REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CLVIII

1978

PRIMERA PARTE

SALA DE CASACION CIVIL

BOGOTA, D. E. — IMPRENTA NACIONAL — 1984

CONSEJO DE ESTADO - BIBLIOTECA

DONAC. _____
CANJE _____
COMPRA Fondo.
VALOR $ _____ No _____
FECHA INGRESO 26 JUN. 1990

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

SALA PLENA

Doctores **LUIS SARMIENTO BUITRAGO, Presidente.**
JOSE EDUARDO GNECCO C., Vicepresidente.
Horacio Gaitán Tovar, Secretario, hasta 31 de marzo de 1978.
Carlos Guillermo Rojas Vargas, desde abril 7 de 1978.

SALA CIVIL

Doctores **ALBERTO OSPINA BOTERO, Presidente.**
Horacio Gaitán Tovar, Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores **Aurelio Camacho Rueda, hasta marzo 2 de 1978.**
Héctor Gómez Uribe, desde marzo 3 de 1978.
José María Esguerra Samper.
Germán Giraldo Zuluaga.
Humberto Murcia Ballén.
Alberto Ospina Botero.
Ricardo Uribe Holguín.

SALA PENAL

Doctores **JESUS BERNAL PINZON, Presidente.**
Evencio Posada, Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores **Jesús Bernal Pinzón.**
Fabio Calderón Botero.
Gustavo Gómez Velásquez.
Alvaro Luna Gómez.
Luis Enrique Romero Soto.
Julio Salgado Vásquez, hasta marzo 7 de 1978.
Pedro Elías Serrano Abadía.
José María Velasco Guerrero.
Dante Fiorillo Porras, desde marzo 8 de 1978.

SALA LABORAL

Doctores **JUAN HERNANDEZ SAENZ, Presidente.**
Vicente Mejía Osorio, Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores **Jerónimo Argáez Castello.**
Alejandro Córdoba Medina, hasta enero 30 de 1978.
Fernando Uribe Restrepo, desde marzo 13 de 1978.
José Eduardo Gnecco C.
Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.
Juan Hernández Sáenz.
Hernando Rojas Otálora.

SALA CONSTITUCIONAL

Doctores **GUILLERMO GONZALEZ CHARRY, Presidente.**
Luis F. Serrano, Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores **Miguel Lleras Pizarro.**
Luis Carlos Sáchica.
Luis Sarmiento Buitrago.
Gonzalo Vargas Rubiano.

RELATORES: Doctores **Héctor Roa Gómez, Sala Civil, hasta marzo 31 de 1978.**
Luis Hernando Guevara P., Sala Civil, desde abril de 1978.
Manuel Antonio Vanegas Mendoza, Sala Laboral.
Hernán Prieto Rincón, Sala Penal.
Hernán Alberto González, Sala Constitucional.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATORES SALA CIVIL — DOCTOR HECTOR ROA GOMEZ, hasta marzo 31/78
DOCTOR LUIS H. GUEVARA P., desde abril/78

RELATOR SALA LABORAL — DOCTOR MANUEL A. VANEGAS MENDOZA
RELATOR SALA PENAL — DOCTOR HERNAN PRIETO RINCON
RELATOR SALA CONSTITUCIONAL — DOCTOR HERNAN ALBERTO GONZALEZ

TOMO CLVIII — Bogotá - Colombia — Enero a Diciembre de 1978 — Número 2399

RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTADOR

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., febrero 14 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Aurelio Camacho Rueda.*

Procede la Corte a decidir los recursos de casación interpuestos por ambas partes contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 18 de enero de 1977, en este proceso ordinario promovido por Aseguradora Colseguros S. A., contra Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada, sociedades debidamente constituidas y con domicilios en Bogotá y Medellín, respectivamente, como lo demuestran los certificados al efecto expedidos por la Superintendencia Bancaria y por la Cámara de Comercio correspondiente, en su orden.

