar el defecto pernicioso de entorpecer los causes ordinarios que para él se tienen. Inaplicabilidad del Decreto 2591 de 1991 frente a la Constitución. S-011 del 92-01-29 - Confirma fallo - María Yaneir Fady Rodríguez Sánchez. Igual sentido: fallo 22 enero 1992. F.F. art. 86 C.N.; Decreto 2591 de 1991, art. 4° C.N.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Sentencia / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho. Presunción de acierto. Autonomía del Tribunal para apreciar la prueba. Regla que debe atender el censor, cuando impugna una sentencia por error de facto. Trascendencia del error. S-010 del 92-01-29 - no casa - T. Barranquilla - Edgardo Charris. Magistrado Ponente: Doctor *Romero Sierra*. Igual sentido: CVII, 288.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho. La duda que genera el punto de hecho o la pluralidad de las interpretaciones que sugiera, excluyen la existencia de un error de la naturaleza indicada. S-010 del 92-01-29 - no casa - T. Barranquilla - Edgardo Charris Insignares contra Cervecería Aguila S.A. Magistrado Ponente. Doctor *Romero Sierra*. Igual sentido: LXVII, 380.

CASACION / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho y de derecho / CASACION - Pruebas - Apreciación en conjunto. Límites del recurso. Requisitos para que se abra paso la censura por error de hecho y de derecho. Cuando tiene lugar el error de hecho y de derecho. Deber del censor. El principio de la apreciación en conjunto de las pruebas. El desconocimiento de este principio da lugar a un error de derecho. S-010 del 92-01-29 - no casa - T. Barranquilla - Edgardo Charris

Insignares y otros contra Cervecería Aguila S.A. Magistrado Ponente: Doctor *Romero Sierra*. Igual sentido: LXII, 467, CXLIII, 142 y Cas. Civ. 4 marzo 1991.

EXPEDIENTE - **Reconstrucción.** En cumplimiento a lo dispuesto por el Decreto 3829 de 1985, opera la declaratoria relacionada con la deserción del recurso de apelación, a raíz de cuyo trámite se encontraba el proceso en la Corporación, para cuando ocurrió su destrucción. A-017 del 92-01-30 - Niega solicitud reconstrucción expediente - T. Bogotá - Margarita Forero de Estévez contra Gustavo Alonso Estévez - Breton Cardona. Magistrado Ponente: Doctor *Marín Naranjo* (solo). F.F. art. 1° regla 2ª Decreto 3829 de 1985.

COMPETENCIA - **Conflicto** / CONTRATOS - **Competencia.** Factor territorial. Cuando respecto de un mismo asunto concurran varias de las reglas que la ley señala como determinantes de este factor, la discresionalidad del demandante, al escoger entre esas varias circunstancias, torna la competencia así asignada en definitiva o privativa. De modo que al obrar así la parte actora, el despacho designado como competente, no puede invocar ninguno de los otros factores descartados para mudar la competencia a otra dependencia. A-018 del 92-01-31 - J. 28 C. Cto. Bogotá competente - J. 28 C.C. Btá. - Pco. C. Soacha - "Corpavi" contra Jaime Raúl Rojas y otra. Magistrado Ponente: Doctor *Marín Naranjo*. Igual sentido: auto 26 nov. 1991. F.F. art. 21 C.P.C.

TITULO VALOR / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - **Error de hecho y de derecho.** La presunción de autenticidad de que trata el artículo 793 del C. de Co., tiene un alcance general y no limitado o circunscrito a determinado asunto o determinadas partes. Cuando tiene lugar cada uno de los yerros. S-013 del 92-01-31 - **no casa**. J. 22 C. Cto. Bogotá - Sociedad Neira Jaramillo y Cía. Ltda. contra Colmena. Magistrado Ponente: Doctor *Marín Naranjo*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - **Vía Directa.** Técnica. S-013 DEL 92-01-31 - **no casa**. J. 22 C.C. Btá. - Sociedad Neira Jaramillo y Cía. Ltda. contra "Colmena". Magistrado Ponente: Doctor *Marín Naranjo*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - **Interpretación errónea.** Cuando tiene lugar esta forma de violación de la ley. S-013 del 92-01-31 - **no casa** - J. 22 C.C. Bogotá - Sociedad Neira Jaramillo y Cía. Ltda. contra "Colmena". Magistrado Ponente: Doctor *Marín Naranjo*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL – **Ataque aislado medios de prueba.** S-13 del 92-01-31. **No casa.** J. 22 C.C. Bogotá - Sociedad Neira Jaramillo y Cía. Ltda. contra "Colmena". Magistrado Ponente: Doctor *Marín Naranjo*.

ACCION DE TUTELA / ACCION DE TUTELA - **Improcedencia.** Naturaleza jurídica. No tiene el carácter de instancia adicional para la controversia de unos derechos que ya han sido definidos judicialmente. Es improcedente respecto de situaciones consumadas o en relación a los asuntos o controversias en que se haya dictado sentencia con fuerza de cosa juzgada. Características que deben tener las decisiones judiciales

diferentes a las sentencias. No procede la acción cuando ésta se apoya en desaciertos cometidos por el fallador en la interpretación de la ley, o se controvierte la apreciación que hubieren hecho del material probatorio. S-014 del 92-02-03. Deniega tutela - Inversiones Guadalupe Ltda. Magistrado Ponente: Doctor *Ospina Botero*. Igual sentido: S-18 dic. 91; 22 enero 1992; 9 dic. 1991, 17 enero de 1991; 23 enero 1992; 27 enero 1992 y 28 enero 1992. F.F. art. 86 C.N. parágrafo 1 art. 40 Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA - Derecho de Petición. Dentro de su contenido no está el de que tenga que ser estimada la petición formulada; basta que las autoridades públicas admitan el pedimento en cuanto tal, cumplido el examen, que de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido corresponda. S-019 DEL 92-02-04. Deniega tutela - Carlos Aquilino Angarita Mejía. F.F. art. 23 C.N./91.

CASACION - Cuantía. No lo es el valor de la relación procesal, sino el monto económico del agravio. La resolución desfavorable, no puede referirse sino a lo que recae sobre el mérito del asunto debatido; esto es, sin consideración a las resoluciones que surjan directamente de la relación procesal, cual ocurre con la de costas. A-020 del 92-02-04. Bien denegado r. casación. T. Cartagena. Fernando Mercado Ulloa y otro contra Unión de Transportadores de la Costa S.A. Unitransco. Magistrado Ponente: Doctor *Romero Sierra*.

COMPETENCIA - Conflicto / CONTRATOS - Competencia. Factor territorial: circunstancias que se tienen en cuenta para la distribución de los asuntos entre los distintos despachos judiciales. La competencia en tratándose de procesos a que da lugar un contrato. A-019 del 92-02-04. J. 6 C. Cto. Bogotá competente - J. 6 C. Cto. Bogotá - Po. C. Soacha - Banco Central Hipotecario contra Gloria Sáenz Rodríguez. Magistrado Ponente: Doctor *Lafont Pianetta*. F.F. arts. 23; 23-5 C.P.C.

ACCION DE TUTELA / ACCION DE TUTELA - Debido proceso / ACCION DE TUTELA - Cosa juzgada. Clases. Medidas procesales que permiten corregir la violación de alguna de las circunstancias elevadas como pilares de ese principio. La sentencia ejecutoriada que asume la condición de cosa juzgada excluye la posibilidad de ser reexaminada mediante la acción de tutela. S-015 del 92-02-04 - Deniega tutela - Miguel Angel Gutiérrez. Magistrado Ponente: Doctor *María Naranjo*. F.F. art. 86 C.N. Decreto 2591 de 1991.

NULIDAD PROCESAL - Omisión audiencia 2ª instancia. Solicitada oportunamente la audiencia en 2ª instancia deberá decretarse so pena de nulidad. La omisión recorta el derecho de defensa de la parte interesada. S-017 DEL 92-02-04. **Casa.** T. Bogotá - Nancy Irene Oliva de Hincapié y otra contra Tilcia María Motta Salamanca y otros. Magistrado Ponente: Doctor *García Sarmiento*. Igual sentido: CLVIII, 135. F.F. arts. 140-6 C.P.C.; 26 C.N.; 6° y 360 C.P.C.

ACCION DE TUTELA - Competencia. Cuando el actor la dirige contra sentencias y providencias que le pongan fin al proceso, de dicha pretensión debe conocer el respectivo superior jerárquico. S-016 del 92-02-04 - Deniega tutela - José María Castro

Rey. Magistrado Ponente: Doctor *Ospina Botero*. F.F. arts. 86 C.N. y 40 Decreto 2591 de 1991.

COMPETENCIA - **Conflicto** / ALIMENTOS - **Competencia.** Trátese de la fijación o revisión de alimentos, ella se radica en el lugar de residencia del menor alimentario. El juez que pronunció la condena inicial, no necesariamente, debe conocer de la revisión de la cuota alimentaria, ya que el alimentario, puede intentarlo, según la literalidad del art. 139 del Decreto 2737 de 1989, ante el juez del lugar donde entonces resida. A-021 del 92-02-07 - J. 11. Flia. Btá. - competente - J.P.F. Girardot-11 F. Bogotá - Santiago Alejandro y José Luis Ramírez contra José Gustavo Ramírez Peña. Magistrado Ponente: Doctor *Romero Sierra*. Igual sentido. A-22 octubre de 1990 y A-11 septiembre de 1991. F.F. art. 139 Decreto 2737 de 1989.

ACCION DE TUTELA / ACCION DE TUTELA - **Actuaciones Judiciales.** No constituye un nuevo recurso equiparable si se quiere al de apelación, mediante el cual pueda tener cabida cualquier clase de reclamación frente a providencias judiciales que a la postre vinieron a resultar contrarias al interés de quien invoca esa acción, ni menos a un escenario adecuado para intentar ventajosos replanteamientos de cuestiones litigiosas, que han de considerarse como definitivamente cerradas. **Requisitos para que se abra paso la acción en tratándose de actuaciones judiciales.** S-021 del 92-02-11 - Deniega tutela - Angel María Bolívar y Hortensia Castro Molano. Magistrado Ponente: Doctor *Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Fallos 9 dic. 1991; 23 enero 1992; 27 enero 1992 y 3 febrero 1992. F.F. art. 86 C.N.; Decreto 2591 de 1991.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - **Perjuicios.** Para que haya lugar a la indemnización se requiere que haya perjuicios. Quien los reclama debe demostrar que los ha sufrido, la relación de causalidad entre éstos y la culpa, así como su monto. S-023 del 92-02-11 - Casa - T. Villavicencio - Angel María Camacho Ramírez contra Sociedad de la Cruz Roja Colombiana y Cruz Roja Colombiana -Seccional Meta-. Magistrado Ponente: Dr. *García Sarmiento*. Igual sentido: Cas. Civ. 12 dic. 1989; 24 julio 1985, CLXXX, 182; LXVI, 2077, 626; LX, 61. F.F. art. 1546 C.C.

DOCUMENTO - **Fotocopia.** Copia o reproducción mecánica o fotocopia. Su autenticidad y valor probatorio. S-023 del 92-02-11 - casa - T. Villavicencio - Angel María Camacho Ramírez contra Sociedad de la Cruz Roja Colombiana y Cruz Roja Colombiana -Seccional Meta-. Magistrado Ponente: Doctor *García Sarmiento*. Igual sentido: S-15 agosto 1986; 11 marzo y 16 sept. 1971; CLXXXIV, 180. F.F. arts. 253 y 254 C.P.C.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO. Características. S-023 del 92-02-11 - casa - T. Villavicencio - Angel María Camacho Ramírez contra Sociedad de la Cruz Roja Colombiana y Cruz Roja Colombiana -Seccional Meta-. Magistrado Ponente: Doctor *García Sarmiento*.

ACCION DE TUTELA - C.S.J. / ACCION DE TUTELA - **Excepción de Inconstitucionalidad.** Independencia de las decisiones. Forma como se integra la

Corporación y atribuciones otorgadas a la misma. Incompatibilidad entre la Constitución y el art. 40 del Decreto 2591 de 1991. S-024 del 92-02-12 - Deniega tutela - Luis Eduardo Pérez Duarte. Magistrado Ponente: Doctor *García Sarmiento*. Igual sentido: S-9 diciembre 1991 y 16 diciembre 1991. F.F. art. 86 C.N.; art. 40 Decreto 2591 de 1991; arts. 116, 228, 234 y 235 C.N.

CASACION - Deserción. El término para sustentar el recurso venció, sin que se hubiera presentado la demanda de casación por la demandante. A-023 del 92-02-13 - Declara desierto recurso casación - T. Bogotá - Margarita Bustamante de Pastrana y Néstor Leonardo y Javier Andrés Pastrana contra Satena. Magistrado Ponente: Doctor *Marín Naranjo* (solo). F.F. inc. 3 art. 373 C.P.C.

CASACION - Costas / COSTAS - Liquidación. Cuando la Corte despacha favorablemente un recurso de casación y, por ende, casa la sentencia del *ad quem* y dicta la de reemplazo, con sanción de costas, la Corte agota ahí su competencia y, la consiguiente liquidación de costas le corresponde al Tribunal, como se desprende del inciso 1° del art. 393 del C. de P.C. A-024 del 92-02-13 - Dispone nuevo envío expediente Tribunal. F.F. art. 393 C.P.C.

ACCION DE TUTELA - De carácter transitorio / ACCION DE TUTELA. Para su configuración se requiere la presencia de dos elementos, a saber: que el peticionario disponga de otro medio de defensa judicial, y que se invoque para "evitar un perjuicio irremediable". Este instrumento debe entenderse como un remedio excepcional que prestamente ponga coto a la violación o a la amenaza de violación de un derecho fundamental, pero sin ostentar el efecto pernicioso de entorpecer los cauces ordinarios que para ello se tiene. S-029 del 92-02-13 - Deniega la tutela - José Joaquín Lozada e Israel González. Magistrado Ponente: Doctor *Marín Naranjo*. Igual sentido: S-20 enero 1992. F.F. art. 86 C.N.; arts. 8° y 40 Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA - Improcedencia. No es en manera alguna un nuevo recurso mediante el cual puedan tener cabida todo tipo de reclamos frente a providencias judiciales ejecutoriadas que a la postre resultaron contrarias a los intereses de quien invoca esa acción, ni menos escenario adecuado para hacer replanteamientos de controversias definitivamente cerradas. Las anomalías que se invoquen nada tienen que ver con la interpretación de la ley, ni tampoco con la valoración de la prueba. Están excluidas de esta acción las providencias judiciales que han alcanzado firmeza. S-025 del 92-02-13 - Confirma fallo - Ernesto Gómez Mejía. Magistrado Ponente: Doctor *Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Fallos 23 enero y 3 febrero 1992. F.F. art. 86 C.N.

ACCION DE TUTELA - Jueces / ACCION DE TUTELA - Providencias Judiciales / ACCION DE TUTELA - De carácter transitorio. Como deben obrar los jueces de quienes se reclama como medida transitoria, respecto de providencias judiciales no puede ser utilizada con éxito cada vez que los litigantes quieran conseguir con anticipado aquello que constituye materia de una actuación en curso. La protección tutelar transitoria es adicional y concurrente con el medio judicial del que se disponga.

S-026 del 92-02-13 - Confirma fallo. Fábrica Slaconia Ltda. Magistrado Ponente: Doctor *Jaramillo Schloss*. Igual sentido: S-9 diciembre 1991 F.F. art. 86 C.N.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Causal 1ª. Maneras como se llega a la violación de la ley sustancial. Explicación de cada una de ellas. Regla de técnica que debe atender el censor. S-027 del 92-02-13 - **no casa** - T. Santa Rosa de Viterbo - José Guillermo Pérez y otra contra "Incora". Magistrado Ponente: Doctor *Jaramillo Schloss*.

CASACION - Objeto / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Ataque todos los fundamentos. Es la sentencia el objeto propio y exclusivo a que debe apuntar ese medio de impugnación. Toda conclusión suya que no sea impugnada, es intangible para la Corte. Deben destruirse todos, puesto que quedando uno solo en pie él será estribo suficiente del fallo. S-027 del 92-02-13 - **no casa** - T. Santa Rosa Viterbo - José Guillermo Pérez y otros contra "Incora". Magistrado Ponente: Doctor *Jaramillo Schloss*.

ACCION DE TUTELA - Debido proceso / ACCION DE TUTELA - De carácter transitorio - Debido proceso. Por regla general no puede ser objeto de protección mediante acción de tutela cuando el demandado tuvo a su disposición los medios que para ejercer el derecho de defensa consagra la ley procesal. Cuando excepcionalmente se permite el ejercicio de ésta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable en el derecho fundamental del debido proceso, no sólo es necesario que se interponga "conjuntamente con el remedio principal", sino que también debe individualizarse, existir jurídicamente y ser causa de tutela constitucional el acto judicial correspondiente. Además es imprescindible que de su contenido aparezca en sí misma afectación esencial y real del derecho fundamental del debido proceso, o bien revele actos reales de perturbación que lo amenacen seriamente. S-028 del 92-02-13 -Confirma fallo- Ana Isabel Parra Fernández. Magistrado Ponente: Doctor *Lafont Pianetta*. F.F. art. 86 C.N. parágrafo 1° art. 40 Decreto 2591 de 1991.

COMPETENCIA - Conflicto / ALIMENTOS - Competencia. El conocimiento de la demanda por la cual se persigue el reconocimiento de la asistencia alimentaria de la que son acreedores menores de edad, compete al Juez de Familia del domicilio que tengan quienes piden el cumplimiento de dichas prestaciones. Legislación actual sobre la materia. El principio de la *perpetuatio jurisdictionis*. A-022 del 92-02-13 - J.3 Po. Flia. Neiva competente - J. 3 P. Flia. Neiva - J.P.F. Chaparral - Adriana y Yini Marcela Anchico contra Marciano Anchico Aragón. Magistrado Ponente: Doctor *Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Providencia julio 15 de 1970. F.F. art. 139 Decreto 2737 de 1989.

ACCION DE TUTELA / ACCION DE TUTELA - Mecanismo Transitorio. Perfil y fisonomía. Este instrumento debe entenderse como un remedio excepcional que prestamente ponga coto a la violación o amenaza de violación de un derecho fundamental, pero sin ostentar el efecto pernicioso de entorpecer los cauces ordinarios que para ello se tiene. Esa modalidad de protección que en esencia es cautelar forzosamente tiene que ser accesoria con el medio judicial de defensa del que se

disponga y ejercerse conjuntamente ante el mismo organismo, a fin de que éste precautelativamente pueda decidir sobre la tutela solicitada mientras se adopta la decisión sobre la defensa principal alegada. Además sólo se puede ejercer para evitar un perjuicio irremediable. S-030 del 92-02-14 - Confirma fallo - Luis Angel Banguero y otros. Magistrado Ponente: Doctor *Romero Sierra*. Igual sentido: fallo 9 dic. 1991 y 10 feb. 1992. F.F. art. 86 C.N.

ACCION DE TUTELA - Improcedencia. Es improcedente cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales a menos que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. S-039 del 92-02-17 - Confirma fallo - Rosibel Ariza Santoyo. Magistrado Ponente: Doctor *García Sarmiento*. F.F. art. 86 C.N.; art. 6º Decreto 2591 de 1991.

CASACION - Objeto / CASACION - Incidente / CASACION - Nulidades. La materia del recurso no es el litigio como cuestión *decidendum*, sino la sentencia proferida por el Tribunal de segunda instancia como *thema decisum*. Improcedencia de incidentes o de solicitudes que requieran actuación especial. Nulidades procesales: requisitos para que se abra paso su trámite. A-027 del 92-02-17 - Rechaza solicitud de nulidad. F.F. arts. 365 y 135 C.P.C.

ACCION DE TUTELA - Competencia - Impugnación / ACCION DE TUTELA - Actuaciones judiciales. De la impugnación contra sentencias de tutela conoce el superior jerárquico de quien la profirió. En tratándose de sentencias y demás providencias que pongan término a un proceso, conoce el superior jerárquico competente. Requisitos para que se abra paso, en tratándose de actuaciones judiciales. S-038 del 92-02-17 -Confirma fallo- Carmen Ligia Guzmán Roldán. Magistrado Ponente: Doctor *García Sarmiento*. F.F. art. 86 C.N.; arts. 37 y 40 Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA - Competencia / ACCION DE TUTELA - Requisitos. La tiene la Corte para conocer de la acción contra sentencias y demás providencias judiciales que pongan término a un proceso, cuando ellas sean proferidas por los Tribunales. La lesión del derecho debe ser consecuencia directa de la providencia. Se requiere agotar los recursos en la vía judicial y no existir otro mecanismo idóneo para reclamar el derecho vulnerado o amenazado. S-037 del 92-02-17 - Deniega tutela - Elcira Varón de Ramírez. Magistrado Ponente: Doctor *García Sarmiento*. F.F. arts. 86 C.N. y 40 Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA - Competencia. El capítulo II del Decreto 2591 de 1991, señala las reglas que han de observarse en materia de competencia, estableciendo dos sistemas distintos, el primero de aplicación generalizada para cuando la actuación contra la cual se promueva el remedio le sea atribuible a autoridades no jurisdiccionales o a particulares, mientras que en el segundo es excepcional y se contrae a indicar la forma de fijar la competencia cuando la materia del amparo reclamado son actos jurisdiccionales, específicamente sentencias y providencias que le pongan fin a un proceso. S-031

del 92-02-17 -Confirma fallo- Mario Hoyos Estrada. Magistrado Ponente: Doctor *Jaramillo Schloss*. F.F. art. 86 C.N.; Decreto 2591 de 1991, arts. 37 y 40.

CASACION - **Admisión.** Las decisiones que el recurrente estima no forman parte de la sentencia de primer grado si están integradas a ella por su contenido como por su forma, tanto que ... solicitó aclaración y complementación de la "sentencia" y luego dijo apelar de la misma. A-028 del 92-02-17 - Confirma - T. Bogotá - Automotora General Ltda. contra Cooperativa de Transportes Velotax Ltda. y otros.

ACCION DE TUTELA - **Actuaciones judiciales.** Las únicas providencias judiciales al alcance de la acción de tutela, son las que le ponen término a un proceso y en ella aún no se ha consumado el fenómeno de la cosa juzgada, con arreglo a lo cual es preciso inferir que, cuando se trate de providencias judiciales con alcance diferente, éstas no pueden combatirse mediante el aludido mecanismo de defensa. S-216 del 92-02-17 - Deniega tutela - Gustavo Adolfo Mojica Niño. Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta* Igual sentido: sentencia 10 diciembre de 1991, 3 febrero 1992. F.F. arts. 86 C. Nal.; 40 Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA - **Naturaleza** / ACCION DE TUTELA - **Actuaciones judiciales.** No constituye un recurso extraordinario mediante el cual pueda tener cabida cualquier clase de reclamación frente a providencias judiciales desfavorables para quien la invoca, ni menos escenario para intentar el replanteamiento de cuestiones litigadas definitivamente cerradas. Cuando es admisible la acción respecto de actuaciones de contenido judicial. S-032 del 92-02-17 - Deniega tutela - María Jesús Cuervo al parecer en representación de Víctor Lucio Bastidas Amaya. Magistrado Ponente: Doctor *Jaramillo Schloss*. F.F. art. 86 C.N.

ACCION DE TUTELA - **Actos administrativos.** No procede contra actos de esta índole, cuando contra ellos existe la revocatoria directa, la suspensión provisional u otro medio de defensa judicial. S-034 del 92-02-17 -Confirma fallo- Gerardo Solarte Rosero. Magistrado Ponente: Doctor *Lafont Pianetta*. F.F. arts. 86 C.N.; y 6º Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA - **Prueba.** No es procedente para controvertir las apreciaciones del juzgador en el campo probatorio. Tampoco es una nueva instancia para controvertir temas ya definidos judicialmente, ni puede enderezarse contra situaciones con fuerza de cosa juzgada. S-035 del 92-02-17 - Confirma sentencia - Alberto Gutiérrez Anzola. Magistrado Ponente: Doctor *Ospina Botero*. Igual sentido: fallos 3 febrero 1992, 22 y 27 enero 1992. F.F. art. 86 C.N.; parág. 1º art. 40 Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA. Ramas a través de las cuales el Estado ejerce su soberanía. Función que le corresponde a la jurisdiccional. El funcionario judicial que profiera una sentencia tiene insita la atribución para indicar con carácter obligatorio para las partes como ha de interpretarse la resolución para darle cumplimiento. La errónea

interpretación judicial o la reapertura de la controversia probatoria, están excluidas de la acción. S-033 del 92-02-17 - Deniega tutela - José Gorgonio Casallas López. Magistrado Ponente: Doctor *Lafont Pianetta.* F.F. art. 3° C.N./91; art. 40 Decreto 2591 de 1991 parágrafo inc. 1°.

COMPETENCIA - Conflicto / CONTRATOS - Competencia. Competencia territorial: jueces que son competentes en tratándose de procesos a que da lugar un contrato y en que se ejerciten derechos reales. A-026 del 92-02-17 - J. 6 Civil Cto. Bogotá competente - J. 6 C. Cto. Btá.-Po. Cto. Soacha - "Concasa" contra María Eva Cardona Vallejo. Magistrado Ponente: Doctor *Ospina Botero.* F.F. arts. 23-5 y 23-9 C.P.C.

SENTENCIA - Adición. Es procedente para decidir pretensiones o excepciones no resueltas y, también para decidir sobre aquellas cuestiones que deben solucionarse oficiosamente. A-025 del 92-02-17 - Deniega adición sentencia. Magistrado Ponente: Doctor *Ospina Botero.* F.F. art. 311 C.P.C.

ACCION DE TUTELA - Improcedencia. No procede contra sentencias con fuerza de cosa juzgada. Tampoco, cuando ésta se apoye en errores cometidos por el fallador en la interpretación de la ley, o se controvierta la apreciación que se hubiere hecho del material probatorio. En tratándose de decisiones judiciales diferentes a las sentencias, deben tener la característica procesal de ponerle término al proceso. S-036 del 92-02-17 - Confirma sentencia - Manuel Antonio Suancha Bautista. Magistrado Ponente: Doctor *Ospina Botero.* F.F. arts. 86 C.N.; y 40 Decreto 2591 de 1991.