I
El litigio

1. En escrito admitido por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín el 19 de febrero de 1975, la primera de las compañías mencionadas solicitó que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía y con audiencia de la segunda, se condenase a ésta, como responsable, a pagarle la cantidad de $ 119.787.00, más el 25% de esa suma, por la pérdida de la mercancía que se obligó a transportar desde Barranquilla a Medellín, y que no llegó a su destino; además, los intereses y las costas del proceso.

2. Como hechos constitutivos de la *causa petendi* señaló los siguientes, que se compendian:

a) El 23 de diciembre de 1973 llegó a la ciudad de Barranquilla una mercancía importada del Japón por J. Bernardo Henao Roldán, que fue recibida por la compañía Transportadora S. A. y que fue despachada a los depósitos del importador en Medellín por conducto de la empresa transportadora denominada Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada;

b) Parte de dicha mercancía no llegó a su destino, habiendo sido enviada en vehículo de propiedad de persona distinta a la transportadora, razón por la cual aun cuando ésta tomó algunas precauciones para identificar al conductor, no logró evitar el siniestro, y

c) Como el cargamento estaba asegurado, la demandante pagó a J. Bernardo Henao Roldán la cantidad de $ 119.787.00 en que se determinó su valor, habiéndole cedido éste sus derechos, que no ha podido hacer efectivos por la vía del reclamo extrajudicial, por cuanto alega que la pérdida debióse a sucesos imprevistos que la exoneran de responsabilidad.

3. Notificada la sociedad demandada del auto admisorio de la demanda, le dio oportuna contestación en escrito en que acepta unos pocos hechos, exige comprobación de los más y niega enfáticamente los otros. Además, propuso la excepción que denominó de "inexistencia de la obligación o genérica por el acaecimiento de hechos que pueden enervar la acción y las derivadas de los artículos 992 y 1036 del Código de Comercio".

Adelantado el proceso debidamente, el juez de primera instancia le puso término con su sentencia del 2 de octubre de 1975, en la cual dispuso:

"1º Se declaran no probadas las excepciones propuestas.

"2º Se declara que la empresa Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada es responsable por el incumplimiento del contrato de transporte celebrado con J. Bernardo y/o Pedro Luis Henao Roldán el día 6 de febrero de 1974, contrato incumplido por falta de entrega de la mercancía, cuya movilización fue encomendada al transportador.

"3º Se condena a Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada, con domicilio principal en esta ciudad y representada por el señor Eduardo Botero Soto, a pagar al demandante, Aseguradora Colseguros S. A., subrogataria y cesionaria en los derechos de J. Bernardo y/o Pedro Luis Henao Roldán en los derechos controvertidos en este proceso, la suma de ciento diecinueve mil setecientos ochenta y siete pesos ($ 119.787.00) moneda legal, valor de la indemnización pagada por el asegurador a los destinatarios de la mercancía.

"4º Igualmente, se condena a Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada a pagar a favor de Aseguradora Colseguros S. A. el veinticinco por ciento (25%) de la suma enunciada en el numeral anterior, por concepto de lucro cesante.

"5º Costas del proceso a cargo del demandado".

Esta providencia fue apelada por la parte perdidosa, habiendo desatado la segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en sentencia del 18 de enero de 1977, en la siguiente forma:

"1º Se confirman los numerales 1º, 2º y 5º de la sentencia recurrida.

"2º Se reforma el numeral 3º en el sentido de que la sociedad demandada pagará los perjuicios por la cuantía que resulte en incidente posterior a la sentencia.

"3º Se reforma igualmente el numeral 4º en el sentido de que el 25% adicional allí previsto, y que pagará el demandado, será el que resulte de tomar como base el verdadero precio de costo de la mercancía extraviada, según se acredite en el dicho incidente.

"4º No se condena en costas en esta instancia".

Ambas partes recurrieron en casación contra la anterior providencia, recursos estos que la Corte entra a fallar por estar legalmente tramitados.

II
La sentencia impugnada

4. Después de relacionar el proceso, inicia el sentenciador su trabajo con el análisis del contrato de transporte, a la luz del artículo 981 del Código de Comercio, calificándolo de consensual y encontrándolo demostrado con las afirmaciones hechas en la demanda sobre el particular, con las contenidas en la contestación a la misma y con declaraciones rendidas dentro del proceso por las dos partes contratantes.

Por medio de tal contrato —continúa el Tribunal— el transportador se obliga a conducir el cargamento que se le encomiende y a entregarlo al destinatario. Estas obligaciones no fueron cumplidas por Botero Soto, siendo entonces responsable por la pérdida, a menos de probar fuerza mayor, vicio propio de la cosa transportada o culpa del remitente o del destinatario, según los términos del artículo 992 de la obra atrás citada.

Amplía el análisis de este precepto y dice que el nuevo Código de Comercio se orienta por la teoría según la cual la fuerza mayor exonerativa debe tener origen extraño, "pues luego permite las cláusulas limitativas de la responsabilidad, pero sólo cuando se refiere 'a la simple mora o retardo por riesgo del transporte', el cual define como 'aquellos sucesos fortuitos, previsibles pero irresistibles de esa actividad y que no provengan de culpa anterior del transportador'.

"Es decir —continúa afirmando—, que en esta especie de actividad se responde de 'sucesos fortuitos, previsibles pero irresistibles', y por tanto exonera únicamente la causa extraña, que es la única imprevisible, dado que lo ocurrible dentro de la actividad es un riesgo normal a que está sometido quien se beneficia de ella.

"Entonces, el Código de Comercio indiscutiblemente sí desplazó más responsabilidad contra el deudor que el civil en sus artículos 1604 y 2072, puesto que estas normas oyen la disculpa del caso

fortuito, mas no la primera codificación, que se atiene únicamente a la fuerza mayor, prohibiendo las cláusulas modificativas que no tengan por contenido 'la simple mora o retardo por riesgo del transporte'. Y Exner había formulado su teoría 'según la cual los casos fortuitos deberían estar a cargo del transportador, liberándose este último sólo en caso de haber fuerza mayor'.

"Verdad es que el parágrafo final del artículo 992 vino a oscurecer un poco el contenido nítido plasmado en la primera parte de esa norma, pues dice: 'El caso fortuito que reúna las condiciones de fuerza mayor se regirá por las reglas de ésta'. De todas maneras, el acontecimiento idóneo para eximir de responsabilidad ha de tener la doble característica de *imprevisible* e irresistible, puesto que si es previsible, aunque irresistible, admite cláusulas *limitativas,* pero no *exoneratívas,* como lo dice el tercer párrafo del artículo comentado (las subrayas son del texto).

"La disposición referida es muy razonable, por ser la industria del transporte una actividad peligrosa y porque no les es dado a los usuarios elegir entre utilizar o no el servicio, sino que forzosamente han de utilizarlo en las condiciones ofrecidas por el transportador y con el auxilio de los conductores que determine aquél.

"En las convenciones como la que ha motivado esta lid va de tal modo interesado el orden público económico, que el Estado las interviene más cada día, consagrando pautas inmodificables en su celebración. Así, el Decreto 1393 de 6 de agosto de 1970, que es el 'Estatuto Nacional del Transporte Automotor', en su artículo 8º dispone que el servicio público únicamente será prestado 'por empresas legalmente constituidas y debidamente autorizadas', las cuales deben ser propietarias de todos los vehículos conforme al artículo 9º, pues cuando deban utilizar carruajes de otras empresas, deberán previamente celebrar los contratos de vinculación, cuya duración mínima será de un año (artículo 11), y sólo para cumplir deficiencias ocasionales podrán contratarse los servicios de otras empresas (artículo 13), pero en este caso el acuerdo deberá someterse a la aprobación del Instituto Nacional del Transporte, que expedirá una tarjeta especial de operación (artículo 14).