COMPETENCIA - Conflicto / CONTRATOS - Competencia. Regla general en materia de competencia. Jueces que son competentes cuando la controversia tiene su manantial en un contrato. A-029 DEL 92-02-18 - J. 25 C. Cto. Bogotá competente - J.25 C. Cto. Btá.-Po. Cto. Soacha - Banco Central Hipotecario contra Oscar Espitia Romero y otra. Magistrado Ponente: Doctor *Romero Sierra.* Igual sentido: auto 26 noviembre 1991. F.F. arts. 23-1 y 23-5 C.P.C.

CASACION - Demanda. Debe ceñirse estrictamente a todas y cada una de las exigencias formales que tiene establecidas la ley. En tratándose de error de hecho, debe el censor plantear los argumentos con que ensaya demostrarlo; si es de derecho, indicar la norma probatoria que se quebrantó. A-030 del 92-02-18 Inadmite Demanda. - T. Cali- José Arturo Garzón contra Libardo Ramírez Gutiérrez. Magistrado Ponente: Doctor *Romero Sierra.* F.F. arts. 6°, 368 C.P.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. Constituye causal de casación. Cuando se invoca la violación de normas de derecho sustancial, le incumbe al censor la demostración cabal de que fueron quebrantadas por el sentenciador y "cuando el camino por el escogido es la violación indirecta, producida por desaciertos en el manejo de probanzas, la acusación se ve exigida de mayor grado en orden a técnica y fuerza convincente ya que, además de la infracción final, han de señalarse los medios ignorados, tergiversados

o supuestos, si de error de hecho se trata y comprobarse la contraevidencia y su influjo cierto en el sentido de la decisión adoptada en virtud de tales trastornos. Necesidad de atacar todos los fundamentos de la sentencia. S-041 del 92-02-19 - no casa - T. Bogotá - Casa Toro S.A. contra Fábrica Chysler Colombiana de Automotores S.A. Magistrado Ponente: Doctor *Lafont Pianetta*. Igual sentido: CXXIV, 95. F.F. art. 368-1, art. 374-3 C.P.C.

ACCION DE TUTELA - **Administración de justicia** / ACCION DE TUTELA - **Procedimientos.** Como servicio público, es desconcentrado, autónomo y de decisiones independientes. Carácter legal de los procedimientos. La impugnación de las decisiones judiciales ha de realizarse haciendo uso de los recursos o impetrando la declaración de nulidades que puedan existir en la actuación en uno y otro caso en la forma prescrita por el respectivo Código de Procedimiento. Improcedencia de ésta en los casos del art. 86 de la C.N. en relación con el art. 40 del Decreto 2591 de 1991. S-042 del 92-02-20 - Deniega tutela - Liliana Méndez Alfonso. Magistrado Ponente: Doctor *Lafont Pianetta*. F.F. arts. 228, 86 C.N.; Decreto 2591 de 1991, art. 40.

ACCION DE TUTELA / ACCION DE TUTELA - **Debido proceso** / ACCION DE TUTELA - **Decisiones judiciales.** Procede frente a la acción u omisión de cualquier autoridad pública. Debido proceso: por regla general, no puede ser objeto de protección a través de esta acción, cuando el demandado tuvo a su disposición los medios que para ejercer el derecho de defensa consagra la ley procesal. No procede cuando ésta se apoye en desaciertos cometidos por el fallador en la interpretación de la ley, o se controvierta la apreciación que hubiere hecho sobre el material probatorio. S-043 del 92-02-20 - Confirma decisión - Irenarco Castillo Patiño y José Manuel Reyes Mantilla. Magistrado Ponente: Doctor *Ospina Botero*. Igual sentido: fallos 13 febrero 1992, 28 enero 1992, 22 y 27 enero 1992 y 3 febrero 1992. F.F. art. 86 C.N.; arts. 1°, 5° y 40 Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA - **Jurisdicción.** Características. El C. de P.C. fija reglas relacionadas con la procedibilidad e improcedencia del recurso de revisión. Así mismo precisa la prestación de caución cuya cuantía ha de señalarse con acatamiento a las pautas que para ello señala el C de P. C. S-045 del 92-02-21 - Confirma fallo - Fibro Infinita de Colombia Ltda. -Infinita Ltda.- Magistrado Ponente: Doctor *Lafont Pianetta*. F.F. art. 379 inc. 2 C.P.C.

JURISDICCION - **Contencioso Administrativo - Contratos** / JURISDICCION CIVIL - **Contratos** / **CONTRATOS.** Contratos que tienen carácter administrativo. Contratos de derecho privado. La justicia ordinaria conoce de los litigios que se susciten con ocasión de los contratos de derecho privado, exceptuando el caso en que contengan cláusula de caducidad. A-031 del 92-02 24 - Deniega solicitud nulidad - ... contra Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica "Corelca". Magistrado Ponente: Doctor ... F.F. art. 82 C.C.A. reformado por el art. 12 Decreto 2304 de 1989, Decreto 222 de 1983.

ACCION DE TUTELA - Naturaleza. No es de carácter principal ni puede sustituir indiscriminadamente las demás acciones consagradas en la ley procesal, convirtiéndolas en subsidiarias, porque precisamente la que tiene ese carácter subsidiario es la acción de tutela. S-048 del 92-02-24 - Confirma decisión - Orlon Vergara García. Magistrado Ponente: Doctor *Ospina Botero.* Igual sentido: sentencia 3 febrero 1992. F.F. art. 86 C.N.

ACCION DE TUTELA - Competencia / ACCION DE TUTELA - Improcedencia. Cuando ésta se dirige contra "las sentencias y demás providencias que pongan fin al proceso" conoce el superior jerárquico correspondiente. Improcedencia: No procede contra sentencias ejecutoriadas. S-050 del 92-02-24 - Deniega tutela - Luis Reinaldo Escalante Peñaranda. Magistrado Ponente: Dr. *García Sarmiento.* Igual sentido: sentencia 24 enero 92; Sala de Casación Laboral 9 diciembre 1991 Sala Casación Civil; 16 diciembre 1991 Sala Casación Laboral. F.F. art. 86 C.N.; Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA - Competencia / ACCION DE TUTELA - Improcedencia. En tratándose de sentencias y demás providencias judiciales que pongan fin a un proceso conoce el superior jerárquico correspondiente. No procede contra sentencias ejecutoriadas. S-051 del 92-02-24 - Deniega tutela - Remigio Rodríguez. Magistrado Ponente: Doctor *García Sarmiento.* Igual sentido: fallo 9 diciembre 1991. F.F. arts. 86 C. Nal.; Decreto 2591 de 1991 y 306 de 1992.

ACCION DE TUTELA / ACCION DE TUTELA - Actuaciones judiciales / ACCION DE TUTELA - Improcedencia. Es un instrumento jurídico constitucional de naturaleza subsidiaria y residual que sólo se abre paso cuando el afectado carece de otros medios de defensa de sus derechos constitucionales fundamentales. Requisitos para que proceda la acción en tratándose de actuaciones judiciales. No procede contra providencias que tienen el carácter de definitivas y hayan alcanzado el sello de la ejecutoria. Respecto de providencias diferentes a las sentencias no ejecutoriadas es viable, siempre y cuando aquéllas le pongan fin a un proceso pendiente. Así mismo es improcedente, cuando ésta se apoya en desaciertos cometidos por el fallador en la interpretación de la ley, o se controvierta la apreciación probatoria. S-052 del 92-02-24 - Confirma fallo - Luis Felipe Arias Castaño. Magistrado Ponente: Doctor *Romero Sierra.* Igual sentido: Fallos 11 feb. 1992; 22, 27 y 28 enero 1992. F.F. art. 86 C.N.; art. 40 Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA - Excepción de inconstitucionalidad. El Decreto 2591 de 1991 pugna con la constitución en la parte en que hace procedente la tutela frente a sentencias que han ganado el sello de ejecutoria. Los cuestionamientos relacionados con la interpretación de la ley aplicada y la apreciación de la prueba, incumben, en forma exclusiva, al campo del proceso judicial, donde se discuten sin que sea dable el traspaso de esa concreta esfera, para cuestionarlos en otros campos. S-053 del 92-02-25 -Confirma fallo- Gabriel Gutiérrez Arenas. Magistrado Ponente: Doctor *Marín Naranjo.* Igual sentido: fallo 20 enero 1992. F.F. art. 86 C.N. y Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA - Competencia. Cuando ésta se dirige contra las sentencias y demás providencias judiciales que pongan término a un proceso, proferidas por los jueces superiores, los Tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado y amenacen o vulneren un derecho fundamental, será competente para conocer de ella, el superior jerárquico correspondiente. S-054 del 92-02-25 - Deniega tutela - María Rivas de Boada y otros. Magistrado Ponente: Doctor *García Sarmiento*. F.F. arts. 86 C. Nal y 40 Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA - Excepción de inconstitucionalidad. Inaplicabilidad del art. 40 del Decreto 2591 de 1991 en cuanto dispone que las acciones de tutela contra las sentencias y demás providencias judiciales que le pongan término a un proceso, emanadas de una Sala de la Corte Suprema de Justicia, deben ser conocidas por la Sala o Sección que le sigue en orden, cuya actuación podrá ser impugnada ante la Sala Plena correspondiente de la misma Corporación. Se reitera que esta acción no procede contra sentencias ejecutoriadas. S-055 del 92-02-26 - Deniega tutela - Edgar Antonio Galeano Aldana. Magistrado Ponente: Doctor *Romero Sierra*. Igual sentido: sentencia 9 diciembre 1991. F.F. art. 4 C.N.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Ataque todos los fundamentos. S-062 del 92-02-28 - **no casa** - T. Bogotá - Gloria Rincón de Prieto contra Caobos Plaza 147 Ltda. Magistrado Ponente: Doctor *Romero Sierra*. Igual sentido: Cas. 2 sept. 1966; CXVII, 248; LXXI, 740; LXXIII, 45; LXXV, 52; Cas. Civ. 13 marzo 1989.

COMPETENCIA - Conflicto / CONTRATOS - Competencia. La regla general consiste en que ésta se rige por el domicilio del demandado. Si la controversia tiene su manantial en un contrato, dos son los jueces competentes. A-033 del 92-02-28 - J. 25 Civ. Cto. Bogotá competente - J. 25 Civ. Cto. Btá.-Po. Cto. Soacha - Banco Central Hipotecario contra Manuel Arias Pérez. Magistrado Ponente: Doctor *Romero Sierra*. Igual sentido: auto 26 nov. 1991. F.F. arts. 23-1 y 23-5 C.P.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Norma material. No lo es el art. 1551 del C.C. S-062 del 92-02-28 - **no casa** - T. Bogotá - Gloria Rincón de Prieto contra Caobos Plaza 147 Ltda. Magistrado Ponente: Doctor *Romero Sierra*. Igual sentido: CLI, 254.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía Directa. Maneras de violación de la ley sustancial. Regla de técnica que debe observar el censor cuando acusa la sentencia de violación directa. S-062 del 92-02-28 - **no casa** - T. Bogotá - Gloria Rincón de Prieto contra Caobos Plaza 147 Ltda. Magistrado Ponente: Doctor *Romero Sierra*. Igual sentido: CVIII, 56; CLXXX, 357; CXLVI, 50.

ACCION DE TUTELA / ACCION DE TUTELA - Actuaciones judiciales / ACCION DE TUTELA - Improcedencia. No es en manera alguna un nuevo arbitrio procesal a través del cual puedan tener cabida toda clase de reclamos o quejas frente a providencias judiciales definitivas que, a la postre resultaron contrarias a los intereses de quien se sirve de esta acción. Requisitos para que se abra paso la acción, en tratándose de actuaciones judiciales. S-056 del 92-02-28 - Confirma fallo - Fernando Saboyá

Velásquez. Magistrado Ponente: Doctor *Jaramillo Schloss*. Igual sentido: fallos 23 enero, 29 enero y 3 febrero 1992. F.F. art. 86 C.N.

CASACION - Cumplimiento sentencia recurrida. Los fallos recurridos en casación son susceptibles de cumplimiento, salvedad hecha de los casos que menciona el inc. 1° del art. 371 del C.P.C. Carga procesal que debe cumplir el recurrente. Si el Tribunal se abstiene de ordenar las copias, el recurrente debe exigir su expedición y suministrar los emolumentos de rigor. A-034 del 92-02-28 - Inadmisible recurso casación. T. Medellín -Sala Familia- Yudy Alexandra Mejía contra José Fernando Vélez Cuartas. F.F. art. 371 inc. 1° C.P.C.; Decreto 2282 de 1989 art. 1° ord. 186.

COMPETENCIA - Conflicto / ALIMENTOS - Competencia. El conocimiento de la demanda por la cual se persigue el reconocimiento de asistencia alimentaria de la que son acreedores menores de edad, compete al Juez de Familia del domicilio que tengan quienes piden el cumplimiento de dichas prestaciones. Regulación legal sobre la materia. El principio de la *perpetuatio jurisdictionis*. A-032 del 92-02-28 - J. 4 Promiscuo Familia Cartagena competente - J. 4 Po. F. Cartagena - J. Po. M. Momil-Córdoba - Luis David Ospina Mendoza contra Walter Ospina Mendoza. Magistrado Ponente: Doctor *Jaramillo Schloss*. Igual sentido: providencia 15 julio 1970. F.F. art. 139 Decreto 2737 de 1989.

CASACION - Medio nuevo. Fundamento para que no sea admisible el medio nuevo en casación. S-058 del 92-02-28 - **no casa** - T. Bogotá - María del Pilar Londoño V. contra Banco del Comercio. Magistrado Ponente: Doctor *Marín Naranjo*. Igual sentido: CXXXI, 186.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA - Nulidad - Reconstrucción Acta. Pretendiendo la parte demandante y el recurrente en casación, la nulidad de la reconstrucción de un registro de nacimiento por carencia de formalidades y habiéndose apoyado el *ad quem* en los artículos 102 y 104 del Decreto 1260 de 1970, debió la parte recurrente integrar la acusación con estos preceptos. S-059 del 92-02-28 - **no casa** - T. Villavicencio - Luis Vicente Solano Ramírez y otros contra José Humberto Solano Avila. Magistrado Ponente: Doctor *Ospina Botero*. F.F. art. 374 C.P.C.

CASACION - Técnica. Los cargos adolecen de graves fallas técnicas en su formulación, suficientes para que no puedan prosperar. S-060 del 92-02-28 - **no casa** - T. Pereira - Luz Dary Díaz Cardona contra Héctor Jaime Millán Quintana y otros. Magistrado Ponente: Doctor *Ospina Botero*.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía directa e indirecta. Cuándo tiene lugar cada una de ellas. Regla de técnica que debe atender el censor en relación con la primera. Se aparta de la técnica, el censurar la sentencia del Tribunal de quebrantar normas de derecho sustancial a consecuencia de errores de hecho y de derecho respecto de un mismo medio de convicción y sobre un mismo punto. S-059 del 92-02-28 - **no**

casa- T. Villavicencio - Luis Vicente Solano Ramírez y otros contra José Humberto Solano Avila. Magistrado Ponente: Doctor *Ospina Botero*. Igual sentido: Cas. Civ. 28 nov. 1969; CXXXII, 193; Cas. Civ. 31 julio 1968.

LITISCONSORCIO NECESARIO. Hipótesis en que tiene lugar. S-061 del 92-02-28 - **no casa** - T. Medellín - Banco Industrial Colombiano S.A. contra Rodrigo Uribe Londoño, Sociedad Negocios U.L. Ltda., y Sociedad Gedeautos Limitada. Magistrado Ponente: Doctor *García Sarmiento*. Igual sentido: 16 mayo 1990; 4 junio 1970; CXXXIV, 70; 9 sept. 1982. F.F. art. 83 C.P.C.

CASACION - Técnica / CASACION - Indebida representación. La técnica del recurso exige que los cargos se formulen correcta y completa, sin ser posible la integración de unos con otros, en virtud de los principios de la autonomía e independencia que gobiernan el recurso. Cómo debe atacarse en casación esta causal de nulidad. Quién puede invocarla en casación. S-061 del 92-02-28 - **no casa** - T. Medellín - Banco Industrial Colombiano S.A. contra Rodrigo Uribe Londoño, Sociedad Negocios U.L. Ltda. y Sociedad Gedeautos Limitada. Magistrado Ponente: Doctor *García Sarmiento*. Igual sentido: Cas. Civ. 16 junio 1985, 22 febrero 1984; CLXXVI, 46.

DEMANDA - Interpretación / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho. Debe ser interpretada en conjunto, cuando ofrece oscuridad o duda, porque si es clara el juzgador debe atenerse al tenor de ella. Cuándo incurre en error de hecho el sentenciador. S-061 del 92-02-28 - **no casa** - T. Medellín - Banco Industrial Colombiano S.A. contra Rodrigo Uribe Londoño, Sociedad Negocios U.L. Ltda. y Sociedad Gedeautos Limitada. Magistrado Ponente: Doctor *García Sarmiento*. Igual sentido: sentencias 26 junio 87; 7 abril 1989 y sentencias folio 27. F.F. art. 4 C.P.C.

ACCION DE TUTELA - Jurisdicción coactiva. Los procesos que se adelanten ante los funcionarios que ejercen la jurisdicción coactiva, requieren como cualquier otro proceso de esta índole, la existencia de un título ejecutivo. La excepción como medio de defensa. S-063 del 92-03-03 - Confirma fallo - Edgardo Navarro Vives. Magistrado Ponente: Doctor *Lafont Pianetta*. F.F. arts. 86 C.N. y 68 num. 1 C.C.A.

COMPETENCIA - Conflicto / CONTRATOS - Competencia. Factor territorial: Jueces que son competentes para conocer de los procesos a que da lugar un contrato y en que se ejercitan derechos reales. A-035 del 92-03-03 - J. 28 Civil Circuito Bogotá competente J. 28 C. Cto. Btá.-Po. Cto. Soacha - "Corpavi" contra Carlos Julio Rodríguez y otra. Magistrado Ponente: Doctor *García Sarmiento*. F.F. arts. 23-5 y 23-9 C.P.C.

ACCION DE TUTELA - Naturaleza. Es una institución cautelar, con la cual se dota a las personas de un medio efectivo para reclamar de los jueces una orden que ponga fin a la vulneración arbitraria de sus derechos fundamentales, o que la evite cuando éstos se encuentren gravemente amenazados. Exclusiones según los artículos 6° y 40 del Decreto 2591 de 1991. S-064 del 92-03-03 - Confirma fallo - Josefina de Tránsito

Rodríguez. Magistrado Ponente: Doctor *Lafont Pianetta*. F.F. art. 86 C.N.; arts. 4° y 6° Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA - Funcionarios Comisionados - Inspector / ACCION DE TUTELA - Improcedencia. Las actuaciones de esta índole jurisdiccional y en este caso, las del inspector, quien era una autoridad de tal rango en razón a que procedía como delegado de su comitente, que no tienen el carácter de sentencia, o que no le ponen término a un proceso, son por entero extrañas a ser examinadas por la vía excepcional de la tutela. Fundamentos para que no se abra paso la acción en tratándose de providencias diferentes a las ya mencionadas. S-065 del 92-03-03 - Confirma sentencia - José Miguel Marroquín. Magistrado Ponente: Doctor *Marín Naranjo*. F.F. art. 86 C.N.; art. 40 Decreto 2591 de 1991.

CASACION - Demanda - Presentación. La presentación personal de la demanda de casación, debe efectuarse ante el Secretario de la Corte, o de cualquier despacho judicial o ante Notario de cualquier círculo si el recurrente, la envía desde otro lugar. A-038 del 92-03-04 - Inadmite demanda casación - T. Bogotá - Gladys Chaves de Camargo contra Inversiones Financieras Alaska S.A. Magistrado Ponente: Doctor ... F.F. arts. 84 y 373 inc. 2 C.P.C.

ACCION DE TUTELA - Improcedencia / ACCION DE TUTELA - Preclusión. No tiene un carácter sucedáneo ni complementario y es inadmisible cuando el peticionario dispone de otros medios judiciales, si ya no es que se ejercita como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Respecto de unos mismos hechos y razones no puede el accionante emplearla sino una sola vez, pues de lo contrario, decae su oportunidad y se cierra la posibilidad de pedir que sobre ella se vuelva. A-037 del 92-03-04 - Rechaza tutela - Sergio Camargo. Magistrado Ponente: Doctor *Romero Sierra*. Igual sentido: Sentencia 23 enero 1992, tutela Melania Arias. F.F. art. 86 C.N.; art. 6° Decreto 2591 de 1991; art. 38 Decreto 2591 de 1991.

PROCESO - Interrupción. Fallecimiento de una de las partes: no es motivo de paralización del proceso. Excepción a la regla anterior. Si la parte que fallece carece de apoderado judicial se da la causal de interrupción del num. 1 del art. 168 del C.P.C. A-039 del 92-03-04 - Confirma auto. F.F. arts. 1434 C.C. y 168-1 C.P.C.

COMPETENCIA - Conflicto / CONTRATOS - Competencia. Si el factor invocado por el actor como determinante de la competencia asignada, está presente en la litis, el juzgado no puede desconocer esa situación, modificándola. A-036 DEL 92-03-04 - J. 6 Civil Circuito Bogotá competente - J. 6 Civ. Cto. Blá.-Po. Cto. Soacha - "Corpavi" contra Luis Evelio Aristizábal Prado y otra. Magistrado Ponente: Doctor *Marín Naranjo*. Igual sentido: auto 26 noviembre 1991. F.F. arts. 23-1 y 23-5 C.P.C.

RECURSOS / ACCION DE TUTELA - Recursos. Objeto y sustentación. La sustentación en tratándose de impugnación de fallos de tutela. S-066 del 92-03-04 - Deniega tutela - Libardo Martínez Ruiz y Cía. Constructora de Obras de Ingeniería Ltda.

"Conobras". Magistrado Ponente: Doctor *Ospina Botero.* Igual sentido: sentencia 30 agosto 1984. F.F. art. 86 C.N.; art. 32 Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA - Competencia / ACCION DE TUTELA - Caducidad. De la impugnación contra sentencias de tutela conoce el superior jerárquico de quien la profirió. Competencia en tratándose de actuaciones judiciales. Los arts. 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991 son inaplicables por ser contrarios al art. 86 de la C.N. La acción de que se trata, no procede contra providencias que teniendo el carácter de definitivas, hayan alcanzado el sello de la ejecutoria. Características que deben reunir las providencias judiciales diferentes a las sentencias aún no ejecutoriadas para que se abra paso la acción de tutela. S-067 del 92-03-04 - Confirma fallo - Josué Quintero Arias. Magistrado Ponente: Doctor *García Sarmiento.* Igual sentido: fallo 24 enero 1992 Sala Casación Laboral; 9 diciembre de 1991 Sala de Casación Civil; 16 dic. 1991 Sala de Casación Laboral, 27 enero 92 y 17 feb. 1992. F.F. art. 86 C.N.; arts. 32, 40 y 11 Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA - Improcedencia. No es un instrumento en el que pueda abroquelarse cuanto perdicioso salga de los proceso; tampoco la panacea para la incuria de los litigantes; ni el sendero para replanteamientos de lo que ha tenido un escenario procesal, propio, idóneo y propicio para la controversia. S-070 del 92-03-04 - Confirma - Oscar Escobar Girón. Magistrado Ponente: Doctor *Romero Sierra.* F.F. art. 86 C. Nal.

ACCION DE TUTELA - Corte Suprema de Justicia - Salas. Imposibilidad en que se encuentran sus Salas para conocer de la acción de tutela promovida contra sentencias y demás providencias que le pongan término a un proceso proferidas por una cualquiera de ellas. Improcedencia de aquélla, en tratándose de decisiones que han alcanzado firmeza. S-069 del 92-03-04 - Deniega tutela - Ernesto Beltrán Acencio. Magistrado Ponente: Doctor *Romero Sierra.* Igual sentido: fallo 9 diciembre 1991. F.F. arts. 86, 116, 234, 235-1 C.N.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho y de derecho / CASACION - Técnica. Es impropio que combatida la sentencia del Tribunal por yerro de valoración, la censura desarrolle el cargo por *yerro de facto*, como también lo es que cuando montado el ataque por el primer yerro, el censor desatiende de señalar las normas de disciplina probatoria que considera fueron infringidas por el *ad quem* en la estimación de los elementos de convicción. S-074 del 92-03-05 - no casa - T. Bogotá - Luis Germán Ramos Castañeda contra Sociedad Restrepo y Morelli Cía. Ltda. Magistrado Ponente: Doctor *García Sarmiento.* Igual sentido: Cas. Civ. 17 mayo 1985. F.F. art. 374-3 C.P.C.

CASACION - Medio nuevo. Fundamentos para que no sea admisible el medio nuevo en casación. S-074 del 92-03-05 - **no casa** - T. Bogotá - Luis Germán Ramos Castañeda contra Sociedad Restrepo y Morelli Cía. Ltda. Magistrado Ponente: Doctor *García Sarmiento.* Igual sentido: LXXXIII, 76; sentencia 095A 22 marzo 1988.

ACCION DE TUTELA - Naturaleza. Trátase de un mecanismo excepcional, y que por ningún motivo es dable mirarla como elemento demás, para replantear

controversias ya suscitadas y resueltas con anterioridad, aunque fallidas, o simplemente para hacer lo que otrora se olvidó. S-075 del 92-03-05 - Confirma fallo - Alvaro Calvache Rojas en calidad de agente oficioso de Iván y Magnolia Barney Vélez y otro. Magistrado Ponente: Doctor *Romero Sierra*. Igual sentido: Sentencia 23 enero 1992. F.F. art. 86 C.N.

ACCION DE TUTELA - Improcedencia / ACCION DE TUTELA - Actuaciones Judiciales. No es en manera alguna un nuevo arbitrio procesal, de jerarquía extraordinaria, destinado a abrirle paso a toda clase de quejas o reclamos, frente a decisiones judiciales que no favorecen los intereses de quien a la ameritada acción acude. Cuando se abre paso la acción en tratándose de actuaciones judiciales. La acción excluye la interpretación judicial, y la apreciación probatoria. S-071 del 92-03-05 - Confirma - Sociedad Caimito Ltda. Magistrado Ponente: Doctor *Jaramillo Schloss*. Igual sentido: fallo 24 febrero de 1992. F.F. art. 86 C.N.; inc. final art. 40 Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA - Excepción de inconstitucionalidad / ACCION DE TUTELA - Fin. El art. 40 del Decreto 2591 de 1991 es contrario a la Constitución por extralimitar los claros cauces fijados en la norma rectora y desconocer de paso, el principio de la cosa juzgada. El mentado instrumento debe entenderse, como un remedio excepcional que prestamente ponga coto a la violación de un derecho fundamental, pero sin ostentar el efecto pernicioso de entorpecer los cauces ordinarios que para ello se tiene. S-072 del 92-03-05 - Confirma fallo - María Dolores Paz de Rodríguez. Magistrado Ponente: Doctor *Marín Naranjo*. Igual sentido: fallo 23 enero 1991. F.F. art. 86 C.N.; art. 40 Decreto 2591 de 1991.

REVISION - Demanda - Inadmisión. No se indicó el lugar de domicilio del demandante en el proceso ordinario, señor ... quien es parte demandada en revisión. A-040 del 92-03-05 - Inadmisible demanda revisión - T. Popayán - Miguel Sebastián Ordóñez Girón contra Godofredo Gómez Hoyos y otros. Magistrado Ponente: Doctor *Ospina Botero* (solo). F.F. arts. 382-2 y 383 inc. 3 C.P.C.

ACCION DE TUTELA - Mecanismo transitorio / ACCION DE TUTELA - Actos administrativos. Por tener ésta un carácter estrictamente cautelar no es conducente utilizarla frente a actos susceptibles de iguales medidas de cautela por la vía ordinaria y con similar eficacia. Actos administrativos: no procede contra actos de esta índole cuando contra ellos existe revocatoria directa, la suspensión provisional u otro medio de defensa judicial. S-073 del 92-03-05 - Deniega tutela - Alcalde Municipal de San José de Cúcuta. Magistrado Ponente: Doctor *Ospina Botero*. Igual sentido: Fallo 17 febrero 1992. F.F. art. 86 C.N.; art. 152 C.C.A., reformado por el art. 31 del Decreto 2304 de 1989.

COMPETENCIA - Conflicto / CONTRATOS - Competencia. Factor territorial: jueces que son competentes para conocer de los procesos a que da lugar un contrato y en que se ejercitan derechos reales. A-042 del 92-03-09 - J. 28 Civ. Cto.

Bogotá competente - J. 28 Civ. Cto. Btá.-Pco. Civ. Soacha - "Concasa" contra José Rubén Castro y otros. Magistrado Ponente: Doctor *Ospina Botero*. F.F. arts. 23-1 y 23-5 C.P.C.

ACCION DE TUTELA - **Propiedad** / ACCION DE TUTELA - **Improcedencia.** La propiedad no es derecho fundamental. La acción de que se trata no procede cuando existan otros medios de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. S-078 del 92-03-09 - Confirma fallo - Manuel Federico Beleño Mora. Magistrado Ponente: Doctor *Ospina Botero*. Igual sentido: sentencia 9 diciembre 1991. F.F. art. 86 C.N.; num. 1 art. 6° Decreto 2591 de 1991.

TITULO VALOR - **Acciones.** Cambiaria y fundamental. S-076 del 92-03-09 - **no casa** - T. Bogotá - Banco Nacional -en liquidación- contra Autódromos S.A. Magistrado Ponente: Doctor *Lafont Pianetta*. F.F. art. 882 C.Co.

ACCION DE TUTELA - **Procedencia.** La decisión enjuiciada, al no tener el carácter de sentencia o de providencia que le ponga fin al proceso, no es susceptible de ser juzgada mediante el trámite preferencial y sumario de la acción de tutela. S-077 del 92-03-09 - Confirma fallo - Liborio Alberto Ovalle Sánchez y otra. Magistrado Ponente: Doctor *Marín Naranjo*. F.F. arts. 40 Decreto 2591 de 1991 y 86 C.N.

TRANSACCION - **Requisitos.** A-041 del 92-03-09 - Acepta transacción - Industrias Laro Ltda. contra Hernando Arnulfo Torres Peña y otro. Magistrado Ponente: Doctor *Marín Naranjo*. F.F. arts. 340 y 341 C.P.C., 2469 a 2487 C.C.

COMPETENCIA - **Conflicto** / CONTRATOS - **Competencia.** Factor territorial: fueros. Regla general en materia de competencia. La competencia en tratándose de procesos a que da lugar un contrato y se ejercitan derechos reales. Radicación de la competencia en el juzgado escogido por el actor. A-043 del 92-03-10 - J. 30 Civ. Cto. Bogotá competente - J. 30 Civ. Cto. Btá.-Pco. Cto. Soacha - Banco Central Hipotecario contra Fernando Manrique Tovar y otra. Magistrado Ponente: Doctor *Lafont Pianetta*. F.F. arts. 23-1, 23-5, 23-9 C.P.C.

ACCION DE TUTELA - **Improcedencia.** No constituye un instinto que permita lograr una instancia más respecto de los asuntos o derechos que ciertamente han quedado definidos mediante decisión judicial Respecto de providencias judiciales están excluidas las que no le pongan fin al proceso. S-079 del 92-03-10 - Deniega tutela - Abraham Numa Sanjuan. Magistrado Ponente: Doctor *Ospina Botero*. Igual sentido: Fallo 9 dic. 1991 y sentencia 23 enero 1992. F.F. art. 86 C.N.; art. 40 Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA - **Jueces** / ACCION DE TUTELA - **Inexequibilidad** / ACCION DE TUTELA - **Superior Jerárquico.** La Constitución Nacional (art. 86) la consagra contra actos de toda autoridad pública y como según el art. 116 *ibidem*, los jueces son autoridad judicial, la limitación de la acción de tutela a los actos de los jueces

superiores (art. 40 Decreto 2591 de 1991) resulta inexequible en cuanto a la expresión "superiores", y por ello se aplica la excepción de inconstitucionalidad. La tutela contra actos del juez, en primera instancia, corresponde al superior jerárquico. S-080 del 92-03-11 - Confirma decisión - Hernando Jai Hernández. Magistrado Ponente: Doctor *Lafont Pianetta*. F.F. arts. 86, 116 C.N. y 40 Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA - Competencia / ACCION DE TUTELA - Improcedencia. De la impugnación conoce el superior jerárquico correspondiente. La competencia en tratándose de actuaciones judiciales. No procede contra providencias que teniendo el carácter de definitivas, hayan alcanzado el sello de la ejecutoria. Requisitos que deben tener las providencias diferentes a las sentencias y no ejecutoriadas, para que abra paso la acción. S-081 del 92-03-11 - Confirma fallo - Jaime de Jesús Giraldo Henao. Magistrado Ponente: Doctor *García Sarmiento*. Igual sentido: Sentencias 11 febrero 1992; 9 dic. 1991; 23 enero 1992, 27 enero 1992 y 3 febrero 1992. F.F. art. 86 C.N.; arts. 31, 32 y 40 Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA - Derechos económicos. Los derechos de este orden - naturaleza económica o patrimonial- protegidos por el artículo 58 de la carta, no están enlistados en dicho ordenamiento como de carácter fundamental y, por lo tanto, no se hallan amparados por la acción de tutela, que de conformidad con el artículo 86 *ibidem*, está reservada exclusivamente para estos últimos. S-087 del 92-03-12 - Niega tutela - David Thovinson Rojas. Magistrado Ponente: Doctor *García Sarmiento*. F.F. art. 86 C.N.

CASACION - Interés para recurrir - Dictamen. Calificación del dictamen pericial. Este debe ordenarse cuando ciertamente en el proceso no aparezca incontrovertible el *quantum* del interés. A-045 del 92-03-12 - Otorga recurso casación - T. Bogotá - Banco Cafetero contra Seguros Tequendama S.A. Magistrado Ponente: Doctor *García Sarmiento* Igual sentido: auto 10 sept. 1990. F.F. art. 370 C.P.C.

COMPETENCIA - Conflicto / ALIMENTOS - Competencia - Territorial. La que rige para la época de la demanda no puede sufrir variación sino en los casos expresamente señalados por el legislador. El principio de la *perpetuatio jurisdictionis* en el factor territorial. A-044 del 92-03-12 - J. 1° de Flia. Bogotá competente - J. 1° Flia. Btá. 2 Po. Flia. Villavicencio - Oscar Andrés Naizaque Villamizar contra Mario Naizaque Puentes. Magistrado Ponente. Doctor *Ospina Botero*. F.F. art. 21 C.P.C.

ACCION DE TUTELA - C.S.J. / ACCION DE TUTELA - C.S.J. - Salas. Forma como se integra la Corporación. Independencia de las decisiones. La inexistencia al interior de la Corte del principio de superioridad jerárquica. S-082 del 92-03-12 - Rechaza tutela - Julio Jaime Mira Marulanda. Magistrado Ponente: Doctor *Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Fallos 9 diciembre 1991, 23 enero 1992, 3 febrero 1992 y 25 febrero 1992. F.F. arts. 86, 234 y 228 C. Nal.

ACCION DE TUTELA - Legitimación. Requisitos que debe reunir la solicitud, cuando se acude en interés de otros. La propiedad no es derecho fundamental. S-083 del

92-03-12 - Confirma fallo - Pedro Chaux Mercado. Magistrado Ponente: Doctor *Marín Naranjo*. F.F. art. 86 C.N.; Decreto 2591 de 1991 art. 10.

ACCION DE TUTELA - **Improcedencia.** No es de recibo cuando se disponga de un recurso ordinario ante los jueces o de algún otro medio de defensa. Tampoco procede frente a los pronunciamientos jurisdiccionales definitivos con fuerza de cosa juzgada. S-084 del 92-03-12 - Niega tutela - Roberto Becerra Moya. Magistrado Ponente: Doctor *Marín Naranjo*. Igual sentido: Sentencia 3 febrero 1992. F.F. art. 86 C.N.; art. 6º Decreto 2591 de 1991.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - **Error de hecho y de derecho.** Si bien los dos errores de apreciación probatoria, tienen como punto común el que producen idéntica consecuencia, es lo cierto que entre ambos existen muy claras y ostensibles diferencias que les infunden entidad específica propia y que, por consiguiente impiden confundirlos. S-086 del 92-03-12 - **no casa** - T. Bogotá - María de Jesús Guarnizo contra Sucesión de Luis Rafael López López. Magistrado Ponente: Doctor *Ospina Botero*. Igual sentido: Cas. 18 mayo 1983, CLXII, 64.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - **Vía indirecta** / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - **Técnica.** Cuando tiene lugar esta clase de violación. En tratándose de infracción medio le corresponde al recurrente demostrar, en primer lugar, las pruebas que no apreció o apreció erróneamente el sentenciador; y en segundo término, la forma en que incidió ese yerro en el resultado de la decisión quebrantadora de las normas de derecho sustancial que se dicen infringidas. La inobservancia de esta exigencia, no le abre paso al examen de fondo del cargo. S-086 del 92-03-12 - **no casa** - T. Bogotá - María de Jesús Guarnizo contra Sucesión de Luis Rafael López López. Magistrado Ponente: Doctor *Ospina Botero*. Igual sentido: providencia 15 abril 1986, CXVI, 44. F.F. art. 368 C.P.C.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA - **Pertenencia.** Necesidad de su integración. En este caso no se presenta como vulnerado el art. 413 del C. de P.C. (hoy 407) que constituye la base primordial en cualquier acusación de declaración de pertenencia, como quiera que es el que precisamente consagra el derecho subjetivo del poseedor para suplicar la usucapión. S-088 del 92-03-13 - **no casa** - T. Bogotá - Andrés Alfonso Jaramillo Moreno contra María Catalina Díaz Vda. de Alvarez y personas indeterminadas. Magistrado Ponente: Doctor *Romero Sierra*. Igual sentido: sentencia 30 agosto 1985, 27 nov. 1987, 25 julio 1991. F.F. art. 374-3 C.P.C.

COMPETENCIA - **Conflicto** / CONTRATOS - **Competencia.** Factor territorial: regla general. Fundamento. La competencia en tratándose de procesos a que da lugar un contrato. A-050 del 92-03-13 - J. 7 Civ. Cto. Bogotá competente - J. 7 Civ. Cto. Btá.-Po. Cto. Soacha - "Corpavi" contra Lucio Alexander González Acosta. Magistrado Ponente: Doctor *Jaramillo Schloss*. Igual sentido: auto 26 nov. 1991. F.F. arts. 23-1 y 23-5 C.P.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Ataque aislado de medios de prueba. S-088 del 92-03-13 - **no casa** - T. Bogotá - Andrés Alfonso Jaramillo Moreno contra María Catalina Díaz Vda. de Alvarez y personas indeterminadas. Magistrado Ponente: Doctor *Romero Sierra*. Igual sentido: Cas. Civ. 11 abril 1971, CXLII, 140; 26 oct. 1981; CLXVI, 590, 2 sept. 1985; CLXXX, 388.

COMPETENCIA - Conflicto / CONTRATOS - Competencia. Factor territorial: regla general. La competencia en tratándose de procesos a que da lugar un contrato. A-046 del 92-03-13 - J. 30 Civ. Cto. Bogotá competente - J. 30 Civ. Cto. Btá.-Po. Cto. Soacha - Banco Central Hipotecario contra Fernando Laguna Guzmán y otra. Magistrado Ponente: Doctor *Jaramillo Schloss*. Igual sentido: auto 26 noviembre 1991. F.F. arts. 23-1 y 23-5 C.P.C.

COMPETENCIA - Conflicto / CONTRATOS - Competencia. Factor territorial: regla general. Fundamento. La competencia en tratándose de procesos a que da lugar un contrato. A-047 del 92-03-13 - J. 30 Civ. Cto. Bogotá competente - J. 30 Civ. Cto. Btá.-Po. Cto. Soacha - Banco Central Hipotecario contra Blanca Cecilia Pérez de Lesmes y otro. Magistrado Ponente: Doctor *Jaramillo Schloss*. Igual sentido: auto 26 noviembre 1991. F.F. arts. 23-1 y 23-5 C.P.C.

COMPETENCIA - Conflicto / CONTRATOS - Competencia. Factor territorial: Regla general. Fundamento. La competencia en tratándose de procesos a que da lugar un contrato. A-049 del 92-03-13 - J. 30 Civ. Cto. Bogotá competente - J. 30 Civ. Cto. Btá.-Po. Cto. Soacha - "Concasa" contra Néstor Angel Abril y otra. Magistrado Ponente: Doctor *Jaramillo Schloss*. Igual sentido: auto 26 nov. 1991. F.F. arts. 23-1 y 23-5 C.P.C.

COMPETENCIA - Conflicto / CONTRATOS - Competencia. Factor territorial: regla general. Fundamento. La competencia en tratándose de procesos a que da lugar un contrato. A-048 del 92-03-13 - J. 30 Civ. Cto. Bogotá competente - J. 30 Civ. Cto. Btá.-Po. Cto. Soacha - "Concasa" contra Juan de Jesús Castellanos y otra. Magistrado Ponente: Doctor *Jaramillo Schloss*. Igual sentido: auto 26 nov. 1991. F.F. arts. 23-1 y 23-5 C.P.C.

COMPETENCIA - Conflicto / MENOR - Competencia - Territorial. La competencia para conocer del cuidado personal del menor, corresponde al juez de su domicilio. En tratándose de competencia por factor territorial, el juez no puede declararse incompetente cuando las partes no alegan la incompetencia mediante excepciones previas. A-053 del 92-03-16 - J. 1° Po. Flia. Cartago competente - J. 1° Po. Flia. Cartago-Po. Flia. Pereira - María Elena Garcés Vallejo contra Alonso Lozano Chacón. Magistrado Ponente: Doctor *García Sarmiento*. F.F. art. 8° Decreto 2272 de 1989; inc. 2° art. 148 C.P.C. modificado Decreto 2282 de 1989; inc. penúltimo arts. 143-5 y 144 C.P.C.

COMPETENCIA - Conflicto / CONTRATOS - Competencia. Factor territorial: Jueces que son competentes para conocer de los procesos a que da lugar un

contrato y en que se ejercitan derechos reales. A-054 del 92-03-16 - J. 30 Civ..Cto. Bogotá competente - J. 30 Civ. Cto. Btá.-Po. Cto. Soacha - Banco Central Hipotecario contra Julio Pedreros. Magistrado Ponente: Doctor *García Sarmiento*. F.F. arts. 23-5 y 23-9 C.P.C.

COMPETENCIA - **Conflicto / CONTRATOS - Competencia.** Factor territorial: jueces que son competentes para conocer de los procesos a que da lugar un contrato y en que se ejercitan derechos reales. A-052 del 92-03-16 - J. 30 Civ. Cto. Bogotá competente - J. 30 Civ. Cto. Btá.-Po. Cto. Soacha - "Conavi" contra Farid Tovar Rodríguez y otra. Magistrado Ponente: Doctor *García Sarmiento*. F.F. arts. 23-5 y 23-9 C.P.C.

COMPETENCIA - **Conflicto / CONTRATOS - Competencia.** Factor territorial: Jueces que son competentes para conocer de los procesos a que da lugar un contrato y en que se ejercitan derechos reales. A-055A del 92-03-16-. J. 30 Civil Circuito Competente - J. 30 Civ. Cto. Btá.-Po. Cto. Soacha - Banco Central Hipotecario contra Mario Toscano y otra. Magistrado Ponente: Doctor *García Sarmiento*. F.F. arts. 23-5 y 23-9 C.P.C.

COMPETENCIA - **Conflicto / CONTRATOS - Competencia.** Factor territorial: Jueces que son competentes para conocer de los procesos a que da lugar un contrato y en que se ejercitan derechos reales. A-055 del 92-03-16 - J. 30 Civ. Cto. Bogotá competente - J. 30 Civ. Cto. Btá.-Po. Cto. Soacha - Banco Central Hipotecario contra Lubin Quesada Cano. Magistrado Ponente: Doctor *García Sarmiento*. F.F. arts. 23-5 y 23-9 C.P.C.

REVISION - **Demanda.** Casos en que resulta inadmisible la demanda. A-051 del 92-03-16 - Rechaza demanda de revisión - Jaime Cortés Cortés contra Rafael Martínez Salamanca y otra. Magistrado Ponente: Doctor *Marín Naranjo* (solo). F.F. art. 383 C.P.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - **Error de hecho y de derecho - Prueba testimonial.** Cuando incurre en esta clase de yerros el sentenciador. Por ser distinta la naturaleza jurídica de uno y otro tipo de error, es impropio que combatida la sentencia del Tribunal por yerro de valoración, la censura desarrolle el cargo por *yerro de facto*. S-089 del 92-03-16 - **no casa** - T. Medellín - Gloria María Sánchez y otros contra Raquel Aída Mejía Botero. Magistrado Ponente: Doctor *Ospina Botero*. Igual sentido: Cas. Civ. 17 mayo 1985.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - **Autonomía de los cargos.** El art. 375 del C. de P.C., reformado por el Decreto 2282 de 1989, mantiene los principios de autonomía e individualidad de los cargos. S-089 del 92-03-16 - **no casa** - T. Medellín - Gloria María Sánchez y otros contra Raquel Aida Mejía Botero. Magistrado Ponente: Doctor *Ospina Botero*. Igual sentido: Cas. 29 oct. 1973. F.F. art. 375 reformado por el Decreto 2282 de 1989.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Sentencia / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de Derecho / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Indicios / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Prueba testimonial - Indicios / INDICIOS. Presunción de acierto. Autonomía del Tribunal en la apreciación de las pruebas. Entidad del error de hecho. Hipótesis en que el sentenciador incurre en error de derecho. Soberanía del fallador en la apreciación de la prueba indiciaria. El error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial. S-090 del 92-03-16 - **no casa** - T. Manizales - José Hernán Zuluaga Laserna y otra contra Corporación Financiera de Caldas S.A. Magistrado Ponente: Doctor *García Sarmiento.* Igual sentido: Cas. Civ. 6 mayo 1966 CXVI, 80; 24 abril 1969 CXXX, 63; XCI, 62; Cas. Civ. 22 nov. 1965 CLXXVI, número 2415, pág. 73; 25 febrero 1988; 23 febrero 1990.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Interpretación errónea. Maneras como ocurre la violación de una norma de derecho sustancial. Regla de técnica que debe atender el censor cuando de violación directa se trata. Concepto acerca de lo que constituye la violación por interpretación errónea. S-090 del 92-03-16 - **no casa** - T. Manizales - José Hernán Zuluaga Laserna y otra contra Corporación Financiera de Caldas S.A. Magistrado Ponente: Doctor *García Sarmiento.* Igual sentido: sentencias 28 nov. 1989, CXXXII. 193, 17 de febrero 1972, CXLII, 46; 20 marzo 1973, CXLVI, 60; 28 agosto 1978, CLVIII, 139; 29 mayo 1991; 7 marzo 1991; 22 sept. 1972; CXLIII. 169. F.F. art. 368-1 C.P.C.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA - Norma material. Petición de herencia y reforma del testamento. Los artículos 1321 y 1274 del C.C. tienen el carácter de sustanciales. S-089 del 92-03-16 - **no casa** - T. Medellín - Gloria María Sánchez y otros contra Raquel Aída Mejía Botero. Magistrado Ponente: Doctor *Ospina Botero.* F.F. art. 374-3 C.P.C.

ACCION DE TUTELA / ACCION DE TUTELA - Improcedencia / ACCION DE TUTELA - Procedencia / ACCION DE TUTELA - Posesión / ACCION DE TUTELA - Inaplicación normas. Conductas frente a las cuales procede. No tiene el carácter de instancia adicional para la controversia de unos derechos que ya han sido definidos judicialmente. Tampoco puede emplearse de ninguna manera cuando se está delante de providencias firmes que le pongan término a un proceso, en razón de estar amparadas con el sello de la cosa juzgada. Procede sí, frente a sentencias o providencias que le ponen término a un proceso pero aún no se encuentran ejecutoriadas y carecen de recurso u otros medios de impugnación. Adicionalmente, no se extiende a las medidas de los jueces encaminadas estrictamente al cumplimiento de sentencias, ni a las diligencias que sean desarrollo obligado de las mismas. Caso especial que se presenta en la diligencia de entrega. La posesión no es un derecho fundamental. Providencias diferentes al fallo que le ponen término al proceso. Inaplicación del inc. 1° del art. 40 del Decreto 2591 de 1991. S-093A del 92-03-17 - Confirma fallo - Esther Varela.

Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.* Igual sentido: sentencias 16 enero 1992; 3 febrero 1992. F.F. arts. 86 C.N.; 40 Decreto 2591 de 1991 y 116 C.N.

ACCION DE TUTELA - Actuaciones judiciales. Cuando ella está orientada al restablecimiento de un derecho fundamental quebrantado por una decisión judicial, es preciso que ese pronunciamiento esté consignado en una sentencia o en providencia que ponga término al proceso y no esté ejecutoriada. Los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991 riñen con los alcances del art. 86 de la C.N. S-091 del 92-03-17 - Niega tutela - Touring Club Colombia Ltda. Magistrado Ponente: Doctor *Jaramillo Schloss.* Igual sentido: sentencias 9 diciembre 1991; 16 enero 1992, 23 enero 1992 y 3 feb. 1992. F.F. art. 86 C.N.; arts. 11 y 40 Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA - Actuaciones judiciales. Sólo procede en relación con decisiones judiciales cuando éstas sean sentencias o providencias que pongan término a un proceso y a más de eso no se encuentren ejecutoriadas, ni el afectado disponga contra ellas de recursos u otros medios de defensa judicial. S-092 del 92-03-17 - Confirma sentencia - Hermen Fernández. Magistrado Ponente: Doctor *Lafont Pianetta.* F.F. art. 86 C.N.; art. 40 Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA - Excepción de inconstitucionalidad. El inc. 1° del art. 40 del Decreto 2591 de 1991 va en contra de la Constitución por extralimitar las pautas trazadas en la norma rectora y desconocer el principio jurídico de la cosa juzgada. Decisiones que fuera de las sentencias le ponen fin a un proceso. S-093 del 92-03-17 - Confirma fallo - Ricardo Fernández Prado. Magistrado Ponente: Doctor *Marín Naranjo.* F.F. art. 86 C.N.; arts. 40 Decreto 2591 de 1991, 340, 342, 346 y 537 C.P.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía indirecta / CASACION - Técnica. Debe el recurrente precisar la clase de error cometido por el juzgador en frente de las probanzas. Así mismo deben singularizarse los medios de prueba que el Tribunal dejó de apreciar y los que habrían sido erróneamente considerados por éste. S-094 del 92-03-17 - **no casa** - T. Medellín - Juan Esteban Muñoz Valderrama contra Sociedad Pan American de Colombia - Compañía de Seguros de Vida S.A. Magistrado Ponente: Doctor *Romero Sierra.* Igual sentido: CXLIII, 8 y CXLVIII, 207. F.F. art. 374 C.P.C.

COMPETENCIA - Conflicto / CONTRATOS - Competencia. Factor territorial: jueces que son competentes para conocer de los procesos a que da lugar un contrato y en que se ejercitan derechos reales. A-059 del 92-03-19 - J. 30 Civ. Cto. Bogotá competente - J. 30 Civ. Cto. Btá.-Po. Cto. Soacha - "Corpavi" contra María del Carmen Herrera V. Magistrado Ponente: Doctor *Ospina Botero.* F.F. arts. 23-5 y 23-9 C.P.C.

ACCION DE TUTELA - Propiedad. Requisitos para su ejercicio. La propiedad no es derecho fundamental. S-097 del 92-03-19 - Niega tutela - María Elsa Bermeo. Magistrado Ponente: Doctor *Ospina Botero.* F.F. art. 86 C.N.; arts. 37, 40 y 42 Decreto 2591 de 1991.

COMPETENCIA - Conflicto / CONTRATOS - Competencia. Factor territorial: jueces que son competentes para conocer de los procesos a que da lugar un contrato y en que se ejercitan derechos reales. A-056 del 92-03-19 - J. 30 Civ. Cto. Bogotá competente - J. 30 Civ. Cto. Btá.-Po. Cto. Soacha - "Corpavi" contra Luis Hernando Cuervo y otra. Magistrado Ponente: Doctor *Ospina Botero.* F.F. arts. 23-5 y 23-9 C.P.C.

CASACION - Cuantía. Las costas no constituyen materia que deba tomarse en cuenta para la estimación de la cuantía del interés del recurrente, por cuanto corresponden a una condena accesoria de origen simplemente procesal. A-057 del 92-03-19 - Ajustado legalidad auto recorrido en queja - T. Santa Rosa de Viterbo - ... contra Acerías Paz del Río S.A. Magistrado Ponente: Doctor *Ospina Botero.* Igual sentido: auto 4 febrero 1992. F.F. art. 366 C.P.C.