"Arguye la opositora que 'la empresa demandada por instrucciones del propietario del cargamento celebró el contrato de transporte, para lo cual dio cumplimiento al Decreto-ley número 1393 de agosto 6 de 1970 ...', y que 'procedió a la identificación del conductor exigiéndole los documentos ... al igual que la matrícula y tarjeta de operación del vehículo y carta de autorización para cargar por cualquier empresa legítimamente legalizada ... Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada empleó todos los medios y cuidados necesarios, humanamente disponibles y tendientes a la ejecución adecuada y normal ... (Cuaderno Principal, folio 22 vuelto).

"En el folio 19 del cuarto cuaderno se ve la planilla Serie P8 número 0579716 donde aparece que el vehículo utilizado por Botero Soto no era de su propiedad, pues era pertenencia de Mercedes Zuluaga de Gómez, y estaba afiliado a 'Transportes Oriente'. Violó, pues, el transportador, las previsiones del Decreto 1393 de 1970 en sus artículos 9, 11, 13 y 14 ya comentados, hecho que lo sitúa en el terreno de la culpa demostrada, como lo deja previsto el comentado artículo 992 del Código Mercantil en su penúltimo apartado".

5. Pasa luego el fallador al estudio de las excepciones propuestas por la demandada, que según él fundamenta en hechos cuya ocurrencia se ignora, pues dice, para sustentarlas, que "... consideramos que nos encontramos amparados además en este principio, por cuanto al obligar a la empresa demandada a demostrar que el vehículo, cargamento y conductor se encuentran, a título de ejemplo, bajo las aguas del río Cauca, en cualquiera de los trayectos que bordea la carretera utilizable hasta la desembocadura de dicho río, es una imposibilidad absoluta. Como imposible es esclarecer las causas mecánicas propulsoras del insuceso. A título de ejemplo igualmente, y con características de fuerza mayor, sería probar el asesinato del conductor por parte de piratas terrestres, para apoderarse del cargamento destruyendo el vehículo y expendiéndolo por partes, aspecto probatorio éste que reviste la misma imposibilidad. ¿Acaso no está en la misma imposibilidad la parte demandante para demostrar que estos hechos no ocurrieron?"

Estos razonamientos de la parte demandada los comenta y refuta el Tribunal así:

"Según lo expuesto, la parte recurrente ha dejado sin demostrar no solamente hechos constitutivos de fuerza mayor, sino que también se declara incapaz de demostrar la ocurrencia de un caso fortuito, si bien considera que el no poderlo demostrar, eso mismo es fuerza mayor o caso fortuito. Entonces, pretende confundir el hecho con la imposibilidad que se tenga de su prueba, para atribuir a uno y otro fenómenos las mismas consecuencias eximentes de responsabilidad. Pero ni aún el artículo 1604 del Código Civil, con ser

más benigno que las normas comerciales, da margen a la tesis planteada, pues conforme al penúltimo inciso, incumbe 'la prueba del caso fortuito al que lo alega'. Por ende, si se está en imposibilidad para demostrarlo, debe responder al deudor".

6. En cuanto al problema de la cesión de los derechos efectuada a la sociedad demandante por Bernardo Henao Roldán, propietario de la mercancía perdida y acreedor a la indemnización por parte de la compañía transportadora, explica el Tribunal que, en su concepto, no se trata de la subrogación establecida en el artículo 1096 del Código de Comercio, que opera legalmente a favor del asegurador que paga el siniestro, caso en el cual sí sería necesario demostrar la existencia del contrato de seguro con la póliza correspondiente, como lo insinúa la demandada, lo que no sucede en casos como el del pleito, en que se trata de una cesión de crédito, como se alegó en la misma demanda incoativa. Avanzando en este análisis, transcribe el *ad quem* doctrina de esta Corporación, según la cual "la cesión de un crédito conlleva dos etapas definidas: la que fija las relaciones entre el cedente y el cesionario, y la que las determina entre el cesionario y el deudor cedido. Por lo que toca a la primera, su realización debe acordarse a lo preceptuado en el artículo 33 de la Ley 57 de 1887. Respecto a la segunda, ella surge mediante la aceptación o notificación de la cesión".