COMPETENCIA - Conflicto / CONTRATOS - Competencia. Factor territorial: Jueces que son competentes para conocer de los procesos a que da lugar un contrato y en que se ejercitan derechos reales. A-058 del 92-03-19 - J. 30 Civ. Cto. Bogotá competente - J. 30 Civ. Cto. Btá.-Poe. Cto. Soacha - "Concasa" contra Heli Alvarado Vejarano. Magistrado Ponente: Doctor *Ospina Botero.* F.F. arts. 23-5 y 23-9 C.P.C.

QUEJA - Jueces - Instancia. El juez que conoce de un proceso por apelación de un auto o de una sentencia, no tiene el doble carácter de juez de 2ª instancia para desatar ese recurso, y de primera para todas aquellas otras decisiones que profiera dentro de la respectiva alzada. A-060 del 92-03-20 - Rechaza queja - T. Popayán - Fanity Devia contra Mario López López. Magistrado Ponente: Doctor *Marín Naranjo.* F.F. art. 357 C.P.C.

ACCION DE TUTELA. Perfil y fisonomía. Casos en que resulta admisible. S-099 del 92-03-20 - Confirma providencia - Jairo López Morales. Magistrado Ponente: Doctor *Romero Sierra.* Igual sentido: Fallos 9 diciembre 1991; 23, 27 enero y 3 y 13 febrero de 1992. F.F. art. 86 C.N.; art. 6º num. 2 Decreto 2591 de 1991.

COMPETENCIA - Conflicto / ALIMENTOS - Competencia. Factor territorial: Del proceso de alimentos conoce el Juez de Familia o en subsidio el Juez Municipal de la residencia del menor. El cambio de ésta, no implica variación de competencia, en razón del principio de la *perpetuatio jurisdictionis.* A-063 del 92-03 25 - J. Po. Mpl. Gámeza competente - J. Po. M. Gámeza-11 F. Btá. - Flor Aidé y José Leonardo Daza Rincón contra Luis Eduardo Daza Fernández. Magistrado Ponente: Doctor *García Sarmiento.* Igual sentido: auto 12 mayo 1989; 14 marzo 1991; 15 agosto 1991, 28 febrero 1992. F.F. arts. 139 Decreto 2737 de 1989, 21 C.P.C.

COMPETENCIA - Conflicto / ALIMENTOS - Competencia. El conocimiento de la demanda por la cual se persigue el reconocimiento de asistencia alimentaria de la que son acreedores menores de edad, compete al Juez de Familia del domicilio que tengan quienes por esta vía piden el cumplimiento de dichas prestaciones. Legislación

actual sobre la materia. El principio de la *perpetuatio jurisdictionis*. A-061 del 92-03-25 - J. 1° Po. Flia. Florencia competente - J. 1° Po. F. Florencia - 5° Po. Flia. Ibagué - Edna Carolina Parrasi Varón contra Duber Parrasi Bermúdez. Magistrado Ponente: Doctor *Jaramillo Schloss*. Igual sentido: providencia 15 julio 1970. F.F. art. 139 Decreto 2737 de 1989.

ACCION DE TUTELA. Objeto. No es instrumento para suplir ni desplazar las restantes acciones o procedimientos de índole judicial que en los diversos casos puedan resolver de fondo sobre los asuntos que se presenten ante los jueces. Cuándo se convierte en herramienta provisional, coexistiendo con otros medios de defensa judicial. S-100 del 92-03-25 - Confirma sentencia - Gilberto Herrera Sánchez. Magistrado Ponente: Doctor *Marín Naranjo*. F.F. art. 86 C.N.; art. 6° num. 1 en concordancia con el art. 8° Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA - Competencia - 1ª instancia / ACCION DE TUTELA - Competencia a prevención. En tratándose de acciones de tutela contra comportamientos de orden administrativo, está radicada a prevención "en los jueces o Tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud". La competencia a prevención autoriza al demandante para que elija *ad libitum*, entre los citados juzgados a cuál de ellos le formula su petición, sin que el elegido pueda sustraerse de su conocimiento. A-062 del 92-03-25 - Declara nulidad de todo lo actuado. Jorge Eliécer Quintero Corredor. Magistrado Ponente: Doctor *Marín Naranjo*. Igual sentido: sentencia Sala Plena 6 febrero 1992. F.F. arts. 86 C.N. y 37 Decreto 2591 de 1991.

COMPETENCIA - Conflicto / EJECUTIVO - Competencia. Regla general en materia de competencia. Fundamentos de esta regla. A-065 del 92-03-26 - J. 1°Civ. Mpl. Cartago competente - J. 1° Civ. Mpl. Cartago - 1° Civ. Mp. Pereira - Maximiliano Giraldo Cardona contra Luz Marina Torres. Magistrado Ponente: Doctor *Romero Sierra*. Igual sentido: auto 26 nov. 1991 y 18 feb. 1992. F.F. art. 23-1 C.P.C.

ACCION DE TUTELA - Impugnación / ACCION DE TUTELA - Suspensión provisional. Objeto. Casos en que procede la suspensión provisional del acto irrogante del perjuicio. S-105 del 92-03-26 - Confirma sentencia - Julio Fuenmayor Ramos y Mireya Fuenmayor de Tangarife. Magistrado Ponente: Doctor *Romero Sierra*. F.F. art. 7° y 32 Decreto 2591 de 1991.

REVISION. Constituye excepción al principio de la cosa juzgada. Es admisible sólo por el número restringido de motivos que taxativamente enumera el art. 380 del C. de P.C. Trascendencia de los motivos que sustentan el recurso de que se trata. S-101 del 92-03-26 - Infundado revisión - T. Cali - María Eugenia y Danilo Teshima Agudelo contra Dora Pérez Vda. de Teshima. Magistrado Ponente: Doctor *Jaramillo Schloss*. F.F. arts. 379 y 380 C.P.C.

ACCION DE TUTELA / ACCION DE TUTELA - Excepción de inconstitucionalidad. Noción. Inaplicabilidad de los arts. 11 y 40 inciso 1° del Decreto 2591 de 1991

por contrariar el art. 86 de la C.N. La acción de que se trata no es un recurso adicional ni una nueva instancia en el trámite de los procesos judiciales. Características que deben reunir las providencias judiciales, para que se puedan impugnar por esa vía. La protección tutelar no es de recibo cuando se utiliza para denunciar errónea interpretación judicial de la ley o para controvertir pruebas. S-102 del 92-03-26 - Confirma sentencia - Filomena González de Melo. Magistrado Ponente: Doctor *Lafont Pianetta.* Igual sentido: Fallos 9 diciembre 1991; 16 enero 1992, 23 enero 1992, 3 feb. 1992 y 11 marzo 1992. F.F. art. 86 C.N.; arts. 11 y 40 Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA / ACCION DE TUTELA - Competencia. Conductas frente a los cuales procede esta acción. Cuando el acto acusado proviene de un juez, la violación de los derechos fundamentales, tiene que denunciarse sólo ante el inmediato superior jerárquico. La tutela como institución supletoria y residual. Características que deben reunir las providencias judiciales, para poder ser combatidas mediante la acción de que se trata. S-103 del 92-03-26 - Confirma sentencia - Carmen Eloisa Ruiz López en su propio nombre y en el de "Inversiones Ruiz Cancino e Hijos S. en C.". Magistrado Ponente: Doctor *Ospina Botero.* Igual sentido: sentencias 11 marzo 1992, 10 diciembre 1991, 16 enero 1992, 23 enero 1992 y 3 febrero de 1992. F.F. art. 86 C.N.; arts. 37 y 40 Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA / ACCION DE TUTELA - Actos administrativos. No es un instrumento para reemplazar los juicios o procesos con que cuentan las partes para obtener que los órganos judiciales competentes diriman sus litigios; tampoco como elemento de más luego de que tales trámites ordinarios hayan sido cumplidos. Actos administrativos: No procede contra actos de esta índole cuando contra ellos existe la revocatoria directa, la suspensión provisional u otro medio de defensa judicial. S-104 del 92-03-26 - Confirma sentencia - Dionisio Alfonso y Gidardo de Jesús Palacio Cárdenas. Magistrado Ponente: Doctor *Romero Sierra.* Igual sentido: Fallos Cas. Civ. 23 enero 1992 y 17 febrero 1992. F.F. art. 86 C.N.; art. 6º Decreto 2591 de 1991.

COMPETENCIA - Conflicto / RENDICION DE CUENTAS - Competencia. La competencia para conocer del proceso de rendición de cuentas, contra una sociedad, sea para que las rinda o las reciba, está atribuida a varios jueces a prevención, a saber: Al juez del domicilio principal de la sociedad; al juez de la sucursal o agencia, si se trata de asuntos vinculados a ella; y al juez del centro principal de la administración. Cualquiera de ellos, a elección del demandante. A-064 del 92-03-26 - J. 11 Civil Circuito Medellín competente - J. 11 Civ. Cto. Medellín-Civ. Cto. Rionegro - Juan Carlos Garzón Pinillos contra Truchicultura Yolombal Limitada. Magistrado Ponente: Doctor *Ospina Botero.* F.F. arts. 23-1, 23-7 y 23-12 C.P.C.

CARTA DE CREDITO / CARTA DE CREDITO - Notificacion - Cesión / CARTA DE CREDITO - *Litis contestatio.* Cuando son transferibles, su negociación queda sujeta a las normas sobre cesión de créditos personales. La notificación al deudor es una carga que se le impone al cesionario del crédito, no al cedente. La aceptación a que se refiere el artículo 1962 del C.C.es la tácita. Alternativas que tiene el deudor en

el caso de la *litis contestatio* con el cesionario. S-058 del 92-03-28 - **no casa** - T. Bogotá - María del Pilar Londoño V. contra Banco del Comercio. Magistrado Ponente: Doctor *Marín Naranjo*. F.F. art. 1° Decreto 2756 de 1976, arts. 1959 a 1966 C.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - **Norma material.** No lo son los artículos 10 de la Ley 58 de 1982, 10 No. 1, 27 C.C. y 187 del C. de P.C. A-066 del 92-03-30 - Inadmite demanda casación - T. Bogotá - ... contra Satena. Magistrado Ponente: Doctor ... F.F. art. 374 C.P.C.

ACCION DE TUTELA - **Providencias.** Cuando la acción se dirige contra decisiones judiciales, éstas deben consistir en sentencias o providencias que tengan el alcance de ponerle término al proceso y no se encuentren ejecutoriadas, siempre que, además no exista ningún otro medio de defensa contra ellas. S-106 del 92-03-31 - Confirma fallo - Ramón Horacio Rua Pérez. Magistrado Ponente: Doctor *Jaramillo Schloss*. F.F. art. 86 C.N.

ACCION DE TUTELA - **Regulación de visitas - Menor.** Conductas frentes a las cuales procede la acción. El fallo que se profiera en el proceso de regulación de visitas por no constituir cosa juzgada material, hace improcedente la acción de tutela. Amplio estudio sobre este proceso. S-108 del 92-04-01 - Confirma sentencia - Dorotea Laserna Jaramillo. Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F. art. 86 C.N.

SEPARACION DE CUERPOS - **Consulta.** Las circunstancias de hecho en que vino apoyada la demanda, están acreditadas. S-109 del 92-04-02 - Confirma sentencia - T. Bucaramanga - Flor María Ruiz de Santander contra Bernardo Santander Cañas. Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. F.F. num. 2 art. 154 en concordancia con el art. 165 C.C.

ACCION DE TUTELA - **Contratos de la administración** / ACCION DE TUTELA - **Jurisdicción.** Clasificación. Cuando los contratos que por su propia naturaleza no se enlistan como administrativos (art. 16 del Decreto 222 de 1983), se pacta la cláusula de caducidad, éstos reciben el tratamiento dado a los administrativos. Litigios de que conoce la jurisdicción contencioso-administrativa en relación con la materia de que se trata. S-111 del 92-04-02 - Niega tutela - Municipio de Túquerres, Departamento de Nariño. Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F. arts. 16 y 17 Decreto 222 de 1983.

SENTENCIA / REVISION - **Preclusión** / CADUCIDAD. Noción y fin de la sentencia. Excepcionalmente se permite la revisión de una sentencia que ha alcanzado ejecutoria. Imperio del postulado preclusivo en la interposición de este recurso extraordinario. En el caso de que se trata al presentarse la demanda, ya había operado la caducidad. S-115 del 92-04-03 - Declara caducidad de la demanda de revisión - T. Tunja - Banco de Colombia contra Sociedad Manfung Químicos Ltda. -Quimfung-. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Sentencia 23 octubre 1989 CXLVIII, 1ª parte pág. 14 y CXLVIII, 232. F.F. art. 379 C.P.C.

ACCION DE TUTELA - Demanda - Sucesión / ACCION DE TUTELA - Actuaciones judiciales / ACCION DE TUTELA - Mecanismo transitorio. Cuando se demanda para la sucesión, cualquier heredero puede hacerlo, con tal invoque esa calidad, pero cuando se demanda ésta, es necesario que la acción se encamine contra todos los herederos determinados e indeterminados del causante. Si la protección de tutela se solicita contra una sentencia judicial, es preciso, para que ella sea procedente, que ese pronunciamiento no haya alcanzado firmeza porque el carácter de cosa juzgada adquirida con su ejecutoria impide que el debate allí cerrado puede revivirse. Carácter supletorio y residual de la acción de que se trata. Mecanismo transitorio: Requisitos para su ejercicio válido. S-114 del 92-04-03 - Niega tutela - Segundo César Martínez Paz. Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: sentencias 9 de diciembre de 1991, 16 enero 1992, 23 enero 1992, 3 febrero 1992. F.F. art. 86 C.N.; arts. 11 y 40 Decreto 2591 de 1991.

CONGRUENCIA / INCONGRUENCIA. Importancia a este principio. Incongruencia: providencias que adolecen del vicio de que se trata. No se da la causal de incongruencia cuando la sentencia es totalmente absolutoria. S-112 del 92-04-03 - no casa - T. Pasto - Jorge Antonio Silva Paredes y otras contra "Stirling International Civil Engineering Limited". Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: LXXXI, 723; CVI, 91; 6 marzo 1990 aún no publicada. F.F. art. 305 C.P.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Ataque todos los fundamentos. S-113 del 92-04-03 - **no casa** - T. Medellín - Luis Enrique Correa Uribe contra Ana Elena Correa Echandía y otros. Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Cas. Civ. 8 agosto 1958, LXXXVIII, 596; 24 enero 1962, XCVIII, 10; 29 enero 1966 CXV, 59 y 60; 4 octubre 1973; 23 marzo 1977 no publicada; Cas. Civ. 29 noviembre 1989 sin publicar.

COMPETENCIA - Conflicto / CONTRATOS - Competencia. Factores que inciden en la distribución de la competencia entre las varias autoridades judiciales. El factor territorial y algunos foros que lo integran. El foro concurrente por elección. La inmodificabilidad de la competencia. A-068 del 92-04-03 - J. 30 Civ. Cto. Btá. Competente - J. 30 Civ. Cto. Btá.-Pco. Cto. Soacha - Granahorrar contra Flor Alba Flechas Garzón. Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo*. F.F. arts. 23 y 21 C.P.C.

COMPETENCIA - Conflicto / TITULO VALOR - Competencia. Factor territorial: fueros. Conforme al art. 621 del C.Co. que guarda armonía con el art. 626 *ibidem*, el lugar de cumplimiento de las obligaciones contenidas en títulos valores será el domicilio del creador del título, quien queda obligado conforme a su tenor literal. La obligación también puede exigirse en el lugar del domicilio del deudor. A-067 del 92-04-03 - J. Civil Municipal Florida (Valle) - J. Civ. Mpl. Florida - 2º Civ. Mpl. Pto. Tejada - Walter Jaramillo Caicedo contra Efraín D. Quintero. Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F. arts. 621, 626 C. Co. y 85 C. Civ.

COMPETENCIA - **Conflicto** / CONTRATOS - **Competencia.** Factores que inciden en la distribución de la competencia entre las varias autoridades judiciales. El factor territorial algunos foros que lo integran. El foro concurrente por elección. La inmodificabilidad de la competencia. A-070 del 92-04-03 - J. 30 Civ. Cto. Btá. competente - J. 30 Civ. Cto. Btá.-Pco. Cto. Soacha - Granahorrar contra Olga Alférez de Rico y otros. Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.* F.F. arts. 23 y 21 C.P.C.

COMPETENCIA - **Conflicto** / CONTRATOS - **Competencia.** Factores que inciden en la distribución de la competencia entre las varias autoridades judiciales. El factor territorial y algunos foros que lo integran. El foro concurrente por elección. La inmodificabilidad de la competencia. A-069 del 92-04-03 - J. 17 Civ. Cto. Btá. competente - J. 17 Civ. Cto. Btá.-Pco. Cto. Soacha - Fondo Nacional del Ahorro contra Gloria Stella Beltrán Cuestas. Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.* F.F. arts. 23 y 21 C.P.C.

ACCION DE TUTELA - **Requisitos.** Debe indicarse bajo la gravedad del juramento "que no se ha presentado otra respecto de los mismos hechos y derechos". Si se incumple este requisito, debe ordenarse su corrección en el término de tres días vencidos, los cuales si no se ha obedecido por el peticionario, se rechaza de plano la solicitud. A-071 del 92-04-06 - Confirma providencia - Luis Alfredo Sandoval. Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento.* F.F. arts. 17 y 37 Decreto 2591 de 1991; art. 86 C.N.

SENTENCIA SUSTITUTIVA - **Promesa - Nulidad.** El ámbito sobre el que versa el fallo toca solamente en el punto de las mejoras que reclama el demandado. Por consiguiente, los demás pronunciamientos del Tribunal, así los de su sentencia primigenia como los de la complementaria, son ahora intocables y serán reproducidos en la parte resolutiva, incluyendo la condena *in genere* prevista en su num. 4. S-116 del 92-04-06 - Revoca sentencia - T. Bogotá - Víctor Julio Leal Echeverría contra Teófilo Achury Martínez. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.*

ACCION DE TUTELA - **Actuaciones judiciales** / ACCION DE TUTELA - **Mecanismo transitorio.** Sólo es admisible cuando los pronunciamientos judiciales contra los que se dirige son sentencias o providencias que le ponen término al proceso y siempre que la acción sea promovida dentro del término de ejecutoria del proveimiento combatido. También procede cuando mediando defensa judicial, la tutela se propone conjuntamente con ésta y en la misma oportunidad, por ser medida provisoria y cautela. S-117 del 92-04-07 - Confirma sentencia - Bernardo Valencia Duque. Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.* Igual sentido: Fallos 9 diciembre 1991; 10 diciembre 1991; 3 febrero 1992. F.F. art. 86 C.N.; art. 40 Decreto 2591 de 1991.

COMPETENCIA - **Conflicto** / ALIMENTOS - **Competencia.** La competencia establecida inicialmente para el conocimiento de un proceso, no varía con posterioridad, salvo disposición expresa de la ley, por aplicación del principio general del derecho de

la *perpetuatio jurisdictionis* El reajuste de la cuota alimentaria a favor del menor puede plantearse hoy en nueva demanda. A-072 del 92-04-08 - J. Promiscuo Municipal Ambalema - J. Po. Mpal. Ambalema - Pco. Flia. Girardot - Yaneth Astrid Gutiérrez contra Efrén Gutiérrez Díaz. Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: auto 21 mayo 1991. F.F. arts. 21 C.P.C. y 139 Decreto 2737 de 1989.

PROCESO - Suspensión. La resolución sobre suspensión de un proceso corresponde al juez del conocimiento, lo cual excluye toda competencia de la Corte en el punto, ya que la Corporación no está conociendo de la materia planteada en las pretensiones de la demanda, sino definiendo quién es el juez competente para impulsar el proceso de sucesión. A-077 del 92-04-09 - Deniega recurso reposición - J. 16 Flia. Santafé de Bogotá - Sucesión de Mario Alberto Cuadros Carvajal. Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero* (solo). F.F. art. 171 C.P.C.

TRANSACCION. Puede presentarse en forma directa por las personas que, por ser titulares del derecho en litigio, han llegado a tal acuerdo. A-076 del 92-04-09 - No repone providencia - Solicitante en reposición: Industria Laro Ltda. Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo*. F.F. art. 340 C.P.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía directa e indirecta. La causal primera exige, que si la acusación se formula por la vía directa, no se presente ninguna discusión respecto de las conclusiones fácticas a que llegó el sentenciador. Si la censura es por la vía indirecta, la legislación positiva requiere que el recurrente, señale con toda precisión en qué consiste el error que le atribuye a la sentencia con indicación de cuáles son las pruebas determinadas que en ese yerro se presenta y en tratándose del error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. Si se alega error de derecho debe señalarse además, las normas probatorias violadas, explicando en qué consiste la infracción. S-120 del 92-04-09 - no casa - T. Bogotá - Ismael Villalobos contra Egidio José Villamil Franco. Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F. arts. 368-1 y 374-3 C.P.C.

ACCION DE TUTELA - ACTUACIONES JUDICIALES / ACCION DE TUTELA - Propiedad. Cuando tenga por finalidad combatir una actuación judicial, ésta tiene que consistir en una sentencia o en una providencia que le ponga término al proceso, porque este medio de defensa no es de recibo frente a otra clase de pronunciamientos emanados de esta fuente. La propiedad no es derecho fundamental. S-121 del 92-04-09 - Confirma sentencia - Natividad González Medina. Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: fallo 3 feb. 1992. F.F. art. 86 C.N.; arts. 11 y 40 Decreto 2591 de 1991.

COMPETENCIA - Conflicto / CONTRATOS - Competencia. Factores que inciden en la distribución de la competencia entre las varias autoridades judiciales. El factor territorial y algunos foros que lo integran. El foro concurrente por elección. La inmodificabilidad de la competencia. A-074 del 92-04-09 - J. 32 Civil Circuito Bogotá - Competente - J. 32 Civ. Cto. Btá. Pco. Cto. Soacha - Banco Central Hipotecario contra

Gilberto Tovar Rojas y otra. Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo*. F.F. art. 23 C.P.C.

COMPETENCIA - **Conflicto** / CONTRATOS - **Competencia.** Factores que inciden en la distribución de la competencia entre las varias autoridades judiciales. El factor territorial y algunos foros que lo integran. El foro concurrente por elección, la inmodificabilidad de la competencia. A-074 del 92-04-09 - J. 30 Civil Circuito Bogotá - Competente - J. 30 Civ. Cto. Btá.-Pco. Cto. Soacha - Banco Central Hipotecario contra Félix Alfonso Gaitán Castillo y otra. Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo*. F.F. art. 23 C.P.C.

COMPETENCIA - **Conflicto** / CONTRATOS - **Competencia.** Factores que inciden en la distribución de la competencia entre las varias autoridades judiciales. El factor territorial y algunos foros que lo integran. El foro concurrente por elección. La inmodificabilidad de la competencia. A-075 del 92-04-09 - J. 7 Civil Circuito Bogotá - Competente - J. 7 Civ. Cto. Btá.-Pco. Cto. Soacha- Fondo Nacional de Ahorro contra Dagoberto Rodríguez Amazo. Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo*. F.F. art. 23 C.P.C.

ACCION DE TUTELA - **Competencia.** Funcionarios que son competentes para conocer de la acción de tutela, cuando ésta se dirige contra los actos u omisiones de las autoridades administrativas o frente a sentencias o providencias judiciales que le ponen término a un proceso. S-122 del 92-04-10 - Confirma - Rosmira Olave viuda de Camargo y otros. Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. F.F. art. 86 C.N.; arts. 37 y 40 Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA - **Actuaciones judiciales** / ACCION DE TUTELA - **Excepción de inconstitucionalidad.** Cuando el acto violador del derecho constitucional fundamental, consista en un pronunciamiento judicial, éste debe consistir en una sentencia o providencia que le ponga término a un proceso. Además, para que la tutela se abra paso, es menester que la sentencia o providencia de la clase a que se alude no haya alcanzado firmeza. Los arts. 11 e inciso 2° del parág. 1° del art. 40 del Decreto 2591 de 1991 están en pugna con el art. 86 de la C. Nal. S-123 del 92-04-10 - Deniega tutela - Jaime Anselmo Mesa Grosso y otros. Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Sentencia 9 diciembre 1991; 16 enero 1992; 23 enero 1992 y 3 febrero 1992. F.F. art. 86 C.N., art. 40 Decreto 2592 de 1991.

ACCION DE TUTELA - **Concordato - Mercantil** / CONCORDATO - **Mercantil - Acción de tutela.** Las peticiones sobre entrega de bienes del empresario sólo pueden formularse al juez que conoce del concordato, quien es también el único funcionario llamado a resolver y no los jueces que conocían de algún proceso ejecutivo en trámite cuando se admitió aquél. S-124 del 92-04-10 - Confirma sentencia - Ramiro Díaz Ospina y Corporación Electrodomésticos S.A. "Corelsa". Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F. art. 86 C.N. art. 350 de 1989.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Norma material. No lo son los artículos 553 del C.C.; 175, 187, 215 y 217 del C.P.C. A-078 del 92-04-10 - inadmite demanda de casación - T.S. Buga - Recurre en casación: Orfilia Gil Molina.

CASACION - Cumplimiento sentencia recurrida. Los fallos recurridos en casación son susceptibles de cumplimiento, con las excepciones que menciona el art. 371 inc. 1° del C.P.C. Carga procesal que debe cumplir el recurrente. Si éste opta por pedir la suspensión del cumplimiento de la providencia, así debe indicarlo también en oportunidad al Tribunal y prestar la caución que se fije "... para responder por los perjuicios que dicha suspensión cause a la parte contraria". Si el Tribunal se abstiene de ordenar la expedición de las copias por cualquier motivo, el recurrente deberá exigirlo y suministrar los emolumentos de rigor. A-079 del 92-04-10 - Inadmisible recurso de casación - T. Cúcuta - Gustavo Hernando Bosh Sánchez contra María Alcira Rodríguez. F.F. art. 371 inc. 1° C.P.C. Decreto-ley 2282 de 1989 art. 1° ord. 186.

COMPETENCIA - Conflicto / CONTRATOS - Competencia. Factor territorial: regla general. La competencia en tratándose de procesos a que da lugar un contrato. A-083 del 92-04-20 - J. 30 Civil Cto. Bogotá - competente - J. 30 Civ. Cto. Btá. - Pco. Cto. Soacha - "Corpavi" contra Julio César Arenas Orozco y otra. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.* Igual sentido: auto 26 noviembre 1991. F.F. arts. 23-1 y 23-5 de C.P.C.