Aplicando lo transcrito al caso *sub lite*, dice el sentenciador que el documento traído al expediente demuestra las relaciones entre el cedente y la cesionaria; y que la notificación a la demandada del auto admisorio de la demanda, con la entrega que se le hizo de los documentos acompañados a ella, entre los cuales se contaba el de cesión, sirve también para la notificación que de ésta debe hacérsele al deudor, "ya que el conocimiento de la transferencia que debe llegar al deudor no es para que la objete, sino únicamente para que pueda conocer quién es el actual titular del crédito y a quién debe pagar. Todo ello se cumple con el traslado de la demanda, si se acompaña del documento donde se contiene el crédito, como en el presente caso".

7. Se refiere seguidamente el Tribunal a la observación de la parte demandada sobre el reconocimiento adicional, por concepto de lucro cesante, del 25% de la suma pagada por la demandante al cedente del crédito, que no considera ajustada a derecho a pesar de los términos del artículo 1031 del Código de Comercio, anotando que esa petición de la demanda, "vino muy bien fundada, en primer término, porque no se apoya en la subrogación a que se refiere el canon 1096, donde se limita lo transmitido hasta concurrencia de lo pagado, sino en la cesión donde se puede reclamar todo aquello a que tenía derecho el cedente contra el tercero. En segundo lugar, porque la mercadería indiscutiblemente iba destinada a la venta".

Y, por último, en cuanto a la observación insistentemente hecha por la sociedad demandada, acerca de que no se encuentra demostrada en el expediente la naturaleza del cargamento, ni su cantidad, ni su valor, dice el sentenciador que habiéndose celebrado el contrato de transporte verbalmente, se carece del documento en que pudiera haberse identificado el objeto del mismo, lo que tampoco puede deducirse de la planilla de transporte, ni de la inspección judicial practicada en primera instancia, ni del dictamen de los peritos que en ella intervinieron. Entonces, para el *ad quem* no es procedente la condena en concreto que hizo el juzgado de primera instancia, por cuanto no está demostrada, la cuantía de ella, según lo visto, debiéndose hacerla en forma genérica.

III

Las demandas de casación y consideraciones de la Corte

8. *Recurso de la recurrente demandante.* Un solo cargo le formula a la sentencia acabada de resumir, enmarcado en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, consistente en que en ella se violaron indirectamente los artículos 1031-1 y 1096 del Código de Comercio y 1668-5 del Civil, "por error manifiesto derivado de la falta de apreciación de algunas pruebas".

Según la censura, éstas fueron las siguientes:

a) El documento de cesión del crédito;

b) La carta que la demandada dirigió a Pedro Luis Henao Roldán el 21 de febrero de 1974;

c) La planilla de carga, y

d) El manifiesto de aduanas correspondiente a la importación de la mercancía, parte de la cual se remitió a Medellín por conducto de la compañía demandada, a que hace referencia este proceso.

En los documentos a) y d) se menciona el valor total de la mercancía importada, pudiéndose determinar el costo de la pérdida —dice el recurrente— dividiendo ese valor por el número de "Atados" y multiplicando el resultado por los

cuatro que no llegaron a su destino final; y en los otros, se hace referencia a la mercancía transportada por la demandada, que hace presumir que fuera parte de la traída al país con procedencia del Japón y para el importador Henao Roldán. Esta presunción —agrega— está corroborada por "las otras pruebas que obran en el proceso", que el censor no señala.

El cargo termina de la siguiente manera:

"Al sostener el Tribunal Superior de Medellín, mediante la providencia objeto del presente recurso, que no se había especificado cuál era la mercancía perdida y cuál su cuantía, viola de manera indirecta el artículo 1031 ordinal 1º del Código de Comercio en cuanto dicha norma en relación con la indemnización a cargo del transportador establece: '1º Cuando se trate de cosas destinadas a la venta, el transportador pagará el precio de costo de la mercancía puesta en el lugar y fecha previstos para la entrega, más un veinticinco por ciento de dicho precio por lucro cesante ...'. No era difícil para el fallador determinar cuál era la mercancía y cuál su costo 'puesta en el lugar y fecha previstos para la entrega' y así lo ha debido consignar en la sentencia de segunda instancia por lo que, al fallar en abstracto viola indirectamente la mencionada norma.