SUPLICA / REPOSICION. Frente al auto que admite súplica no es procedente el recurso de reposición. La providencia por la cual el Magistrado Ponente rechaza la demanda de revisión sólo es atacable mediante el recurso de súplica, para ante "la Sala de que forma parte el Magistrado Ponente". A-080 del 92-04-20 - Rechaza por improcedente recurso reposición. Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo* (solo). F.F. arts. 348 y 363 C.P.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho - Testimonio / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho - Indicios - Documentos. Cuando tiene lugar esta clase de yerro en tratándose de prueba testimonial. Hipótesis en que se da lugar el error de hecho en la apreciación de los indicios (Documentos). S-125 del 92-04-20 - no casa - T. Valledupar - Luis Alberto Ospino contra Edith Castro de Rodríguez y otros. Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.*

COMPETENCIA - Conflicto / CONTRATOS - Competencia. Factor territorial: regla general. Jueces que son competentes en tratándose de procesos a que da lugar un contrato. A-081 del 92-04-20 - J. 30 Civil Cto. Bogotá - competente - J. 30 Civ. Cto. Btá.-Pco. Soacha - Banco Central Hipotecario contra José Antonio Montenegro. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.* Igual sentido: auto 26 noviembre 1991. F.F. arts. 23-1, 23-5 C.P.C.

COMPETENCIA - Conflicto / CONTRATOS - Competencia. Factor territorial: regla general. La competencia en tratándose de procesos a que da lugar un

contrato. A-082 del 92-04-20 - J. 28 Civil Cto. Bogotá - Competente - J. 28 Civ. Cto. Btá.-Pco. del Cto. Soacha. - Banco Central Hipotecario contra Enrique Ríos y Myriam Salamanca Rodríguez. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.* Igual sentido: auto 26 noviembre 1991. F.F. arts. 23-1 y 23-5 C.P.C.

CASACION - **Medio nuevo.** Fundamento para que no sea admisible el medio nuevo en casación. S-126 del 92-04-21 - **no casa** - T. Medellín - Nora Cifuentes Rico y otras contra Alba Sabas Arias y otra. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.* Igual sentido: CXXXIII, 76.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA - **Mandato.** El recurrente no citó como infringido el art. 2183 del C.C. S-126 del 92-04-21 - **no casa** - T. Medellín - Nora Cifuentes Rico y otras contra Alberto Sabas Arias. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.* F.F. art. 374-3 C.P.C.

CONGRUENCIA / CONGRUENCIA - **Excepciones** / PRESUPUESTO PROCESAL - **Capacidad para ser parte - Prueba - Ausencia** / LEGITIMACION EN CAUSA. Extremos sobre los cuales debe proveer el juez. El reconocimiento oficioso de excepciones que no requieren petición de parte, queda comprendido dentro de ese extremo. La falta de reconocimiento de una excepción previa, no acarrea inconsonancia, así estén probados los hechos que la constituyen. La ausencia de prueba de las calidades de cónyuge o de heredero, constituye carencia del presupuesto procesal capacidad para ser parte, materia de excepción previa, pero no falta de legitimación en causa. La legitimación en la causa no es un presupuesto procesal, sino una de las condiciones de la acción indispensable para la prosperidad de ésta. S-126 del 92-04-21 - **no casa** - T. Medellín - Nora Cifuentes Rico y otras contra Alberto Sabas Arias y otra. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.* Igual sentido: sentencia 31 mayo 1971, 21 julio 1959, XCL; CXXXVIII, 356. F.F. arts. 305 y 306 C.P.C.

CONTRATOS - **Interpretación** / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - **Error de hecho.** Para determinar el sentido o alcance de las cláusulas contractuales, se impone consultar e interpretar la convención en su conjunto. Error de hecho: cuando se incurre en él a precisar la común intención de los contratantes. S-127 del 92-04-22 - **casa** - T. Bogotá - Amelia Vargas viuda de Arguelles contra Sociedad Inversiones Astorga Limitada. Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.* Igual sentido: Cas. Civ. 15 marzo de 1965 y 15 junio 1972. F.F. art. 1622 C.C.

COMPROMISO / CLAUSULA COMPROMISORIA / EXCEPCION PREVIA - **Compromiso - Cláusula compromisoria** / NULIDAD PROCESAL - **Compromiso - Cláusula compromisoria.** El no proponer como excepción previa la existencia de compromiso o cláusula compromisoria al dar contestación a la demanda, implica una renuncia tácita de hacerlas valer y en consecuencia no existe nulidad procesal. S-128 del 92-04-22 - **no casa** - T. Bogotá - Transportes Guasca Ltda. contra Mercedes Cortés Rodríguez y otra. Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García*

Sarmiento. F.F. arts. 368-5; 140 C.P.C.; 110 C. Co. 97 y 663 C.P.C.; Ley 105 de 1931; arts. 330, 331, 448; 1618 C.C. art. 43 Decreto 2279 de 1989.

SOCIEDAD - Socio - Exclusión. La exclusión de socios, por no cumplir con la obligación de pagar el aporte, es una atribución que le corresponde a la sociedad, por conducto del órgano competente. No es materia de pretensión procesal que le corresponda proveer al juez. S-128 del 92-04-22 - **no casa** - T. Bogotá - Transportes Guasca Ltda. contra Mercedes Cortés de Rodríguez y otra. Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento.* F.F. arts. 358 C.Co., 187 y 125 *ibidem.*

VIOLACION LEY SUSTANCIAL. En el presente caso fueron violados por inaplicación los arts. 2341 del C.C. y 307 C.P.C. S-129 del 92-04-23 - **casa** - T. Pereira - Fidel José Casas Otoya contra Sociedad Papeles Nacionales S.A. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.*

PERJUICIOS - Lucro Cesante / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - Perjuicios / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - Prueba. En tratándose de lesiones sufridas en accidente automoviliario el lucro cesante se refiere a lo que la víctima ha dejado de percibir, durante el tiempo en que se quedaron suspendidas sus actividades. El incidente de que trata el art. 308 del C. de P.C., no es la oportunidad para demostrar la existencia de los daños. S-129 del 92-04-23 - **casa** - T. Pereira - Fidel José Casas Otoya contra Sociedad Papeles Nacionales S.A. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.* Igual sentido: S-5 sept. 1988: CLXXX, 187. F.F. arts. 1613, 1614 y 2341 C.C. y 308 C.P.C.

COMPETENCIA - Conflicto / IMPUGNACION LEGITIMIDAD - COMPETENCIA. El Juzgado Promiscuo del Circuito de Abejorral continúa conociendo de los asuntos propios de la jurisdicción de familia en su respectivo circuito hasta cuando entre en funcionamiento los juzgados de familia creados por el Decreto 2272 de 1989. Así debe interpretarse el art. 17 del Decreto citado. A-085 del 92-04-27 - J. Promiscuo Circuito Abejorral - competente - J. Pco. Cto. Abejorral-2 Flia. Medellín - Martha Isabel Ríos Mazo contra César Augusto Ríos Meza. Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.* F.F. Decreto 2272 de 1989 art. 17.

ACCION DE TUTELA - Improcedencia / ACCION DE TUTELA - Mecanismo transitorio. No cabe contra sentencias o providencias firmes que le pongan término a un proceso judicial. Si se ejercita respecto de estas providencias la acción debe denegarse por ser palmariamente improcedente. Por regla general, dicha modalidad de protección -transitoria- se encuentra vedada cuando la tutela es absolutamente improcedente. S-130 del 92-04-27 - Confirma sentencia - Ana Odilia Garavito de Salas. Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.* F.F. art. 86 C.N.

COMPETENCIA - Conflicto / ALIMENTOS - Competencia - Territorial. En tratándose del proceso de alimentos, la tiene el juez del domicilio del menor. La fijación inicial de la competencia, en consideración al domicilio del menor demandante, no está sometida a variaciones posteriores, con excepción de limitados eventos. El reajuste de

la cuota alimentaria a favor del menor, puede plantearse hoy en nueva demanda al tenor de lo establecido en el art. 139 del Decreto 2737 de 1989. A-084 del 92-04-27 - J. Civil Municipal de Flandes - competente - J. Civ. Mpal. Flandes - 2° Pco. Flia. Veio. - Yeimi Alejandra Mejía Díaz contra Omar Mejía Sanabria. Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.* Igual sentido: autos 2 octubre 1990 y 6 abril 1992. F.F. arts. 7° y 8° Decreto 2272 de 1989 y 137 Decreto 2737 de 1989.

CASACION - **Nulidad Procesal** / NULIDAD PROCESAL - **Omitir términos - Prueba.** Para que el hecho de omitir la oportunidad para evacuar diligencias de prueba en debidas formas solicitadas, acarree nulidad, es necesario que dicha omisión produzca indefensión en sentido estricto que esta palabra tiene en el lenguaje jurídico. Refiérese la causal a la omisión de los términos y oportunidades para pedir o para practicar pruebas, pero no el no haberse practicado una prueba oportunamente pedida, que es aspecto distinto del primero. La causal de que se trata es saneable. S-131 del 92-04-27 - no casa - T. Bogotá - Panalpina Ltda. contra Flores de Suba Ltda. Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento.* Igual sentido: sentencia 31 marzo 1982 CLXV, 70, 10 junio 1990; 24 julio 1985, CLXXX, 193; 2 febrero 1990, 10 julio 1990. F.F. arts. 368-5, 140, 144 C.P.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - **Vía indirecta.** Esta forma de violación puede ocurrir como consecuencia de error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda, de su contestación o de determinada prueba. Requisitos para que el cargo por quebrantado de la ley derivada de manifiesto error de hecho resulte próspero. Exigencias de forma, en la formulación del cargo. S-131 del 92-04-27 - no casa - T. Bogotá - Panalpina Limitada contra Flores de Suba Ltda. Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento.* Igual sentido: Cas. Civ. 24 abril 1969, CXXX, 63 y sentencia 28 febrero 1991; CXII, 959. F.F. art. 368-1 C.P.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - **Ataque aislado medios de prueba.** S-131 del 92-04-27 - **no casa** - T. Bogotá - Panalpina Limitada contra Flores de Suba Ltda. Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento* Igual sentido: sentencia 4 febrero 1987.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - **Vía directa.** Cuando se ataca una sentencia por esta vía se debe participar por el censor de los resultados que en el campo fáctico encontró el fallador, so pena de que se falle técnicamente en la presentación del cargo por estarle vedado enfrentarse a las conclusiones que en el campo probatorio haya encontrado el Tribunal. S-131 del 92-04-27 - **no casa** - T. Bogotá - Panalpina Limitada contra Flores de Suba Limitada. Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento.* Igual sentido: Cas. Civ. 28 noviembre 1969, CXXXII, 193; 20 marzo 1973, T. CXLVI, 60 y 28 agosto 1978 T. CLVIII, 139.

ACCION DE TUTELA / ACCION DE TUTELA - **Mecanismo transitorio.** La situación conflictiva en vista de la cual reclama quien implora la tutela, no puede ser resuelta a través del mecanismo consagrado en el art. 86 de la C.N., pues el título de

propiedad de la accionante como la consistencia del mismo y el derecho a conservar la posesión sobre el bien, puede quedar garantizados mediante la promoción de los medios de defensa judicial que le quedan al alcance. El ejercicio de la acción de tutela como instrumento transitorio no es posible que tenga lugar en forma autónoma, sino como herramienta de carácter accesorio, utilizada conjuntamente con el medio de defensa que tenga el afectado y entre tanto se decide sobre éste en forma definitiva. S-132 del 92-04-28 - confirma sentencia - María del Carmen Sánchez Meza. Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo S.* Igual sentido: sentencia 9 diciembre 1991. F.F. art. 86 C.N.

ACCION DE TUTELA. El accionante no tiene razón para impugnar el fallo de tutela proferido por el Tribunal, ni tampoco para hacer de ello causa valedera determinante de una supuesta violación de un derecho constitucional fundamental. S-133 del 92-04-29 - Confirma sentencia - José María Castro Rey. Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo S.* F.F. art. 86 C.N.

ACCION DE TUTELA. Los motivos de nulidad que plantean los solicitantes de la tutela, fueron ya debatidos en sentencia con fuerza de cosa juzgada lo que hace imposible la eficacia de este instituto. S-134 del 92-04-29 - Confirma sentencia - José M. Páez y Emma Páez. Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento.* Igual sentido: sentencia 9 diciembre 1991; 16 enero 1992, 23 enero 1992 y 3 febrero 1992. F.F. art. 86 C.N.

ACCION DE TUTELA - Competencia. En virtud de la competencia especial establecida en el art. 40 del Decreto 2591 de 1991 -en la parte que resulta aplicable- sólo son susceptibles de esta acción las sentencias o providencias judiciales que le pongan término al proceso. Si se trata de otra clase de pronunciamientos este mecanismo de defensa no se abre paso. S-135 del 92-04-30 - Confirma sentencia - Luzmila Zuleta de Mathieu. Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta.* Igual sentido: sentencia 10 diciembre y 3 febrero 1992. F.F. art. 40 Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA. Organos encargados de conocer de dicho instituto, según se esté frente a la acción u omisión de las autoridades públicas en general, o contra sentencias o providencias judiciales que le pongan fin a un proceso. A-086 del 92-04-30 - Ordena envío actuación Tribunal Villavicencio - Gamadiel Bejarano Marín. Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta.* F.F. art. 86 C.N.; Decreto 2591 de 1991, arts. 37 y 40.

ACCION DE TUTELA. Conductas frente a las cuales procede. Competencia: a prevención y en el caso de que se trata el art. 40 del Decreto 2591 de 1991. S-136 del 92-04-30 - Declara nulidad fallo - Helena Angel de Fournier y María del Pilar Fournier Angel. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.* Igual sentido: sentencias 10 diciembre 1991; 3 febrero 1992 y 11 marzo 1992. F.F. art. 86 C. Nal. y Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA - **Cosa juzgada.** ACCION DE TUTELA - **Actuaciones judiciales** / ACCION DE TUTELA - **Inaplicación** Ley. No tiene cabida frente al fenómeno de la cosa juzgada material. De modo que resulta improcedente, cuando con ella se trata de combatir sentencias o providencias judiciales que le ponen término a un proceso y han alcanzado firmeza. Inaplicabilidad del art. 11 e inc. 2 del art. 40 del Decreto 2591/91, por contrariar el espíritu que sobre el particular anima el art. 86 de la C. Nal. S-139A del 92-05-04 - Deniega tutela - Byron López Salazar. Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: sentencias 27 de abril de 1992, 9 de diciembre 1991, 16 de enero de 1992, 23 de enero de 1992, 3 de febrero de 1992. F.F. art. 86 C. Nal.; art. 11 inc. 2°, art. 40 Decreto 2591/91.

ACCION DE TUTELA - **Actuaciones judiciales.** Cuando la protección que con esta institución se invoca está orientada a combatir decisiones judiciales, es preciso que éstas consistan en sentencias o providencias judiciales que le pongan término a un proceso y no hayan alcanzado ejecutoria. S-139 del 92-05-04 - Confirma sentencia - T. Cartagena - Emiliano Martínez Palomino. Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo*. F.F. arts. 86 C.N., 40 Decreto 2591/91, 9° y 10 diciembre 91, 3 febrero de 1992.

ACCION DE TUTELA - **Improcedencia.** Este mecanismo de defensa no procede cuando se trata de combatir decisiones judiciales amparadas con el sello de la cosa juzgada material. Los artículos 11 y 40 del Decreto 2591/91 en cuanto contemplan la posibilidad de que pueda combatirse por este conducto las sentencias y demás providencias que le pongan término a un proceso, incluso estando ellas ejecutoriadas, riñen con los alcances que al respecto tiene el art. 86 de la Carta Magna, ya que este instituto no fue concebido como remedio contra los pronunciamientos judiciales definitivos o protegidos por la fuerza de la cosa juzgada. S-137 del 92-05-04 - Confirma - José Gonzalo Villegas Ocampo y otra. Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: sentencia 9 dic. 1991; 16 enero 1992, 23 feb. 1992; 3 feb. 1992. F.F. arts. 86 de la C.N. y 11, 40 del D. 2591 de 1991.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - **Vía indirecta** / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - **Técnica.** En principio el examen de las cuestiones de hecho que se debaten en el proceso ha de realizarse durante las instancias. En forma excepcional, la Corte aborda el estudio del aspecto fáctico discutido en el caso litigado, cuando en forma indirecta y por contragolpe las conclusiones probatorias de la sentencia impugnada llevan a la violación del derecho objetivo sustancial. Hipótesis en la cual, pueden llegar a quebrarse la sentencia atacada, en tratándose de error de hecho. Regla de técnica que debe atender el censor cuando impugna la sentencia por violación indirecta a consecuencia de errores de hecho. S-138 del 92-05-04 - **no casa** - T. Montería - Nancy del Carmen Ramírez González contra Sucesión de Rafael Antonio Ramírez Gómez. Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: Cas. Civ. 20 de junio de 1947, G.J. Tomo LXII, 467, reiterada entre otras en sentencia 183 del 23 de mayo de 1989, no publicada.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA - Paternidad natural - Posesión notoria. El censor, omitió citar el art. 398 del C.C. en lo que hace relación a la posesión notoria del estado civil reclamado por la actora y declarado por el Tribunal. S-138 del 92-05-04 - **no casa** - T. Montería - Nancy del Carmen Ramírez González contra Rafael Antonio Ramírez Gómez. Magistrado ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta.* F.F. art. 374-3 C.P.C.

SUPLICA / RECURSOS. Recurso principal y autónomo. Procedencia. Recursos: finalidad. Estos deben dirigirse contra la parte resolutiva o dispositiva de los autos interlocutorios o de las sentencias cuando fuere el caso y no contra su parte motiva. A-087 del 92-05-04 - Rechaza improcedencia recurso súplica - T. Santafé de Bogotá - Paulina Romero de Galindo contra Antonio Galindo Romero, recurre en súplica y personas indeterminadas. Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta.* F.F. art. 363 C.P.C.

CASACION / Cumplimiento de sentencia recurrida / CARGA PROCESAL PECUNIARIA - Copias. Como regla general la concesión del recurso no surte efecto suspensivo respecto de la sentencia impugnada. Excepciones. Carga procesal que debe atender el recurrente en orden a facilitar el cumplimiento del fallo que se pretende infirmar mediante el recurso extraordinario. Si el Tribunal omite la expedición de copias el recurrente debe solicitarlas para la ejecución del fallo y suministrar para ello lo indispensable. Opción del recurrente para solicitar y obtener la suspensión del cumplimiento de la sentencia impugnada. A-088 del 92-05-04 - Desierto e inadmisible recurso casación - T. Barranquilla - Eduardo de la Hoz Cáceres contra Yolanda de la Hoz Escorcia y otros. Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta.* F.F. 371 C.P.C.

CASACION - Jurisdicción agraria / JURISDICCION AGRARIA - Casación. Se reitera, que desde la entrada en vigencia del Decreto 2303 de 1989, no tienen recurso de casación, mas que las precisas sentencias recaídas en los asuntos agrarios a que expresamente se alude en el art. 50, entre las que no está la proferida en procesos que versen sobre resolución de contratos. A-091 del 92-05-05 - Bien denegado recurso de casación - T. Cundinamarca. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.* Igual sentido: providencia 13 de septiembre de 1991. F.F. Decreto 2303 de 1989; arts. 40 Ley 153 de 1887; 699 C.P.C.; art. 140 Decreto 2303 de 1989.

ACCION DE TUTELA - Arrendamiento. El derecho consagrado en el art. 58 de la Constitución Nacional no es de los denominados fundamentales y, por esa razón, no goza, como éstos de la protección que brinda la acción de tutela. S-141 del 92-05-05 - Confirma fallo - Augusto Eliseo Sampayo. Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.* F.F. arts. 86 de C. Nal. y 58 C. Nal.

COMPETENCIA - Conflicto / TITULO VALOR - Competencia. Factor territorial: regla general. Fundamento. Fuero concurrente: Corresponde al demandante la elección, y no al juez. A-090 del 92-05-05 - Juzgado Civil Circuito Lérida competente. J. Civ. Cto. Lérida - La Dorada (Caldas) - Juan Orjuela Serrano contra Edgar Alberto

Angarita de la Parra. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: autos 26 de noviembre de 1991, 18 de febrero de 1992 y 26 de marzo de 1992. F.F. 23-1 C.P.C.

CASACION - **Deserción / EXPEDIENTE - Reconstrucción - Deserción.** En el presente caso no se solicitó oportunamente la reconstrucción del expediente. A-089 del 92-05-05 - Desierto recurso casación - T. Medellín - Jaime de Jesús García contra Gonzalo Giraldo Ruiz. Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F. Decreto 3829 de 1985.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - **Vía directa e indirecta / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho y de derecho.** Modos como se produce el quebranto de la ley sustancial. Si bien, los dos yerros (hecho y derecho) tienen como punto común el de conducir al quebranto de la ley sustancial, existen entre uno y otro notorias diferencias. Deber del recurrente formular el cargo en forma clara y precisa, con sujeción a las características que identifican el yerro que alega. En tratándose de error de derecho, es imprescindible señalar la norma probatoria violada, explicando en qué consiste la infracción, por no ser la casación una instancia más del proceso sino un recurso extraordinario, formalista y dispositivo, mediante el no puede pretender el recurrente una revisión general de la situación de hecho planteada. S-142 del 92-05-05 - no casa - T. Santafé de Bogotá - Héctor Silva Romero contra Omar Edilberto Montaña Moreno. Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido Cas. Civ. 4 de febrero de 1966; CXV, 91. F.F. arts. 368 C.P.C.; 374-3 inc. 2 *ibidem*.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA - **Resolución contrato.** Si el Tribunal despachó favorablemente la pretensión de resolución, el recurrente forzosamente tiene que señalar como norma o normas violadas aquéllas que tuvo en cuenta al fallador de segundo grado para decidir como lo hizo, fundamentalmente el art. 1546 del C.C. porque en su defecto la acusación resulta trunca, por no comprender todas las disposiciones que estructuran la situación jurídica combatida. S-142 del 92-05-05 - no casa - T. de Santafé de Bogotá - Héctor Silva Romero contra Omar Edilberto Montaña Moreno. Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Cas. Civ. 6 de agosto 1958.

CONSONANCIA / INCONSONANCIA. Límites al poder de decisión cuando se desborda. Regulación legal sobre tal potestad. En relación con la orden de inscripción de la sentencia que reconoce la filiación extramatrimonial, el juez puede y debe actuar de oficio. S-143 del 92-05-05 - no casa - T. Antioquia - Rodrigo Antonio Tejada contra Bernardo Cortés Zuleta. Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F. arts. 304, 305 C.P.C.; arts. 15 Ley 75 de 1968; 5°, 72 y 74 D. 1260 de 1970; 13 D. 1873 de 1971; 53 D. 1260 de 1970.

VIOLACION A LA LEY SUSTANCIAL - **Error de hecho y derecho.** En tratándose de violación de normas sustantivas, por error de hecho, no es suficiente alegar éste, sino que es preciso demostrarlo. Si la sentencia se apoya, no de una sino en varias

pruebas, el error debe demostrarse respecto de cada una de ellas. El error de apreciación en la contemplación jurídica de la prueba testimonial, no es de hecho sino de derecho. Cuando tiene lugar esta clase de yerro. Autonomía del Tribunal en la apreciación de las pruebas. S-143 del 92-05-05 - **no casa** - T. Antioquia - Rodrigo Antonio Tejada contra Bernardo Cortés Zuleta. Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: Cas. 29 de agosto de 1988. F.F. art. 374-3 C.P.C.

ACCION DE TUTELA - Improcedencia / ACCION DE TUTELA - Actuaciones judiciales. No es en modo alguno un nuevo arbitrio procesal en cuya virtud puedan tener cabida cualquier clase de reclamos o quejas frente a providencias judiciales que fueron contrarias a los intereses de quienes a esa acción acuden, ni menos a un sendero apropiado para intentar tardíos replanteamientos de controversias que han de considerarse como definitivamente cerradas. Requisitos para que se abra paso la acción de tutela en tratándose de actuaciones judiciales. S-144 del 92-05-06 - Confirma fallo - T. Tunja - Luz Marina Sanabria. Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: fallo 9 de diciembre de 1991; 17 de enero 1992; 23 de enero 1992 y 3 de febrero 1992. F.F. art. 86 de C. Nal.

REVISION - Demanda. Requisitos. Anexos. A-092 del 92-05-06 - Inadmisible demanda revisión - T. Ibagué - Juan de Jesús Hoyos Lavado contra Sucesión Argemiro Uribe Arcila. Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero* (solo). F.F. arts. 382, 77 num. 5, 383 C.P.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de derecho. Cuando incurre en esta clase de yerro, el sentenciador. S-145 del 92-05-06 - **no casa** - T. Santafé de Bogotá - Otto Giorgi Sabino y otros contra Urbanizaciones y Construcciones Mazurén S.A. (antes Limitada). Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: Cas. Civ. 25 septiembre de 1973.

DOCUMENTO PUBLICO / DOCUMENTOS - Actuaciones judiciales. Valor probatorio. En tratándose de sentencias judiciales, que obran en un proceso diferente a aquél en que se profirió, ellas mismas prueban su existencia, clase de resolución, su autor y fecha pero no los hechos acreditados, a que se refiere su motivación. S-145 del 92-05-06 - **no casa** - T. Santafé de Bogotá - Otto Giorgio Sabino y otros contra Urbanizaciones y Construcciones Mazurén S.A. (antes Limitada). Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: sentencias 12 de mayo 1953, 3 de mayo de 1952. LXXII, 22; LXXII, 22; LXXV, 78; 30 junio 1955; LXXX, 490. F.F. art. 264 C.P.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Vía indirecta. Cuando se acude a la causal primera de casación para denunciar los errores de apreciación probatoria, es preciso observar la regla de técnica que exige controvertir en el mismo cargo todas las pruebas que son fundamento de la conclusión impugnada. S-145 del 92-05-06 - **no casa** - T. Santafé de Bogotá - Otto Giorgi Sabino y otros contra Urbanizaciones y Construcciones Mazurén S.A. (antes Limitada). Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: CXLII, 346.

NULIDAD ABSOLUTA - Competencia / COMPETENCIA - Nulidad - Absoluta. La nulidad absoluta la puede declarar tan sólo el juez que tenga competencia frente al acto, aunque la nulidad no sea el objeto del litigio entre las partes. A-093 del 92-05-07 - Deniega reposición - Aida del Socorro Rojas. Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero* (solo). F.F. art. 2° Ley 50 de 1936.