"Viola también los artículos 1096 del Código de Comercio y 1658 ordinal 5º del Código Civil Colombiano, ordenamientos jurídicos que establecen la subrogación legal a que tiene derecho el asegurador que pague una indemnización, en los derechos del asegurado contra los responsables del daño, subrogación que por ser de carácter legal se efectúa aún contra la voluntad del acreedor y la que en este caso fue tácitamente aceptada por el deudor, en este proceso demandado. La sentencia recurrida hace casi imposible el ejercicio del derecho consagrado a favor de la demandante en los artículos mencionados, pues una condena en abstracto carece del contenido económico que se deriva de los derechos que mediante ella se declaran, por lo cual puede decirse que sus resultados son ilusorios, violando en esta forma las disposiciones mencionadas".

Se considera

9. a) Dispone el artículo 374-3 del Código de Procedimiento Civil que "la demanda de casación deberá contener: ... la formulación por separado de los cargos contra la sentencia recurrida, expresando ... el concepto de la violación, si se trata de la causal primera". Tres son estos conceptos, según lo preceptuado por el artículo 368-1 ibídem, a saber: falta de aplicación, aplicación indebida e interpretación errónea, siendo de advertir que en el caso en estudio operarían solamente los dos primeros, por haberse formulado la censura por la vía indirecta. Ahora bien: el casacionista omite no indica en su demanda el concepto de la violación de norma sustancial; este solo defecto de técnica habría podido conducir a la Corporación a declarar desierto el recurso, como lo prevé el texto 373-4 de la obra que se viene citando; pero como ésta también lo tiene dicho con insistencia, "el auto que tal dispuso (la admisión del recurso) es un proveído preparatorio, cuya ejecutoria formal no liga a la Corte, quien, por lo tanto, si en el momento de decidir en definitiva encuentra que el recurso no reúne los requisitos indispensables, pueden apartarse de aquella providencia preliminar y dictar sentencia, desechando la casación por no ser procedente" (XCVII, 120);

b) Aunque lo anterior es suficiente para declarar la improsperidad del cargo, proceden los siguientes comentarios adicionales a los argumentos del censor:

No se configura el error de hecho que el impugnador le achaca al Tribunal, ya que éste vio todas las pruebas que se dicen por él no apreciadas, sin que en su análisis hubiera incurrido en suposición o preterición de ellas. Se percató, en efecto, de que en la demanda incoactiva y en el documento que recoge la cesión del crédito, aparece que la mercancía perdida tenía un peso de 11.770 kilos, cuando en la planilla de transporte se mencionan solamente 10.070; y no se puede deducir el costo de ella únicamente tomando en consideración su valor total y el número de atados, desechando el peso; pues no estando demostrado que éste no fuera el mismo para cada fracción, hay que suponerlo así y, entonces, el resultado sería diferente. Una simple operación aritmética, arrojaría una diferencia cercana a los US$ 500.00. Por lo demás, la labor de determinar esos valores corresponde a la parte interesada y no al Tribunal, quien tiene que proceder de acuerdo con lo probado en el expediente;

c) Por último, no se explica la Corte la afirmación del recurrente en el sentido de que una condena *in genere* determina resultados ilusorios en un proceso, si precisamente la ley la estableció para cuando las partes no determinaran la cifra exacta de la pretensión solicitada. El trámite consagrado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil asegura, precisamente, resultados ciertos.

Por todas las consideraciones anteriores, el cargo resulta impróspero.

10. *Demanda de la recurrente demandada.* También formula ésta un solo cargo, comprendido dentro de la misma causal primera, redactado así:

"Se impugna la sentencia objeto del recurso extraordinario porque infringe indirectamente, por falta de aplicación, los artículos 831, 878, 897, 898, 1037, 1056, 1077 y 1079 del Código de Comercio, y 1729 del Código Civil y el artículo 61 del Decreto 1393 de 1970. Y por indebida aplicación los artículos 981, 984, 992, 1031, 1045, 1083, 1085, 1088, 1089 y 1096 del Código de Comercio, 1º de la Ley 95 de 1890, 740, 741, 747, 752, 761, 765, 768, 1505, 1604, 1613, 1614, 1627, 1634, 1656, 1668, 1670, 1733, 1761, 1765, 1960 y 1962 del Código Civil, artículo 33 de la Ley 57 de 1887. Como infracción medio los artículos 6º, 177, 187, 232, 254, 258, 279 del Código de Procedimiento Civil, 28 (5), 30, 822, 824, 836, 1036, 1046, 1047, 1262 del Código de Comercio, y 1757 del Código Civil. Violación indirecta que se produjo como consecuencia de errores de hecho evidentes en que incurrió el Tribunal originados en la falta de apreciación de unas pruebas y la indebida apreciación de otras. Así mismo, por errores de derecho en que igualmente incurrió el fallador de segundo grado en la valoración de algunas pruebas".

Puntualiza en seguida el censor los errores que le achaca a la sentencia, de la siguiente manera:

a) *Errores de hecho:*

i) Tener J. Bernardo Henao Roldán como propietario de la mercancía transportada y perdida, cuando el manifiesto de aduana número 1107656 señala como tal a Pedro Luis de los mismos apellidos, como igual sucede con la cuenta de cobro número 160697, del 24 de febrero de 1974, que "discrimina los gastos de nacionalización".

ii) Dar por demostrado el contrato de seguro de transporte celebrado entre la compañía demandante y J. Bernardo Henao Roldán, "no obstante que no se aportó la prueba solemne que exige la ley" sino otra distinta aceptando erradamente que el pago del siniestro se hizo a persona que podía recibirlo "en nombre propio o como representante del propietario de la mercancía" y que, por tanto, podía ceder sus derechos al asegurador que, como consecuencia, no los había adquirido.

iii) Haber tenido los 10.070 o los 11.770 kilos de carga recibidos por la demandada como parte de los importados por Pedro Luis Henao Roldán, del Japón, sin prueba suficiente.

iv) No aceptar como demostrados la fuerza mayor o el caso fortuito, afirmando en respaldo de su conclusión que la demandada "incurrió en culpa anterior cuando contrató con el señor Octavio Carvajal el transporte de las mercancías".

b) *Errores de derecho:*

i) "Dar por demostrado el contrato de seguro con prueba distinta a la póliza".

ii) "Reconocer que la cesión de derechos se hizo en la forma prevista en la ley".

iii) "Dar por demostrado que J. Bernardo Henao Roldán era representante de Pedro Luis de los mismos apellidos".

c) *Pruebas no apreciadas:*

i) El reclamo hecho por J. Bernardo Henao Roldán a la compañía demandada, referente a la pérdida de los 11.770 kilos de carga que le fueron entregados para su transporte de Barranquilla a Medellín.

ii) La liquidación del valor del siniestro y la cesión por el nombrado Bernardo de los derechos indemnizatorios por el incumplimiento del contrato a la compañía demandante.

iii) Las declaraciones de los Henao Roldán, que hablan de la representación de Pedro Luis por J. Bernardo.

iv) La planilla de carga número 0579716, en la que consta que el cargamento iba remesado a "Almagran", que el peso de la mercancía era el de 10.070 kilos y que el conductor "presentó carta de la empresa, es decir, de 'Transoriente' que lo autorizaba, como afiliado, a contratar el transporte del cargamento".