ACCION DE TUTELA - Improcedencia / ACCION DE TUTELA - Inaplicación Normas / ACCION DE TUTELA - Corte Suprema de Justicia - Salas. No tiene cabida frente a sentencias o providencias judiciales que le pongan término a un proceso, ya que lo impide el fenómeno de cosa juzgada material con que están revestidos estos pronunciamientos. El art. 11 y el inc. 2° del parágrafo 1° del art. 40 del Decreto 2591/91 riñen con el espíritu del art. 86 de la C. Nal. Cuando una de las distintas Salas de la Corporación desarrolla la actividad que le es propia, es la Corte misma quien actúa, y por consiguiente, las restantes Salas no están llamadas como superiores jerárquicos de aquélla, a revisar su determinación. La inexistencia al interior de la Corte del principio de la superioridad jerárquica. S-146 del 92-05-07 - Deniega tutela - Elmer Muñoz Navia. Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Sentencias 9 diciembre de 1991, 16 enero 1992, 23 enero 1992, 3 febrero 1992, 25 febrero 1992, 3 abril 1992. F.F. art. 86 C.N.; art. 11; inc. 2 parágrafo 1° art. 40 Decreto 2591/91.

ACCION DE TUTELA / ACCION DE TUTELA - Derecho de petición / ACCION DE TUTELA - Copias. Naturaleza. El derecho de petición está dentro de la protección que la acción de tutela está llamada a proporcionar. En virtud de él, se le impone al funcionario receptor de la obligación de asumir una conducta positiva, consistente en resolver con prontitud y de manera congruente acerca de la solicitud elevada, la cual no conlleva emitir pronunciamiento favorable. Con la excepción de que trata el art. 12 de la Ley 57 de 1887, el peticionario cuenta con respaldo legal para en el ejercicio del derecho constitucional de que se trata, pretender acceder a documentos públicos. Regulación legal en materia de copias. La devolución de la petición hecha por el secretario, con anotación, en manera alguna puede suplir la conducta de responder o decidir lo que de ella se reclama. S-147 del 92-05-07 - Revoca sentencia - accede derecho Cnal. Fdtal. - Juan de Dios Gómez Gil. Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina hotero*. Igual sentido: S-4 febrero de 1992. Tutela; Carlos A. Angarita. F.F. art. 86 C. Nal.; art. 17 Decreto 01 de 1984; art. 12 Ley 57 de 1887; Decreto 2282 de 1989; 7 octubre modificación 63.

ACCION DE TUTELA - Actuaciones judiciales / ACCION DE TUTELA - Excepción de inconstitucionalidad. Cuando este instrumento está orientado al restablecimiento de un derecho constitucional fundamental vulnerado por una decisión judicial, es preciso para que la tutela sea viable, que se trate de providencia que le ponga término a un proceso y esté sin ejecutoriarse. Los artículos 11 y 40 inc. 2 del parágrafo 1° del Decreto 2591/91 no puede aplicarse porque están en contraposición con los alcances del art. 86 de la carta. S-148 del 92-05-07 - Deniega tutela - Carlos Alberto Ríos Mican. Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: sentencias

9 de diciembre de 1991, 16 enero 1992, 23 enero 1992, 9 febrero 1992, 16 enero 1992. F.F. art. 86 C. Nal.; arts. 11 y 40 inc. 2 Decreto 2591/91.

ACCION DE TUTELA - **Competencia** / ACCION DE TUTELA - **Efectos.** Regla general. Regla especial: Frente a sentencias o providencias judiciales que le ponen término a un proceso, sólo puede conocer de la acción, el inmediato superior jerárquico del juez que profirió la decisión que irroga la violación sobre derechos constitucionales fundamentales del afectado. Cuando los efectos de la acción tocan con una decisión que se limita a dar cumplimiento a una providencia de aquéllas que le ponen término a un proceso, debe entenderse que el ataque va también encaminado contra la última decisión, y en tal virtud, la competencia para conocer de ella, radica en el superior jerárquico de quien la profirió. S-151 del 92-05-08 - Confirmada la sentencia - Bertha Tulia Espinel de Hernández y otros. Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento.* F.F. arts. 86 C. Nal.; 37 y 40 Decreto 2591/91.

ACCION TUTELA - **Improcedencia** / ACCION TUTELA - **Mecanismo transitorio.** La acción de que se trata no se abre paso, ya que contra la sentencia que se ataca, procedía el recurso ordinario de apelación ante la Corte, circunstancia que al tenor del inciso 3 del art. 86 de la C. Nal., hace imposible emplear aquí este instrumento, pues él es eminentemente residual, es decir, establecido únicamente para remediar o evitar violaciones o amenazas de los derechos constitucionales fundamentales, siempre y cuando no existan otros medios judiciales de defensa. Requisitos para el ejercicio de la acción de tutela como mecanismo transitorio. S-153 del 92-05-12 - Deniega tutela - María Ligia Aguirre Estrada. Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.* Igual sentido: sentencia 9 diciembre de 1991, 23 enero 1992. F.F. art. 86 C. Nal.; art. 8º Decreto 2591/91.

ACCION TUTELA - **Competencia.** El art. 40 del Decreto 2591/91 sustrajo a las providencias judiciales que terminan un proceso del control a prevención, creado por el art. 37 *ibidem*, sobre las acciones u omisiones de las autoridades públicas del Estado, para someterlas a la revisión exclusiva del superior jerárquico correspondiente del juez que la profirió. Y en razón de la organización jerárquica y funcional de la rama jurisdiccional, el superior jerárquico, debe ser de la misma especialidad. Inaplicabilidad del art. 40, en la parte que fija en la Sala o Sección que se le siga en orden, la competencia para conocer de las acciones de tutela contra decisiones de los alcances ya precisados, expedidas por una Sala o Sección de una corporación. S-154 del 92-05-12 - Niega tutela - José Joel Mora Cuartas. Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento.* Igual sentido: sentencia Sala Plena 20 febrero y 19 de marzo de 1992. F.F. arts. 86 C. Nal.; 37 y 40 Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA - **Procedencia** / ACCION DE TUTELA - **Competencia.** Conductas frente a las cuales procede la acción. Competencia: a prevención: Los jueces y Tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurrió la violación o la amenaza. El respectivo superior en tratándose de una sentencia o providencia que le ponga fin al

proceso. S-155 del 92-05-12 - Deniega tutela - Antonio Jaller Arboleda. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*. F.F. arts. 86 C. Nal.; 37 y 40 Decreto 2591/91.

ACCION DE TUTELA - **Mecanismo transitorio.** Cuando se ejercita como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, bajo el cabal entendimiento, claro está de que se dispone de otro medio ordinario u extraordinario de defensa judicial, el alcance de su prosperidad no puede ir más allá que el de obtener la suspensión temporal de los efectos del acto dañoso, mientras se obtiene la definición del derecho o se decide el recurso o el medio ordinario de protección del que dispone el afectado. Esta forma de protección tiene la particularidad de no propender por resultado distinto al de evitar los perjuicios que recibe el afectado merced a la suspensión de los efectos nocivos del acto o la omisión que los generan, pero no persigue, como sí es propio en el ejercicio de la tutela como acción directa, encarar el fundamento mismo del acto o la omisión, o la definición del derecho, para hacerlo desaparecer y establecer en su reemplazo una nueva situación legal cuyo soporte habrá de buscarse en el fallo mismo de la tutela. Debe ejercerse conjuntamente con el medio de defensa ordinario del que se dispone y ante la misma autoridad encargada de conocer de éste. S-157 del 92-05-12 - Confirma sentencia - Laboratorios Asomeco Ltda. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual fallo 9 de diciembre de 1991. F.F. arts. 86 C. Nal.; y 7º Decreto 2591 de 1991.

ACCION TUTELA / ACCION DE TUTELA - **Improcedencia** / ACCION DE TUTELA - **Mecanismo transitorio.** Dado el carácter residual con que fue consagrada, ésta no puede utilizarse para suplir las vías ordinarias de protección fijadas en la ley. De modo que si contra el acto o la omisión violatoria de derechos constitucionales fundamentales se tienen otras defensas judiciales no procede, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Cuando se dispone de medios ordinarios de defensa judicial, la tutela como mecanismo transitorio no puede incoarse autónomamente, sino lógica y necesariamente como medio de cualquiera de las demás defensas que se tengan. esto es, conjuntamente con ésta y ante el mismo funcionario para conocer de ella. Proceder de los jueces de quienes se reclama tutela como medida transitoria. S-158 del 92-05-13 - Confirma sentencia - Margarita Echavarría Cuéllar. Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: sentencias 9 de diciembre de 1991; 23 enero 1992 y 13 febrero 1992. F.F. art. 86 C. Nal.

ACCION DE TUTELA - **Naturaleza.** Es un instrumento de defensa de carácter supletorio y residual, que sólo procede "cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable". Cuando frente a un acto violador de derechos constitucionales fundamentales se tiene un mecanismo diverso de defensa judicial, la protección de tutela no puede invocarse porque ella no tiene cabida, así se haya dejado de lado finalmente esa defensa, ya que tampoco es instrumento llamado a revivir los recursos o los remedios judiciales que se tuvieron y no se ejercitaron. S-162 del 92-05-13 - Confirma sentencia

- Alvaro Chávez Puerto y otros. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.* Igual sentido: sentencia 23 enero 1992. Melania Arias. F.F. art. 86 C. Nal.

EXEQUATUR **- Demanda.** Situaciones que dan lugar al rechazo. A-094 del 92-05-13 - Rechaza demanda - T. Cto. 11. Cto. Judicial - Condado Dado - EEUU- Luis Vega Olaya y Rebeca Ramirez de Olaya. Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.* F.F. arts. 694 num. 1 a 4 y 695 num. 2 C.P.C.

ACCION DE TUTELA - Naturaleza / PROCESO EJECUTIVO - Embargo Remantes / ACCION DE TUTELA. Es un mecanismo protector de naturaleza supletoria y residual. Bajo esa consideración debe tenerse como un remedio excepcional que prestamente ponga coto a la violación o a la amenaza de violación de un derecho fundamental, pero sin ostentar el efecto pernicioso de entorpecer los cauces ordinarios que para ello se tiene. Los acreedores que hayan obtenido en un proceso civil de ejecución el embargo de remanentes o de los bienes que por cualquier causa se llegaren a desembargar en otro proceso, quedan amparados por el correctivo jurídico de que trata el inc. 2 del art. 543 del C.P.C. S-159 del 92-05-13 - Confirma sentencia. Adolfo León González y Buenaventura Rodriguez Delgado. Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.* Igual sentido: sentencia 23 de enero 1992, F.F. art. 86 C. Nal.; inc. 2 art. 543 C.P.C. con la modificación Decreto 2282 de 1989.

ACCION DE TUTELA - Actuaciones judiciales. Cuando se utiliza para combatir pronunciamientos jurisdiccionales, es preciso que éstos consistan en sentencias o providencias que tengan el alcance de ponerle término al proceso y que aún no se encuentren ejecutoriadas. Si lo que es materia de impugnación tutelar son las medidas judiciales encaminadas a dar cumplimiento al proveimiento que pone fin a un proceso, ella tampoco es posible, ya que en rigor esas medidas son la sentencia misma,. y hallar variable lo contrario, sería permitir la violación indirecta del sello de la cosa juzgada, con que están amparados esos pronunciamientos judiciales. S-160 del 92-05-13 - Confirma sentencia - Sociedad "Productos El Sol Ltda.". Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo Garcia Sarmiento.* F.F. arts. 86 C. Nal.; 40 Decreto 2591/91.

ACCION DE TUTELA - Naturaleza / ACCION DE TUTELA - Posesión. La condición de mecanismo de defensa residual, que se le asigna en el art. 86 de la C. Nal., impide que ésta pueda ejercitarse en concurrencia de otros medios de protección judicial, salvo cuando se utilice en la modalidad de mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, ya que en este caso excepcional, cabe alegarla delante de las otras defensas que se tengan pero conjuntamente con la de ellos que se seleccione y ante el mismo juez competente para conocerla. La posesión no es derecho constitucional fundamental. S-161 del 92-05-13 - Confirma sentencia - Rosalba Ortegón de Pava. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.* Igual sentido: sentencia 9 de diciembre de 1991, 23 enero 1992, 3 febrero 1992, 13 febrero 1992. F.F. art. 86 C. Nal.

ACCION DE TUTELA - Procedencia. Este mecanismo de defensa sólo está previsto para las sentencias o providencias judiciales que, pese a tener el alcance de

ponerle término a un proceso, no están aún ejecutoriadas. S-163 del 92-05-14 - Confirma sentencia. Adán Chacón Villalba. Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: sentencias 9 de diciembre de 1991, 16 enero 1992, 23 enero 1992 y 3 febrero 1992. F.F. arts. 86 C. Nal.; 40 Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA - **Actuaciones judiciales - Competencia** / ACCION DE TUTELA - **Improcedencia** / ACCION DE TUTELA - **Inaplicación ley.** Como la fijación de la competencia especial de que trata el art. 40 del Decreto 2591 de 1991 se hizo teniendo en cuenta por mira la organización jerárquica y funcional de la Rama jurisdiccional, ella supone la necesidad de entender que el inmediato superior jerárquico a que en esa norma se alude tiene que ser de la misma especialidad del juzgador que adoptó la decisión objeto de tutela. La acción es improcedente en tratándose de pronunciamientos que no tienen el alcance de sentencias o providencias judiciales que le pongan término a un proceso. Así mismo no es viable, cuando ella es intentada una vez produce la ejecutoria de los pronunciamientos a que hace referencia el art. 40 del Decreto 2591 de 1991. Los arts. 11 y 40 inc. 2 de éste, en cuanto hacen viable la tutela, frente a providencias judiciales que hacen tránsito a cosa juzgada, resultan inaplicables por contrariar el espíritu del art. 86 de la C. Nal. S-164 del 92-05-14 - Deniega tutela - Jorge William Ríos Arturo. Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: sentencias 16 enero 1992; 23 enero y 3 febrero 1992. F.F. arts. 86 C. Nal.; 37 y 40 Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA / ACCION DE TUTELA - **Competencia** / ACCION DE TUTELA - **Improcedencia. Objeto. Competencia:** La tienen los jueces o Tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurrió la violación, y el respectivo superior jerárquico en tratándose de sentencias o providencias judiciales que le pongan término a un proceso y no hayan alcanzado aún ejecutoria. No procede cuando ésta se dirige contra providencias judiciales que están en firme. El art. 11 y el inc. 2 del parágrafo 1 del art. 40 del Decreto 2591 de 1991 son inaplicables en cuanto permiten la acción de tutela contrariando el principio de la cosa juzgada que protege en cambio el art. 86 de C. Nal. S-166 del 92-05-15 - Deniega tutela - Oscar Rodrigo Hermeo Pazmiño. Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: sentencias 9 diciembre 1991; 10 diciembre 1991; 16 enero 1992; 23 enero 1992; 3 febrero 1992. F.F. art. 86 C. Nal.; arts. 37 y 40 Decreto 2591 de 1991.

REVISION - **Demanda** / DEMANDA - **Revisión.** Para admitirla, no sólo es necesario que reúna los requisitos especiales que enumera el artículo 382 de C.P.C.: sino además debe contener los indicados por el art. 75 *ibidem*, debiéndose anexar según lo requieran las circunstancias, los documentos justificativos que indica el art. 77 *ejusdem*. A-096 del 92-05-15 - Desestima recurso de reposición - Antonio Galindo Romero recurre en reposición el auto admisión demanda revisión entablada por contra Basilio Quiñones Porras. Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss* (solo). Igual sentido: CLXVI, 319; enero de 1981. F.F. arts. 372, 75 Y 77 C.P.C.

CASACION - Cumplimiento sentencia recurrida / CARGA PROCESAL PECUNIARIA - Copias. Los fallos recurridos en casación, son susceptibles de cumplimiento con las salvedades que se indican en el inciso 1° del art. 371 del C. de P.C. Carga procesal que debe cumplir el recurrente. Requisitos para que proceda la suspensión de cumplimiento de la providencia. Carga del impugnador cuando el Tribunal omite la orden de expedición de copias. El entendimiento de la facultad de que éste es titular, de estimar o no necesaria la expedición de copias tiene que comprendérsela ligada con el interés que en ese momento tenga de que el recurso interpuesto se abra paso. A-100 del 92-05-20 - Inadmisible y desierto recurso casación - T. Bucaramanga - Sala Flia. - Gustavo y Marta Yolanda Flórez Dulcey contra Matilde Mora de Flórez y otros. F.F. art. 371 C.P.C., Decreto 2282 de 1989 art. 1° ord. 186.

COMPETENCIA - Conflicto / ALIMENTOS - Competencia - Territorial. Para conocer del proceso de alimentos en favor de menores, la tiene el Juez de Familia, o en su defecto, el Juez Municipal de la residencia del menor. El cambio de residencia del incapaz, no implica variación de la competencia en virtud del principio de la *perpetuatio jurisdictionis*. A-099 del 92-05-20 - Competente J. 6° Flia. B/quilla. - J. 6° Flia. B/lla. - 1° Pco. Flia. Sta. Marta - Javier Enrique y Kelly Jhojana García contra Javier Enrique Monsalvo Ortega. Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: autos 7 de mayo, 6 diciembre 1991; 12 de junio y 14 de mayo de 1990. F.F. arts. 139 Decreto 2737 de 1989; 21 C.P.C.

ACCION DE TUTELA / ACCION DE TUTELA - Derecho de petición. Conductas frente a las cuales procede. El derecho a la información goza del amparo que la tutela está llamada a proporcionar. En el caso concreto, del derecho de petición ejercido por el ahora accionante, no se aprecia que éste hubiera perseguido la obtención de copia de documento alguno, pues se limitó exclusivamente al adquirir información sobre el asunto de su interés. El derecho de petición implica para las autoridades públicas paralelamente con el de atender la solicitud, el deber de hacerlo con prontitud. S-169 del 92-05-20 - Confirma sentencia - Enrique Maldonado Santos. Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. F.F. art. 86 C. Nal.; art. 45 C. Nal. de 1886; Decreto 01 de 1984, art. 17.

ACCION DE TUTELA / ACCION DE TUTELA - Actuaciones judiciales / ACCION DE TUTELA - Competencia - Impugnación. Conductas frente a las cuales procede la acción. Frente a actuaciones de los jueces las únicas actuaciones suyas que admiten tutelas son sus sentencias o providencias que tengan el alcance de finalizar un proceso con fuerza de cosa juzgada material, pero que al propio tiempo no haya alcanzado aún ejecutoria. En tratándose de la impugnación de esos pronunciamientos debe conocer el correspondiente superior jerárquico y funcional de quien las profirió. No tiene el carácter de una instancia adicional para la controversia de unos derechos que ya han sido definidos judicialmente. De ninguna manera este mecanismo de defensa puede utilizarse cuando se tiene por delante providencias ejecutoriadas por los jueces que le pongan término a un proceso. Tampoco es de recibo frente a las medidas que se

adopten tendientes a dar cumplimiento a sentencias o providencias judiciales que le ponen término a un proceso. S-170 del 92-05-20 - Confirma sentencia - José Antonio Avella Riveros en su propio nombre y en el de "Conautos Ltda.". Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentencia: sentencias 9 diciembre 1991; 10 diciembre 1991; 16 enero 1992; 23 enero 1992 y 3 febrero 1992. F.F. art. 86 C. Nal.

ACCION DE TUTELA - **Impedimento.** Si determinado funcionario no fue quien como juez, profirió la sentencia en el proceso objeto de la acción de tutela, él no se encuentra impedido para conocer de ésta. A-097 del 92-05-20 - Confirma auto - Mary Gaviria de Alvarez. Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F. arts. 39 Decreto 2591 de 1991 y 110 C.P.C.

ACCION DE TUTELA - **Actuaciones judiciales.** Si bien la acción de tutela comprende las sentencias o providencias que le pongan término a un proceso, su procedibilidad se diluye cuando dicho mecanismo de defensa se interpone una vez están en firme esos pronunciamientos, por razón del efecto de la cosa juzgada material que hace inmodificable lo así decidido. Inaplicabilidad de los artículos 11 e inc. 2 del parágrafo 1º del art. 40 del Decreto 2591 de 1991. S-171 del 92-05-20 - Deniega tutela - Antonio Galán Rodríguez. Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: Fallos 9 diciembre 1991, 16 enero 1992, 23 enero 1992 y 3 febrero 1992. F.F. art. 86 C. Nal.; Decreto 2591 de 1991 arts. 11 y 40.

PROCESO / CASACION - **Providencia.** Clasificación. Asuntos que se deben tramitar por la vía del proceso declarativo y por el sendero del proceso abreviado. El recurso de casación procede contra las sentencias proferidas en procesos ordinarios, sin que por tanto, exista posibilidad alguna que con ellos se confundan los otros asuntos que se despachan por la cuerda del proceso abreviado, del verbal o del especial, a menos que por la disposición emanada de la propia ley, haya una conversión al diligenciamiento propio del proceso ordinario. El proceso de entrega del tradente al adquirente desde el principio al fin es de trámite abreviado. A-098 del 92-05-20 - Bien denegado recurso casación - T. Ibagué - Gonzalo Góngora contra Gerardo Piñeros Ruiz y otra. Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo*. F.F. arts. 396, 397, 408, 427, 435, 366 num. 1º C.P.C.

ACCION DE TUTELA / ACCION DE TUTELA - **Mecanismo transitorio** / ACCION DE TUTELA - **Derecho a la salud.** El supuesto normativo para que la acción de tutela pueda darse frente a un particular por la no prestación de un servicio de salud, supone lógica y necesariamente que ese particular tenga a su cargo esa función o actividad en la modalidad de "servicio público", evento en el cual su conducta se asimila a la de autoridad pública. Cuando la prestación de un servicio de salud está a cargo de un particular con el cual se ha suscrito un contrato para tal efecto, las partes deben estarse a él para los fines de la prestación acordada. Mecanismo transitorio: la utilización de este instrumento constitucional, exige que se instaure en forma paralela y conjunta con el medio ordinario de defensa que se disponga y ante el mismo funcionario que ha de conocer de él. S-174 del 92-05-21 - Confirma sentencia - Armando Efrén Castañeda

Perilla. Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.* Igual sentido: sentencias 9 de diciembre 1991, 11 febrero 1992 y 1° febrero 1992. F.F. art. 86 C. Nal.; arts. 42 num. 2 y 8° Decreto 2591 de 1991.

CASACION - Demanda / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho y de derecho. La demanda con que se sustenta el recurso, debe ceñirse estrictamente a todas y cada una de las exigencias formales que tiene establecidas la ley, so pena de que su ineptitud impida que se le dé en traslado a la parte opositora en la impugnación. En tratándose de violación de norma sustancial como consecuencia de error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda o de su contestación o de determinada prueba es necesario que el recurrente lo demuestre; si es a consecuencia de error de derecho, se debe indicar las normas de carácter probatorio que se consideran infringidas explicando en qué consiste la infracción. A-101 del 92-05-21 - Desierto recurso casación - T. Bogotá - Alberto Paredes Revelo contra Cooperativa de Transportadores Radio Taxi Ltda. "Cootrataxi". Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.* F.F. art. 374 C.P.C.

COMPETENCIA - Conflicto / CONTRATOS - Competencia. Factor territorial: regla general. Fundamento. La competencia en tratándose de procesos a que da lugar un contrato. A-102 del 92-05-21 - Juzgado 30 Civil Cto. Bogotá competente - J. 30 C. Cto. Btá.-Pco. Cto. Soacha - "Granahorrar" contra Mario Manuel Beltrán y otra. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.* Igual sentido: autos 26 noviembre 1991, 28 febrero 1992. F.F. arts. 23-1 y 23-5 C.P.C.

CASACION - Técnica. Los cargos en estudio no disponen de prosperidad alguna, ya que no se ajustan a la técnica que informa la impugnación extraordinaria, dado que el recurso no tiene por objeto como si se tratara de una tercera instancia, revisar libremente el pleito o las cuestiones debatidas en los dos grados, provocando un nuevo análisis de las pruebas para poder deducir su poder de convicción judicial. S-175 del 92-05-22 - **no casa** - T. Bogotá - José Hernando Torres Botero contra Banco Santander. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.*

ACCION DE TUTELA - Procedencia / ACCION DE TUTELA - Mecanismo transitorio. Sólo puede utilizarse para conjurar violaciones o amenazas de derechos fundamentales en defecto de otros medios ordinarios de protección judicial. La tutela como mecanismo transitorio. Finalidad y forma de ejercerla. Por el aspecto de su conveniencia y utilidad práctica, nadie mejor que el juez que conoce un recurso o una excepción o una nulidad, sea quien brinde la protección tutelar transitoria deprecada. S-176 del 92-05-22 - Deniega tutela - Miguel Arturo Flórez. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.* Igual sentido: sentencia 9 diciembre de 1991, 23 enero 1992, 13 febrero 1992. F.F. art. 86 C. Nal.

ACCION DE TUTELA - Competencia. A prevención y en tratándose de sentencias o providencias judiciales que le pongan término a un proceso. Si la acción tiene por mira el aniquilamiento de una sentencia o providencia que finalice el proceso,

proferida por un Tribunal superior, el competente para conocer de ella es la Sala correspondiente de la Corte Suprema de Justicia. S-178 del 92-05-25 - Confirma sentencia - Luis Carlos Uribe Correa. Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*. F.F. arts. 86 C. Nal. y 40 Decreto 2591 de 1991.

CASACION - **Técnica.** Los cargos adolecen de graves defectos de técnica que impiden el estudio de fondo de los mismos. S-179 del 92-05-25 - **no casa** - T. Cali - "Comercial de Oriente Ltda." contra "Comercial Alis Ltda. y Markanda Investment y Cia. Ltda.". Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*.

COMPETENCIA - **Conflicto** / ALIMENTOS - **Competencia.** El proceso de determinación de la obligación alimentaria se encuentra terminado y sólo están pendientes actuaciones procesales derivadas de la decisión tomada que, por formar parte de la ejecución del fallo, deben seguirse surtiendo en el juzgado que conoció el asunto, sin que proceda plantear un conflicto de competencia, ya que no se trata de la presentación por parte de la interesada de una demanda de revisión de la obligación alimentaria. A-103 del 92-05-26 - Juzgado Civil Municipal Pte. Nal. competente - J. Civil Mpal. Pte. Nal. - 2 Flia. Btá. - Víctor Hugo Páez Callejas contra Rafael Armando Páez. Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. F.F. arts. 21 C.P.C.; 139 Decreto 2737 de 1989 y 8° Decreto 2272 de 1989.

REVISION - **Demanda** - **Pertenencia** / PERTENENCIA - **Demanda** - **Revisión.** Cuando el recurso recae sobre proceso ordinario de pertenencia la demanda debe dirigirse contra las personas indeterminadas con posibles derechos sobre el bien objeto de la pretensión. (Además de las determinadas si las hay). Igualmente deben acompañarse con la demanda copias para el archivo del juzgado y para cada uno de los demandados. A-107 del 92-05-26 - Deniega súplica. F.F. arts. 383-2, 407-6 y 84 C.P.C..

QUEJA - **Procedencia** / CASACION - **Deserción** - **Queja.** Regla general: procede cuando el de casación ha sido denegado. Excepcionalmente, contra autos que declaran desierto el de casación cuando la ley así lo establezca. Hipótesis en que se debe declarar desierto el recurso de casación. Caso especial de pertinencia del recurso. A-104 del 92-05-26 - Improcedente recurso de queja. - T. Manizales - Héctor, Nora y otra contra Sucesión de Rubén Godoy Guzmán. Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: auto 012 de 16 abril de 1986. F.F. arts. 377 inc. 3 C.P.C.; 370 inc. 1°, 371 inc. 5 ib.

SENTENCIA - **Aclaración.** Procede solamente cuando en la sentencia se hallen "conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutiva o que influyan en ella". No todo concepto o frase es susceptible de aclaración, "sino aquellas que den lugar a un motivo de duda". Es inaceptable, so pretexto de que se aclare la sentencia, la impugnación de los fundamentos de ésta, alegando haber cometido error al respecto. A-105 del 92-05-26 - No accede aclaración suplicada. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: auto 8

noviembre de 1956 Nos. 2171 a 2173 pág. 599 providencia 18 abril 1991; autos 11 octubre 1960 Nos. 2228 y 2229, 582. F.F. art. 309 C.P.C.

CASACION - Desistimiento. La solicitud ha sido presentada con las formalidades legales. A-106 del 92-05-26 - Acepta desistimiento del demandante - T. Bogotá - Andesia Ltda. contra Juan Manuel Arboleda Puyana y otra. F.F. arts. 344 y 345 C.P.C.

CASACION / CARGA PROCESAL PECUNIARIA - Pago porte. La parte recurrente cumplió con las cargas que le incumbían para sujetarse a la modalidad de remisión consagrada en el inciso 4° del art. 132 del C.P.C. La omisión en el cumplimiento pleno del deber secretarial, no genera en contra de la recurrente, repercusión alguna, porque su carga procesal quedó agotada en toda aquella actividad en que se requería de su directa intervención. A-109 del 92-05-27 - Admite recurso casación - T. Cali - María Isabel Franco contra José Noé Párada. Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo* Igual sentido: auto 26 junio 1991. F.F. inc. 4 art. 132 C.P.C.

DESISTIMIENTO / DESISTIMIENTO - Casación. Facultad de que trata el art. 342 del C.P.C. Como la renuncia a las pretenciones de la demanda, en este caso, y el del recurso de casación constituyen una situación de disposición del derecho, la representante legal del menor demandante para efectuarlo, ha de pedir licencia judicial en el mismo proceso. A-110 del 92-05-27 - No admite el desistimiento recurso de casación - Carmen Elvira Martínez Velasco y otro contra "Papeles Nacionales S.A.". F.F. arts. 342, 343, 343 num. 2 inc. 1 C.P.C.

ACCION DE TUTELAS - Pruebas / ACCION DE TUTELA - Mecanismo transitorio. La actividad del solicitante de la tutela se centra casi en forma exclusiva a controvertir la estimación de los medios de convicción efectuada por el Tribunal. Ese comportamiento del accionante, impide que ésta se abra paso, porque así lo determina el inciso final del parágrafo 1° del art. 40 del Decreto 2591 de 1991. La existencia de la acción de que trata el art. 660 del C. de P.C. tampoco hace posible la tutela solicitada, ya que ésta es medio de defensa de carácter residual. Requisitos para que se abra paso la acción de tutela empleada como mecanismo transitorio. S-180 del 92-05-27 - Deniega tutela - Francisco de Paula José Molina Mejía con coadyuvancia de Ciro Alonso Molina Mejía. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: sentencia 9 diciembre 1991; 16 enero 1992 y 13 febrero de 1992. F.F. arts. 86 C. Nal.; 40 Decreto 2591 de 1991 y 660 de C.P.C.

ACCION DE TUTELA - Competencia. No encuentra la corporación elemento de juicio que le indique que dispone de competencia para conocer de la aludida acción, pues de un lado no está enfilada contra providencia alguna que le ponga término a un proceso, proferida por Tribunal, y de otro, el asunto encaja perfectamente dentro de la cláusula general de competencia consagrada en el art. 31 del Decreto 2591/91. A-111 del 92-05-28 - Envío escrito Juzgado Civil Circuito Garzón H. - Juan Vargas Montealegre. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra* (solo). Igual sentido: Cas. Civ. 20

marzo 1964, CVIII, 141; sentencia 6 febrero 1992. Ponentes: Ospina Botero, Gómez Velásquez y Duque Ruiz. F.F. art. 86 C. Nal.; Decreto 2591/91 art. 31.

ACCION DE TUTELA - **Subrogación.** Si el actor de la tutela pagó por los deudores la obligación de éstos con la Caja Agraria, se subrogó en el crédito de esta entidad frente a ellos, fenómeno que le otorga y permite ejercitar acciones legales contra los mismos, a través de las cuales, puede repetir lo que pagó, reintegrando así a su patrimonio lo salido de él. S-180A del 92-05-28 - Confirma sentencia - Héctor Pinzón Ochoa, Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.* F.F. arts. 86 C. Nal.; 1666 C.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - **Vía indirecta - Error de hecho y de derecho** / VIOLACION LEY SUSTANCIAL - **Ataque todos los fundamentos.** Esta clase de yerros, tiene lugar en la apreciación de los elementos de convicción. Uno y otro presentan en su estructuración fundamentales y notorias diferencias que los hacen inconfundibles. Hipótesis en que tiene lugar cada uno de los yerros. Es falla de técnica acusar en un mismo cargo, la sentencia por error de hecho y de derecho respecto de las mismas pruebas. Deben atacarse todos los pilares en que está sustentada la sentencia. S-181 del 92-05-28 - **no casa** - T. Bogotá. Giselle Delgadillo contra Sociedad Inversiones Lancer Ltda. Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.* Igual sentido: Cas. Civ. 8 junio de 1978; Cas. Civ. de 6 de agosto 1958, LXXXVIII, 596; 24 enero 1962, XCVIII, 10; 29 enero 1966, CXV, 59 y 60. F.F. art. 368-1 C.P.C.

CASACION - **Nulidad Procesal - Indebida representación** / NULIDAD PROCESAL - **Indebida representación** / REPRESENTACION - **Persona jurídica.** Esta causal se refiere no a la capacidad para ser parte en un proceso, sino a la aptitud adicional para comparecer a juicio por sí mismo, comúnmente denominada *legitimatio ad procesum.* Las personas jurídicas deben comparecer a través de quien, por virtud de la Constitución, la ley o los estatutos, llevan la representación de la misma. S-183 del 92-05-28 - **no casa** - T. Cali - Gladys Toro Vallejo contra "Coovidrios Ltda." y otra. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.* F.F. arts. 368-5 y 140-7 C.P.C.

ACCION DE TUTELA - **Procedencia.** Sólo procede cuando el afecto no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. S-184 del 92-05-28 - Confirma sentencia - Jairo Antonio Valencia. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.* F.F. art. 86 de C. Nal.

ACCION DE TUTELA - **Actuaciones judiciales.** ACCION DE TUTELA - **Competencia.** En frente de pronunciamientos judiciales, sólo son susceptibles de acción de tutela las sentencias o providencias que pongan término a un proceso, sin que por tanto sea de recibo, cuando este mecanismo de defensa se encamina a combatir pronunciamientos judiciales de otro orden. Si la providencia fue proferida por un Tribunal de jurisdicción ordinaria conocerá el respectivo superior jerárquico. Conductas respecto de las cuales procede la acción. Carácter supletorio y residual. S-182 del 92-

05-28 - Confirma sentencia - María Stella Naranjo Giraldo. Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo Garcia Sarmiento*. Igual sentido: sentencia 3 febrero de 1992, 10 diciembre de 1991 y 23 enero de 1992. F.F. art. 86 C. Nal.; 40 Decreto 2591 de 1991.

CASACION / CASACION - Cargos operantes / CASACION - Técnica. Límites del recurso en relación con el recurrente y frente al fallador. Por la vía del numeral 1° del art. 368 del C.P.C. sólo tienen eficacia legal los cargos que atacan directamente la totalidad de los fundamentos del fallo de instancia con el objeto de desvirtuarlos o quebrantarlos, principio que conforme a lo dispuesto por los arts. 51 y 62 del Dec. 2651/91 conserva la plenitud de su vigencia. Deben refutarse en cada cargo todos los fundamentos jurídicos de trascendencia decisoria sobre los cuales la sentencia pudiera quedar en pie, pues de no hacerlo, de nada serviría el esfuerzo si a pesar de desvirtuar algunos argumentos aducidos por el Tribunal, la sentencia puede sostenerse sobre un fundamento no desvirtuado. S-185 del 92-05-29 - **no casa** - T. Bogotá - Manuel Humberto Amaya Moyano y otra contra Las Villas. Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: CII, 131; 20 noviembre de 1989. F.F. arts. 368 C.P.C.; 51, 62 Dec. 2651 de 1991.

ACCION DE TUTELA - Derecho de petición. Está específicamente reglamentado en cada uno de los códigos de las distintas especialidades, de forma que a lo regulado en ellos deben estarse las personas, cuando en el trámite de un proceso, o en las diligencias preliminares a él, formulen ante los jueces peticiones de su interés. En tratándose de solicitudes ante los jueces civiles el art. 107 reglamenta la materia. Es indiferente que la actuación esté en la secretaría o en el despacho, para que las partes puedan elevar una solicitud determinada. S-187 del 92-05-29 - Confirma sentencia - Teresa de Jesús Hoyos de Neira. Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo*. F.F. arts. 86 C. Nal. y 107 C.P.C.

VIOLACION LEY SUSTANCIAL - Error de hecho y de derecho. Cuando incurre el sentenciador en uno y otro yerro. Y si bien, estos dos yerros, el de hecho y el de derecho, tienen como punto en común el que producen idénticas consecuencias, es lo cierto que entrambos, existen muy claras y ostensibles diferencias, que les infunden entidad específica y propia y que por consiguiente impiden confundirlos. S-185 del 92-05-29 - **no casa** - T. Bogotá - Manuel Humberto Amaya Moyano y otra contra Las Villas. Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: Sentencia 20 de febrero de 1990 y 8 de junio de 1978.

ACCION DE TUTELA - Revisión / ACCION DE TUTELA - Revisión - Pronunciamiento de mérito / CORTE CONSTITUCIONAL - Acción de tutela - Revisión. Finalidad. Una y otra, son medios previstos en la Carta para afianzar la supremacía de los derechos fundamentales en el orden jurídico interno frente a conflictos concretos originados en restricciones injustificadas de esos derechos por efecto de la acción de las autoridades públicas o de particulares, así como para prevenir el desconocimiento de esa misma supremacía hacia el futuro, si llegaren a darse circunstancias semejantes. Ámbito dentro del cual actúan las normas constitucionales

definidoras del campo de la libertad personal. Característica específica que presenta la jurisdicción constitucional. Frente a una sentencia judicial pasada por autoridad de cosa juzgada material, que ha sido tachada de arbitrariedad por lesionar derechos individuales declarados fundamentales en la Constitución y sobre la cual la jurisdicción común consideró que dada aquella cualidad del acto estatal impugnado la acción de tutela prevista en la Constitución no es procedente, de encontrarse por la Corte Constitucional desacertada esta apreciación, su deber es hacerlo y determinar si hay o no lugar a descalificar por inconstitucional aquélla providencia, removiendo, de ser afirmativa la respuesta el obstáculo que ella presenta para la plena vigencia de la protección que la Carta dispensa a los derechos fundamentales. El juez de revisión de tutela respecto de fallos judiciales no puede sustraerse a la concepción de lo que el fallo es en teoría general del proceso, esto es, como providencia que al ponerle fin a una actuación resuelva de mérito la solicitud impetrada bien confirmando o bien revocando o aclarando la decisión revisada, desde luego con el correspondiente pronunciamiento sustitutivo. Una providencia que en cualquier tipo de revisión se limita contemplar la revocatoria de un fallo preexistente sin que adopte al propio tiempo una decisión de mérito sobre la tutela y en su defecto se limita a ordenar la expedición de pronunciamientos sustitutos, no se encuentra ajustada a la índole de la función en cuestión. Por ende, la orden que se emita para que el juez de la tutela, en su lugar profiera el fallo sustitutivo, además de contrariar las atribuciones de competencia antes mencionadas, desconoce el principio constitucional de que los órganos judiciales sólo están sometidos a la Constitución y la ley. A-112 del 92-06-02 - Remisión expediente Corte Constitucional - Julián Peláez Cano y Luis Felipe Arias Castaño. Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta y Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Salvamento de voto: No se comparte la parte resolutiva consistente en la devolución del expediente de tutela a la Corte Constitucional, puesto que se considera que ante lo resuelto por ésta, la decisión a tomar debió ser un pronunciamiento de mérito sobre la acción propuesta. Salvan voto: doctor Alberto Ospina Botero y doctor Eduardo García Sarmiento. F.F. arts. 86 C. Nal.; Decreto 2591/91; 241 C. Nal.; 357 del C.P.C.; 34 y 36 Decreto 2591/91; 29 y 230 de la C. Nal.

REVISION - Preclusión / PRECLUSION - Revisión. La interpretación del recurso, así lo sea en forma inepta o inidónea produce como efecto la consumación del acto procesal y por ende la preclusión del derecho a ejercerlo, el que consiguientemente no podrá repetirse por el mismo litigante con apoyo en idénticos motivos, muy a pesar de que aún no haya vencido el plazo establecido por la ley para proponerlo. A-113 del 92-06-02 - Se abstiene dar curso a la demanda. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra* (solo). Igual sentido CXLVIII. 234. F.F. art. 379 C.P.C.

ACCION DE TUTELA - Improcedencia. La decisión aquí combatida no es susceptible de tutela, porque ella se limita a resolver un incidente dentro del proceso ejecutivo que se reseñó, y acorde con la competencia especial establecida por la ley, se tiene que únicamente las sentencias o las providencias que le pongan fin a un proceso pueden ser objeto de este mecanismo de defensa. Hipótesis de terminación del proceso. S-189 del 92-06-03 - **niega tutela** - Ana Felisa Bravo Paredes Magistrado Ponente:

Doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: sentencias 10 diciembre de 1991, 3 febrero 1992. F.F. arts. 86 C. Nal.; 40 Decreto 2591/91, 340, 343, 101, 140, 133, 419 C.P.C.

LITISCONSORCIO NECESARIO / SENTENCIA INHIBITORIA - Litisconsorcio necesario. Hipótesis en que se presenta. Sólo estando presentes en el respectivo juicio la totalidad de los sujetos activos y pasivos de la relación sustancial, queda debida e integramente constituida desde el punto de vista subjetivo, la relación procesal y, por lo mismo, sólo cuando las cosas son así podrá el juez hacer el pronunciamiento de fondo demandado. En caso contrario, deberá limitarse a proferir fallo inhibitorio. S-191 del 92-06-03 - **no casa** - T. Neiva - María Antonia Lizcano de Cuéllar contra Edgar Tovar Ricardo y otro. Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: CXXXIV, 170. F.F. art. 83 C.P.C.

SUCESION - Legatario / HEREDERO - Acciones. Es sucesor *mortis causa* del testador, pero no lo representa, ni es continuador de su personalidad. De modo que cuando el finado haya hecho una asignación testamentaria a título singular, sus herederos son los llamados a ejercer las acciones que éste tendría si viviese, independientemente de que el reparto de bienes que dejó se someta a las reglas de la sucesión testada o intestada o a ambas. La simulación absoluta de un cuerpo cierto que con antelación había asignado a título singular el testador, es acción que éste, como titular de la misma que es, transmite a sus herederos, cuando ha fallecido sin ejercerla. S-191 del 92-06-03 - **no casa** - T. Neiva - María Antonia Lizcano de Cuéllar contra Edgar Tovar Ricardo y otro. Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F. art. 1155 C.C.

ACCION DE TUTELA - Actuaciones judiciales. Cuando este instituto está orientado a aniquilar decisiones de los jueces, de la acción debe ocuparse el respectivo superior jerárquico. Las decisiones que son materia de él, deben consistir en sentencias o providencias judiciales que le pongan término a un proceso y en ellas no se haya consumado el fenómeno de la cosa juzgada material. Naturaleza supletoria y residual. S-192 del 92-06-03 - **confirma sentencia** - Julio Enciso y Compañía Limitada. Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. F.F. arts. 86 C. Nal.; 40 Decreto 2591/91.

ACCION DE TUTELA - Improcedencia. La tutela que se solicita no es procedente porque no está dirigida contra sentencia o providencia judicial que le ponga término a un proceso, pronunciamientos estos que son los únicos susceptibles de esta medida. La tutela, en la modalidad de acción directa, sólo está permitida cuando el afectado no disponga de otra protección judicial. S-193 del 92-06-03 - **Deniega tutela** - Germán Daza Palacios. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: sentencias 10 diciembre 1991 y 3 febrero 1992. F.F. art. 86 C. Nal.; art. 40 Decreto 2591/91.

PROCESO - Terminación / NULIDAD - Proceso concluido / PROCESO - Nulidad. Si la finalización del proceso decretada por el *a quo* no alcanza firmeza, en razón de existir recursos contra esa decisión, no puede hablarse de que se revivió un proceso legalmente concluido. Si los intervinientes invocan el derecho de herederos y no alguno derivado del que alega la parte demandante que desiste, no se presenta el motivo de nulidad de un proceso legalmente concluido, pues que entonces aquéllos tienen un interés basado en el derecho que como principal y autónomo tienen. S-191 del 92-06-03 - no casa - T. Neiva - María Antonia Lizcano de Cuéllar contra Edgar Tovar Ricardo y otro. Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: Cas. Civ. 21 mayo de 1991. F.F. art. 140-3 C.P.C.

ACCION DE TUTELA - Competencia / ACCION DE TUTELA - Actuaciones judiciales. Cuando se dirige contra una decisión judicial, la competencia para conocer de la misma no está dada por el art. 37 del Decreto 2591/91, sino por el art. 40 *ibidem*, que la establece teniendo en cuenta el principio de la organización jerárquica y funcional de la Rama Jurisdiccional. En tratándose de providencias judiciales, sólo son susceptibles de amparo de tutela las sentencias o providencias judiciales que le pongan término a un proceso. No es de recibo cuando el afectado disponga de otros medios de defensa judicial. S-199 del 92-06-04 - Confirma sentencia - Maximiliano y Jaime Gutiérrez Devia. Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: sentencias 10 diciembre 1991, 3 febrero 1992. F.F. art. 86 C. Nal., arts. 37 y 40 Decreto 2591/91.

ACCION DE TUTELA - Corte Suprema de Justicia - Salas / ACCION DE TUTELA - Inaplicación principios y reglas procesales. Las distintas Salas Especializadas de la Corte están en un mismo plano de igualdad, de tal manera que cuando una de ellas decide algo propio de su especialidad, es la Corte misma quien actúa, y por ende, las restantes no están llamadas a revisar su determinación como si fueran superiores jerárquicos de aquélla. Por razón del incontrastable antagonismo reinante entre el sistema de competencia establecido en el art. 40 del Decreto reglamentario de la tutela y el que los artículos 234 y 228 establecen, debe inaplicarse la decisión legal, para observar en cambio las disposiciones constitucionales. Los principios y reglas que estructuran el proceso, no le son aplicables a la acción de tutela. De ahí que no corresponda hacer actuar ciertas instituciones procesales ni las consecuencias de faltar alguno de los llamados presupuestos procesales o requisitos de validez y eficacia del proceso. S-198 del 92-06-04 - Deniega tutela - Nelson Oliver Chaverra Martínez. Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero*. Igual sentido: sentencias 9 diciembre 1991, 10 diciembre 1991, 18 diciembre 1991, 16 enero 1992, 30 enero 1992. Acción de tutela Moisés Tuaty Alexander. F.F. arts, 86, 234 y 228 C. Nal.; 40 Decreto 2591/91, 29 Decreto 2591/91.

ACCION DE TUTELA - Procedencia. Está reservada sólo para sentencias o providencias que tengan la particularidad de finalizar una actuación judicial. No procede, cuando el afectado dispone de otros medios de defensa judicial. S-200 del 92-

06-04 - Confirma sentencia - Cecilia Niño de Díaz. Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: sentencia 9 de diciembre de 1991; 16 enero 1992; 23 enero 1992. F.F. arts. 86 C.N., 40 Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA - Cosa juzgada. La condena que le es inherente al fallo, es inmodificable, por cuanto en firme como está éste, en el quedó consumado el fenómeno de la cosa juzgada material, frente al cual, como lo ha dicho la Corte, la acción de tutela no tiene cabida posible. S-194 del 92-06-04 - Confirma sentencia - Oscar Villamizar Jauregui. Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: sentencias 9 diciembre 1991, 16 enero 1992, 23 enero 1992, 3 febrero 1992. F.F. art. 86 C. Nal.

CASACION / VIOLACION LEY SUSTANCIAL. - Error de hecho y de derecho. Es recurso extraordinario, no sólo porque su procedencia está limitada a las sentencias que pueden ser objeto del mismo, conforme a la ley, sino también porque únicamente puede interponerse por las precisas causales establecidas por el legislador, en la oportunidad señalada y con sujeción estricta a los requisitos de orden legal que ha de cumplir la demanda con la cual se sustenta una vez admitido. La violación de la ley sustancial, puede plantearse por la vía directa o la indirecta. Esta última ocurre por error de hecho o de derecho. Los yerros referidos no pueden confundirse en ningún caso pues son diferentes por su naturaleza y contenido. El error de hecho tiene que ser manifiesto y trascendente. Requisitos que han de reunirse para que se abra paso, la censura por error de hecho como medio de violación de norma sustancial. S-197 del 92-06-04 - **no casa** - T. Medellín - Dolores González de Pérez, como heredera de Gabriela Pérez Vda. de Buitrago contra Sigifredo Rodríguez Marulanda y otra. Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: sentencias casación civil 23 mayo 1989, sentencia 183 no publicada; CLXXX, número 2419, págs. 285 y 286. F.F. arts. 366, 368, 369 y 374 C.P.C.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA - Resolución contrato. Habiendo sido la decisión impugnada la de resolver el contrato de compraventa de derechos herenciales con fundamento ante todo en el art. 1546 del C.C., debido al incumplimiento del pago del precio por parte del comprador; resulta absolutamente imperativo para la censura enlistar el precepto citado como norma quebrantada. S-197 del 92-06-04 - **no casa** - T. Medellín - Dolores González de Pérez como heredera de Gabriela Pérez Vda. de Buitrago contra Sigifredo Rodríguez Marulanda y otra. Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F. art. 374-3 C.P.C.

ACCION DE TUTELA - Improcedencia. La acción no se abre paso, ya que la procedencia de ésta está condicionada a que los afectados no cuenten con otros medios de protección judicial, salvo que se proponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, supuesto que no es el que se ofrece pues se hizo valer como acción directa, con solicitud de suspensión provisional. S-195 del 92-06-04 - Confirma sentencia - Rafael Lino y otro Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. F.F. art. 96 C. Nal.

NORMA MATERIAL. No tienen tal carácter los artículos 10 y 27 del C.C. Tampoco, los artículos 187 del C.P.C. y 10 de la Ley 58 de 1982. A-114 del 92-06-04 - Inadmite demanda de casación - T. Santafé de Bogotá - Margarita Bustamante de Pastrana y otros contra Satena. Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.* Igual sentido: CLI, 254.

CASACION - Demanda - Requisitos. Requisitos para toda demanda de casación; y en tratándose de la causal 1ª. Cuando se adopta la vía indirecta, se deben indicar las normas de derecho sustancial que se estimen violadas cualquiera que sea la clase de error de apreciación probatoria denunciado, demostrar el yerro, cuando éste es de hecho y señalar las normas de carácter probatorio infringidas, con su pertinente explicación, cuando la violación a la norma sustancial deviene de un error de derecho. A-114 del 92-06-04 - Inadmite demanda de casación - T. Santafé de Bogotá - Margarita Bustamante de Pastrana y otros contra Satena. Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.* F.F. art. 374 C.P.C.

ACCION DE TUTELA - Competencia / ACCION DE TUTELA - Nulidad - Incompetencia. La competencia especial que el art. 40 del Decreto 2591/91 establece, para que de la acción de tutela contra sentencias o providencias judiciales que le pongan término a un proceso, conozca el superior jerárquico correspondiente, impone entender que lleva insita la orden para que dicho superior sea de la misma especialidad de aquel funcionario que la profirió. Se incurre en nulidad por incompetencia funcional, cuando un juez de superior jerarquía, pero de distinta especialidad al que la pronunció, decide una acción de tutela contra una providencia judicial culminante de un proceso. S-202 del 92-06-05 - Declara nulidad del fallo impugnado - Carlos Arturo Mariño Ramírez. Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.* F.F. art. 86 C. Nal.; art. 40 Decreto 2591 de 1991.

CASACION - Técnica. No es admisible el segundo cargo, por cuanto sustentado en la presunta inconsonancia entre la sentencia y las pretensiones, los argumentos por los cuales se le fundamenta, son característicos de la causal primera, amén de que su exposición se halla muy distante de ser en forma clara y precisa, tal como lo exige el art. 374 del C.P.C. en su numeral 3º. Autonomía de los cargos. A-115 del 92-06-05 - Admite demanda de casación parcialmente - Jorge Enrique y William Calcedo contra Claudio Enrique Herrera Perlaza. Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.* Igual sentido: CXXXVIII, 186. F.F. art. 374 C.P.C.

ACCION DE CUMPLIMIENTO. En tratándose de la acción de cumplimiento aún no ha sido reglamentada por la ley, razón por la cual no tiene establecido un derrotero sobre el cual se deba mover quien pretenda ejercitarla, ni el procedimiento con fundamento en el cual la autoridad encargada de prestar la protección debe actuar. A-116 del 92-06-08 - Rechaza acción de cumplimiento - Julián Armando Pemett Acuña. Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento.* F.F. art. 87 C. Nal.

COMPETENCIA - Conflicto / ALIMENTOS - Competencia - Territorial. En tratándose del proceso de alimentos, que en el demandante es menor de edad, la tiene el juez del domicilio de éste. Tal competencia no puede ser variada por circunstancias sobrevinientes en el curso del proceso, salvo muy contadas excepciones dentro de las cuales no se incluye el cambio de residencia del actor. La competencia cuando se pide la revisión de la cuota alimentaria. A-117 del 92-06-09 - Juzgado 1° Pco. Flia. Manizales - Competente - J. 1 Pco. Flia. Manizales - 3 Pco. F. Pereira - Eliana Mireyi Montoya contra Nicolás de Jesús Montoya Ríos. Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo*. Igual sentido: autos 5 de octubre de 1990 y 6 de abril de 1992. F.F. Decreto 2272 de 1989 art. 8° y Decreto 2737 de 1989 art. 139.

REPOSICION - Súplica / SUPLICA - Reposición. Se trata de dos medios de impugnación que no pueden yustaponerse o acumularse, dada la autonomía e independencia que a cada uno le son propias. A-118 del 92-06-09 - Rechaza improcedente recurso súplica - Sucesión de Mario Alberto Cuadros Carvajal. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: providencia 13 diciembre de 1983, CLXXII, 255; autos 15 de mayo 1985, 12 de julio 1990 y 9 octubre 1991. F.F. arts. 348 C.P.C. y 363 *ibidem*.

ACCION DE TUTELA - Inaplicación normas. Los arts. 11 y 40 del Decreto 2591/91, son inaplicables en cuanto contrariando el art. 86 de la Constitución Nacional, permiten que la tutela pueda utilizarse contra providencias ejecutoriadas que le pongan término a un proceso. S-203 del 92-06-09 - Confirma sentencia - Jorge Enrique Lancheros Delgadillo. Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: sentencias 9 de diciembre 1991, 16 enero 1992, 23 enero 1992; 3 febrero 1992. F.F. arts. 86 C. Nal.; 11 y 40 Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA - Improcedencia / ACCION DE TUTELA - División bienes comunes / DIVISORIO - Derecho de compra. El auto contra el cual esta acción de tutela, reclama, no es susceptible de ella, porque este tipo de protección está reservada ante providencias judiciales que tengan el alcance de ponerle término a un proceso, y es claro que la que aquí se combate no ocurre este requisito. Además el accionante no sólo tuvo medios de defensa judicial, sino como él mismo lo indica, los ejercitó, interponiendo los recursos de reposición y apelación resueltos en forma negativa a su aspiración. Oportunidad para ejercer el derecho de compra en la división de bienes comunes. S-205 del 92-06-10 - Confirma sentencia - Edgar Humberto Gil Rojas. Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: sentencias 10 diciembre de 1991, 13 febrero 1992. F.F. arts. 86 C. Nal.; art. 40 Decreto 2591 de 1991; 474 C.P.C. y 2336 C.C.

ACCION DE TUTELA - Improcedencia / ACCION DE TUTELA - Fin. Cuando se encamina contra el auto que fija la entrega del bien rematado, como en el fondo está de por medio el desconocimiento de una situación consolidada por el fallo, la acción no es procedente porque lo así decidido está revestido con la fuerza de la cosa juzgada material, que impide su modificación a través de este mecanismo de defensa.

Esta institución ha sido consagrada como salvaguarda de derechos constitucionales, sólo a falta de otro mecanismo de defensa judicial. S-206 del 92-06-10 - Confirma sentencia - María Luzdary González Quiceno. Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*. Igual sentido: sentencia 9 diciembre 1991, 16 enero 1992, 23 enero 1992, 3 febrero 1992. F.F. art. 86 C. Nal.

ACCION DE TUTELA - Competencia. Objeto. Competencia a prevención y en el caso especial del artículo 40 del Decreto 2591 de 1991. En este último cuando el ataque verse sobre una sentencia u otra providencia judicial que ponga fin a un proceso, de ella debe conocer el "superior jerárquico correspondiente". La superioridad jerárquica a que se alude no puede entenderse sino en el plano funcional, y por lo mismo, cuando lo que se combate mediante el ejercicio de este instituto es un pronunciamiento de un Tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativa de él debe conocer el Consejo de Estado. S-207 del 92-06-10 - Declara nulidad fallo - Liliana Guzmán Hurtado, como representante de "Bodegas Cardumen Ltda.". Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F. art. 86 C. Nal.; arts. 37 y 40 Decreto 2591 de 1991.

CASACION - Dictamen / DICTAMEN PERICIAL - Casación. Cuando la cuantía es factor que incide en la procedencia del recurso y donde además tal estimación sea dudosa, se requiere la intervención de un experto que avalúe el agravio causado al recurrente. Requisitos para que el dictamen pericial tenga fuerza vinculante para el trámite del recurso. A-119 del 92-06-10 - Bien denegado recurso de casación - T. Santafé de Bogotá - Leonor Villamizar de Londoño contra el Banco del Comercio. Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. F.F. art. 366 inc. 1° C.P.C. en concordancia con los arts. 2° y 3°; Decreto 522 de 1988; 370 C.P.C., 372 inc. 2° C.P.C.

CASACION - Nulidad procesal / NULIDAD PROCESAL - Causal 9ª art. 140 C.P.C. - Legitimación. Principio de especificidad. Causal 9ª art. 140: Sólo puede alegarse por la persona afectada, es decir, por aquél que debiendo haber sido llamado al proceso no lo fue o lo fue ilegalmente. Trátase de nulidad sanable. S-209 del 92-06-11 - **no casa** - T. Medellín - José Luis Gómez contra María Consuelo Zapata Sosa de González y otros. Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*. Igual sentido: sentencia 22 mayo de 1979 CLIX, 152; 24 abril 1986 CLXXXIV, 36. F.F. arts. 140 C.P.C., 140-9 y 143 inc. 3 *ibidem*.

ACCION DE TUTELA. La acción de que se trata, no se abre paso porque ella no es alternativa que se presenta en forma simultánea con los instrumentos comunes de amparo judicial. Requisitos para que pueda hacerse valer en concurrencia con otros medios de defensa judicial. S-211 del 92-06-11 - Deniega tutela - Bernardo Vargas León. Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento*. Igual sentido: sentencia 9 de diciembre 1991, 16 enero 1992, 13 febrero 1992. F.F. art. 86 C.N.

CASACION - Desistimiento. Se cumplen los presupuestos para atender la solicitud de desistimiento del recurso. A-120 del 92-06-11 - Acepta desistimiento

recurso casación - T. Cali - Armando León Acevedo contra Gloria Leonila Leal de García y otros. F.F. art. 344 C.P.C.

CASACION - Técnica. El recurrente mezcla los argumentos de *a quo* y los del *ad quem*, atacándolos ambos en el mismo cargo propuesto, formulación que no sólo repugna a la lógica, sino que resultan contrarias a las exigencias técnicas. S-209 del 92-06-11 - **no casa** - T. Medellín - José Luis Gómez contra María Consuelo Zapata Sosa de González y otros. Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.*

CASACION - Nulidad procesal / NULIDAD PROCESAL - Principios / NULIDAD PROCESAL - Legitimación. Principio de protección y convalidación. La nulidad de que tratan los numerales 7°, 8° y 9° del art. 140 del C.P.C., sólo puede alegarse por la persona afectada. S-212 del 92-06-12 - **no casa** - T. Bogotá - Sandra Marina Lee Zambrano y otros contra Hernán de Jesús Lee Campos y otros. Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento.* Igual sentido: sentencias LXIV, 39; 17 de marzo de 1967. F.F. arts. 368-5, 143, 152-7, 155 inc. 3° C.P.C. hoy 143.

CASACION - Nulidad procesal - Causal 4ª art. 140 C.P.C. / NULIDAD PROCESAL - Causal 4ª / NULIDAD PROCESAL - Causal 8ª. Este motivo no puede hallarse sino en los casos en que para su composición por la justicia un conflicto de intereses se somete a procedimiento distinto del indicado por la ley para él. El motivo de nulidad contemplado en el numeral 8° del art. 140 del C.P.C. es saneable y por consiguiente puede convalidarse expresa o tácitamente. S-212 del 92-06-12 - **no casa** - T. Bogotá - Sandra Marina Lee Zambrano y otros contra Hernán de Jesús Lee Campos y otros. Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento.* Igual sentido: sentencias 7 de marzo y 19 noviembre 1973, 24 enero 1974 y 9 de junio de 1983. F.F. arts. 140-4, 140-8 y 144 C.P.C.

INCONGRUENCIA / SENTENCIA - Unidad / LEY - Vigencia - Sucesión. Se incurre en incongruencia cuando el fallador omite decidir sobre las excepciones de fondo propuestas o reconoce alguna que debiendo ser alegada no lo fue, o no admite estando probadas las que debe declarar *motu propio*, aunque no hayan sido planteadas. La sentencia forma una unidad de motivación y resolución, de manera que su fuerza tiene que buscarse en su integridad. Y como en la motivación está el sustento jurídico de la decisión, no por dejar de reproducir en ésta, lo que indiscutiblemente se expuso en aquélla, puede decirse que dejó de proveerse sobre un extremo de la litis. La Ley 29 de 1982, empezó a regir el 9 de marzo de 1982. Entendimiento de la expresión "desde" que empleó el legislador en el art. 11 de la Ley 29 de 1982. S-212 del 92-06-12 - **no casa** - T. Bogotá - Sandra Marina Lee Zambrano y otros contra Hernán de Jesús Lee Campos y otros. Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento.* Igual sentido: sentencias 2 de febrero de 1988; CXCII, 18 febrero 1988, Cas. Civ. 26 agosto 1986, 26 febrero 1988, F.F. arts. 368-2, 305 C.P.C.; arts. 36 y 37 Ley 153 de 1887, Ley 29 de 1982 art. 11.

ACCION DE TUTELA - Improcedencia / ACCION DE TUTELA - Providencias judiciales. El auto en virtud del cual el juzgado ordenó la entrega del bien rematado, no es de los que le ponen término al proceso y, por tal razón, no es atacable mediante la acción de tutela reservada por la ley, sólo para las sentencias o las providencias judiciales que tengan dicho alcance. Providencias que anormalmente le ponen término al proceso. La existencia de medios de defensa, ejercitados o no, le cierran las puertas a la acción, pues ésta se consagra como instrumento de protección sólo a falta de otros recursos de este orden que pudieran hacerse valer frente a los jueces. S-213 del 92-06-12 - Confirma sentencia - Luis Eduardo Mantilla Sanmiguel. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra*. Igual sentido: sentencias 10 diciembre 1991, 3 febrero 1992, 3 junio 1992. F.F. arts. 86 C. Nal.; 40 Decreto 2591/91, 340, 342, 101, 140, 346, 537, 419 C.P.C.

ACCION DE TUTELA - Derecho de petición. No se presenta en este caso la situación de que trata el artículo 23 de la C. Nal. porque el concepto de autoridad no cabe entre partes que se colocan en un mismo plano de negociación. El derecho al trabajo no es aplicación inmediata, el cual está sujeto a la reglamentación de la ley. S-214 del 92-06-15 - Confirma sentencia - Jorge Eliécer Quintero Corredor. Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo*. F.F. arts. 86, 23 y 85 de la C. Nal.

ACCION DE TUTELA - Improcedencia - Pruebas. La tutela no está llamada a colmar el anhelo del actor, ya que se centra en el análisis y controversia de pruebas. S-217 del 92-06-17 - Deniega tutela - Benjamín Alfonso Caballero Rincón. Magistrado Ponente: Doctor *Pedro Lafont Pianetta*. F.F. arts. 86 C. Nal.; 40 parágrafo 1° inc. final Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA - Improcedencia / ACCION DE TUTELA - Debido proceso / ACCION DE TUTELA - Derecho sustancial / ACCION DE TUTELA - Inaplicación ley / ACCION DE TUTELA - Corte Suprema de Justicia. No constituye medio de defensa contra decisiones judiciales amparadas con el sello de la cosa juzgada material. El juzgamiento de que habla el art. 29 de la C. Nal., no se concreta más que en la sentencia, la cual, por consiguiente debe ser fruto de un proceso. Pero sólo de uno -adelantado, además con la plenitud de sus formas- porque la regla superior también rige de modo incuestionable el derecho a ser juzgado por única vez, por el mismo hecho. Prevalencia del derecho sustancial; por ser obvio que dicha prevalencia no puede aprehenderse durante el diligenciamiento propio del proceso -escenario este natural a plenitud de las formas procesales de que habla el art. 29 *ibidem*- ella con toda nitidez, se perfila en su fase decisoria, o sea en la sentencia. Dado que el Decreto 2591 de 1991 erige un nuevo proceso para encausar las acciones de tutelas enderezadas en contra de sentencias y de otras providencias que le pongan fin a un nuevo proceso, trasgrede los arts. 29 y 228 fundamentales. También está en contravía del art. 31 *ejusdem*, diáfano, lógico y trascendental complemento del principio sentado en el art. 29. Los artículos 11 y 40 inc. 2 parágrafo 1° del Decreto 2591, son inaplicables en virtud de lo preceptuado por el art. 4° de la Carta. La inexistencia al interior de la Corte del

principio de la superioridad jerárquica. S-218 del 92-06-19 - Niega tutela - Albeiro Guerrero Pineda. Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.* Igual sentido: providencias 9 diciembre de 1991, 20 febrero de 1992. F.F. arts. 86 C. Nal.; 29 inc., 228 *ibidem*; Decreto 2591 de 1991, 31, 234, 235-1 y 237 C. Nal.

ACCION DE TUTELA / ACCION DE TUTELA - Competencia / ACCION DE TUTELA - Posesión. Fin. Competencia: en tratándose de pronunciamiento emitido por autoridad ejecutiva, con funciones administrativas. La posesión que se persigue preservar con la acción de tutela, no está prevista como derecho fundamental y por esa razón no se ve como pueda ser objeto de protección a través de este mecanismo excepcional. S-219 del 92-06-19 - Confirma fallo - Marcos Cano. Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.* Igual sentido: sentencia 12 de marzo de 1992. F.F. arts. 86 C. Nal.; 37 Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA / ACCION DE TUTELA - Mecanismo transitorio. Si el accionante interpuso "todos los recursos ante el juez y ante el Tribunal superior sin resultado alguno", como el mismo lo indica en la solicitud, fue entonces porque no sólo contó con los medios ordinarios de defensa judicial sino porque los ejercitó, y únicamente ante el resultado adverso que obtuvo propone la tutela, haciéndole asumir a ésta el carácter de instancia adicional. Requisitos para que se abra paso la acción de tutela interpuesta como mecanismo transitorio. S-220 del 92-06-19 - Deniega tutela - Juan Daniel París Arias. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.* Igual sentido: sentencias 9 de diciembre de 1991, 16 enero de 1992, 13 febrero de 1992. F.F. art. 86 C. Nal.

CASACION - Técnica / PROPOSICION JURIDICA COMPLETA - Pertenencia. La demanda debe citar todas las normas sustanciales que tengan incidencia en la controversia, pues de no hacerlo el ataque es vano, por no conformarse, la denominada proposición jurídica completa. En procesos de pertenencia, si el Tribunal ha denegado la pretensión, el impugnador en ella tiene el ineludible deber de denunciar como quebrantados por falta de aplicación, a más de los preceptos sustanciales que en el C.C. regulan ese modo de adquirir el dominio, los artículos 2° y 5° de la Ley 120 de 1928 que son precisamente los que consagran la acción petitoria de dominio con base en la usucapión. Y en el supuesto de que al trabarse la relación procesal ya estuviere en vigencia el C. de P.C. cuyo art. 698 derogó expresamente la Ley 120 de 1928, es indispensable denunciar la infracción por falta de aplicación de las normas de aquel estatuto, mediante los cuales se conserva el derecho de hacer valer la descripción adquisitiva como pretensión, o sea el art. 413 (hoy 407) en lo pertinente. S-221 del 92-06-23 - **no casa** - T. San Gil - Arquímedes Hernández Jaimes contra Trino Miguel Hernández Oviedo y otros. Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento.* Igual sentido: Cas. Civ. 15 febrero 1974 y 14 de mayo 1987; 17 junio de 1965 Cas. Civ. CLI, 146, 27 abril 1987. F.F. arts. 374-3 C.P.C., 673 C.C. 2512 ib.; 2° y 5° Ley 120 de 1928, 698 Decreto 1400 de 1970; 413 C.P.C., 407 *ibidem.*

ACCION DE TUTELA - Cosa juzgada / ACCION DE TUTELA - Corte Suprema de Justicia - Salas / ACCION DE TUTELA - Inaplicación ley. No fue consagrada en la Carta Política como mecanismo de defensa frente a situaciones consumadas o en relación con las cuales se hubiera operado decisión judicial constitutiva del fenómeno de la cosa juzgada. Las distintas Salas de la Corporación estén en un mismo plano de igualdad al desempeñar sus funciones oficiales y por lo tanto, cuando alguna de ellas decide sobre la materia de su especialidad, es la Corte misma la que se pronuncia, y por ello las restantes no están llamadas a revisar esta determinación como si fueran superiores jerárquicos de aquélla. Inaplicabilidad de los arts. 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991. S-222 del 92-06-23 - Deniega tutela - José Jesús Gómez Urrea. Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento.* Igual sentido: fallos 9 diciembre 1991, 16 enero, 23 enero 1992, 10 diciembre 1991, 18 diciembre 1991. F.F. art. 86 C. Nal.; 116, 228, 234 C. Nal., arts. 11 y 40 Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA - Competencia. Cuando se dirige contra providencias judiciales, debe conocer el superior jerárquico correspondiente. S-223 del 92-06-23 - Confirma sentencia - Henry Santos Santos. Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento.* F.F. art. 86 C. Nal.; art. 40 Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA - Actuaciones judiciales / ACCION DE TUTELA - Improcedencia. Las únicas providencias judiciales que son susceptibles de esta acción, son las sentencias o providencias judiciales que le pongan término a un proceso. No procede cuando el afectado disponga de otro mecanismo de defensa judicial. S-225 del 92-06-24 - Confirma sentencia - Luis Carlos Berrocal. Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.* Igual sentido: sentencia 10 diciembre 1991, 3 febrero y 3 junio de 1992. F.F. art. 86 C. Nal.; arts. 6° y 40 Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA - Frente a particulares / ACCION DE TUTELA - Propiedad / ACCION DE TUTELA - Bienes de uso público. El Capítulo III del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, establece el cuadro normativo al que aquélla debe sujetarse cuando se intenta en contra de particulares. Los derechos de que tratan los artículos 58 y 63 de la Constitución Nacional, carecen de las condiciones requeridas para ser protegidas por la acción de tutela, por existir otros medios jurídicos que los amparan. S-226 del 92-06-24 - Confirma sentencia - Hipólita Hernández Guzmán. Magistrado Ponente: Doctor *Héctor Marín Naranjo.* F.F. art. 86 C. Nal.; art. 42 Decreto 2591 de 1991, arts. 58 y 63 C. Nal.

PROCESO - Interrupción / ACCION DE TUTELA - Actuaciones judiciales / ACCION DE TUTELA - Inaplicabilidad normas. Entre las causas de interrupción del proceso, consagradas en el art. 168 del C. de P.C. no se enlistan la detención o encarcelamiento del apoderado judicial de una de las partes, por lo que el trámite judicial que se adelante pese a esa circunstancia y particularmente las notificaciones de providencias judiciales, son válidas y cumplen los efectos previstos para ellas en la ley procesal. Este mecanismo no procede contra sentencias ejecutoriadas en razón al fenómeno de la cosa juzgada material. Los arts. 11 y 40 (inc. 2°) parágrafo 1° del Decreto

2591, deben inaplicarse por ser contrarios al principio de la no tutelabilidad de las providencias judiciales que le pongan término a un proceso contenido en el art. 86 del estatuto fundamental. S-227 del 92-06-24 - Confirma sentencia - Teresa Valbuena Silva. Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero.* Igual sentido: sentencias 9 diciembre de 1991, 16 enero 1992, 23 enero 1992 y 3 febrero 1992. F.F. arts. 86 C. Nal.; 40 y 11 Decreto 2591 de 1991.

REVISION - Caución. La caución prestada no es lo suficientemente clara, por cuanto no garantiza todos los conceptos de que se trata el art. 383 inc. 1 C.P.C. y no se ha otorgado en favor del beneficiario directo. A-123 del 92-06-24 - Inadmite caución. Magistrado Ponente: Doctor *Alberto Ospina Botero* (solo). F.F. art. 383 inc. 1 C.P.C.

REVISION - Demanda - Súplica / SUPLICA - Revisión. Contra el auto que rechaza la demanda de revisión, procede el recurso de súplica y no el de reposición. A-128 del 92-06-25 - Rechaza recurso reposición - Roberto Molina González y otra contra Dionisio Garzón Jiménez y otros. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra* (solo). F.F. arts. 348, 363, 351-1, 26 numeral 2, 25 C.P.C.

COMPETENCIA - Conflicto / ALIMENTOS - Competencia. El conocimiento de la demanda por la cual se persigue el reconocimiento de asistencia alimentaria de la que son acreedores menores de edad, compete al juez del domicilio que tengan quienes por esta vía piden el cumplimiento de dichas prestaciones. Legislación actual sobre la materia. El principio de la *perpetuatio jurisdictionis.* A-125 del 92-06-25 - Juzgado Promiscuo Familia Girardot competente - J. Po. Flia. Girardot - J. 12 Flia. Bogotá - Luz Myriam, Jacqueline y María Cristina Martínez Rodríguez contra Elías Martínez. Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Schloss.* Igual sentido: providencia 15 julio 1970. F.F. arts. 21 C.P.C.; 139 Decreto 2737 de 1989.

COMPETENCIA - Conflicto - Marcas / MARCAS - Competencia / PROPIEDAD - Marcas. Regulación legal de competencia. Las pretensiones planteadas, quedan tuteladas por el art. 3° parágrafo 1° del Decreto 2273 de 1989, como que se refieren primordialmente a una marca registrada con dibujo incorporado, cuyo uso exclusivo reclama el demandante como propietario. De donde si plantea como básica la posible discusión sobre el uso exclusivo de la marca con dibujo incorporado como atributo de la propiedad registrada de esa marca, síguese que este aspecto relativo ala naturaleza del asunto, es el determinante de la competencia. Los jueces especializados del circuito en lo Civil de Santafé de Bogotá no han sido designados por el órgano que corresponde. A-126 del 92-06-25 - Juzgado 10 Civil Circuito Bogotá - J. 10 C. Cto. Btá. - C. Cto. Ezpdo. Bucaramanga - Hernando Martínez Roa contra Crisóstomo León. Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento.* F.F. Decreto 2273 de 1989; Decreto 2371 de 1989, art. 1° parágrafo.

COMPETENCIA - Conflicto / CONTRATOS - Competencia. Competencia territorial: regla general. Fundamento. La competencia en tratándose de procesos a que da lugar un contrato. A-127 del 92-06-25 - Juzgado 26 Civil Circuito Bogotá competente

- J. 26 C. Cto. Btá.-Peq. Cto. Soacha - Banco Central Hipotecario contra Fabio Fandiño León y otra. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.* Igual sentido: autos 26 noviembre 1991, 28 febrero 1992 y 21 mayo de 1992. F.F. arts. 23-1 y 23-5 C.P.C.

ACCION DE TUTELA - **Improcedente.** Es improcedente la acción de que se trata, ya que el afectado puede recurrir en acción ordinaria contra el banco, para obtener el resarcimiento de sus derechos. S-230 del 92-06-26 - Confirma sentencia - Luis María Sayago Rojas. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.* F.F. art. 86 inc. 3 C. Nal.

ACCION DE TUTELA - **Improcedencia.** La solicitante pretende suplantar el medio de defensa judicial ordinario de que dispone, para conseguir por este sumarismo conducto, su reconocimiento de heredera de mejor derecho, cuestión que no es posible porque este instituto utilizado en forma de acción directa como aquí se hace, sólo puede valerse el afectado que no disponga de otras herramientas judiciales para su protección. S-231 del 92-06-26 - Deniega tutela - Teresa de Jesús Torres de López. Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Romero Sierra.* Igual sentido: sentencias 9 diciembre 1991, 16 enero 1992, 13 febrero 1992. F.F. art. 86 C. Nal. inc. 3.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

NORMAS DEMANDADAS DE INCONSTITUCIONALIDAD ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL

PRIMER SEMESTRE DE 1992

I. Normas declaradas Exequibles

1990

LEY 60 DE 1990 ARTICULO 2 NUMERAL 1:

Sentencia C-434 de junio 25 de 1992. Exp. D-026. Magistrado Ponente: Doctor *Fabio Morón Díaz*. Actor: Raimundo Mendoza Arouni.

1991

DECRETO 119 DE 1991 ARTICULO 6° (PARCIALMENTE) EN EL APARTE QUE DICE: "LA NATURALEZA DE LOS ASUNTOS QUE LE SEAN CONFIADOS":

Sentencia C-221 mayo 29 de 1992. Exp. D-006. Magistrado Ponente: Doctor *Alejandro Martínez Caballero*. Actor: José Antonio Galán Gómez.

1992

DECRETO 333 DE 1992:

Sentencia C-004 de mayo 7 de 1992. Expediente: R.E -001. Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo Cifuentes Muñoz*.

DECRETO 335 DE 1992:

Sentencia C-005 de mayo 11 de 1992. Exp. R.E.-003. Magistrado Ponente: Doctor *Jaime Sanín Greiffenstem*.

II. Normas declaradas Inexequibles

1989

DECRETO 2288 DE 1989 ARTICULO 15 EXPRESION: "DE SU LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION":

Sentencia C-435 de 25 de junio de 1992. Exps. D-008 y D-010. Magistrado Ponente: Doctor *Fabio Morón Díaz*. Actoras: Teresa Castro Vargas y Nelly Fajardo Robles.

1991

DECRETO 111 DE 1991 ARTICULO 32:

Sentencia C-417 de junio 18 de 1992. Exp. D-014. Magistrado Ponente: Doctor *Fabio Morón Díaz*. Actor: Luis Carlos Avellaneda Tarazona.

DECRETO 112 DE 1991 ARTICULOS 3°, 5°, 8°, 9°, 16, 19 Y 20:

Sentencia C-416 de 18 de junio de 1992. Exp. D-015. Magistrado Ponente: Doctor *José Gregorio Hernández Galindo*. Actor: Luis Carlos Avellaneda Tarazona.

La Imprenta Nacional de Colombia

realizó el diseño gráfico de este libro

«Gaceta Judicial - Sala Civil - Primer Semestre de 1992»

y terminó su impresión en el mes de abril de 1994.

Iustitia et Litterae