11. La demostración del cargo la divide el censor en varios capítulos, razonando de esta manera:

a) *La propiedad de la mercancía.* Dice que el Tribunal erró al tener a J. Bernardo Henao Roldán como propietario de la mercancía transportada por la sociedad demandada, ya que en el manifiesto de aduana atrás citado y en la cuenta referente a la nacionalización de la mercancía figura Pedro Luis como tal;

b) *El seguro de la mercancía.* El Tribunal —expresa— da por demostrado el contrato de seguro de transporte celebrado entre la demandante y J. Bernardo Henao Roldán con la simple hoja de liquidación del siniestro y con la cuenta de cobro en la que consta la cesión de derechos a favor de aquélla, cuando de acuerdo con el Código de Comercio tal contrato no puede de-

mostrarse, como solemne que es, sino con la póliza correspondiente;

c) *La identidad de la mercancía.* Según el manifiesto de aduana —dice— y la cuenta por los gastos de nacionalización de la mercancía importada del Japón, que fue consignada a Compañía Transportadora S. A., el peso de ella fue de 124.890 kilos "de chapas de hierro o acero"; esta última empresa, como se desprende de la planilla única de carga y de la comunicación de la demandada a Pedro Luis Henao Roldán, "confió a esta sociedad (Botero Soto) para su transporte" a Medellín 4 atados de los 45 importados, destinados a "Almagran". Al sostener el fallador que los atados transportados por la compañía demandada hacían parte de los importados, cometió un evidente error de hecho, pues tal identidad no se demostró;

d) *La cesión de derechos.* Establecido como está —dice el recurrente— que J. Bernardo Henao Roldán no es el titular del crédito por él cedido a la compañía demandante, como tampoco representante de Pedro Luis Henao Roldán, mal pudo transferirlo o transmitirlo. Además, agrega que "la demandada no aceptó la supuesta cesión de derechos, ni tal cesión le fue notificada. La notificación del auto que admitió la demanda y el respectivo traslado no implican la notificación al supuesto deudor cedido, en primer lugar porque el supuesto cedente no tenía derecho alguno sobre la mercancía siniestrada, ni obró como representante autorizado del propietario de la misma; y en segundo término porque el pretendido crédito no provenía de la demandada para que tal notificación significara que la obligación, si acaso no se había extinguido por la fuerza mayor o el caso fortuito, vinculara a la demandante con la demandada en este proceso".

En consecuencia —deduce el casacionista— al dar por demostrados el Tribunal tanto el contrato de seguro como la representación del importador por parte de J. Bernardo Henao Roldán sin las pruebas conducentes al efecto, erró de derecho al llegar a la conclusión a que arribó;

e) *La subrogación.* Afirma el censor que, aun cuando el fallador la rechazó como fundamento de su condena, debe estudiarse este punto por cuanto existe una contradicción en la sentencia impugnada, consistente en que confirmó, pese a lo dicho, la providencia del *a quo* que condenó a la demandada como "subrogataria o cesionaria ... en los derechos controvertidos en este proceso ...". "Para que exista subrogación —continúa diciendo el recurrente— se requiere demostrar con la respectiva póliza, es decir, con la prueba solemne (artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio) que la mercancía se encontraba asegurada contra el respectivo riesgo, que el asegurado probó el siniestro y que el pago de la indemnización se hizo a la persona beneficiaria del seguro o a su legítimo representante", lo que no aparece probado;

f) *El lucro cesante.* "El seguro es un contrato de mera indemnización respecto del asegurado", manifiesta el censor, en el que el asegurador sólo responde de la suma asegurada. Es cierto que, según el artículo 1031 del Código de Comercio, el transportador debe al destinatario la indemnización correspondiente, que incluye el 25% por concepto de lucro cesante; pero esto obra en cuanto a las relaciones jurídicas entre las partes en el contrato de transporte, mas no cuando se trata de la subrogación por pago de un seguro, porque "condenar al transportador a pagar a la compañía aseguradora una suma superior a la que ésta, a título de indemnización, entregó al asegurado, beneficiario, etc., de la mercancía, significa crearle otras fuentes de enriquecimiento distintas a las de las primas que legalmente perciba y de las inversiones que taxativamente le permite la ley. Es, en suma, autorizar a los aseguradores para participar en la actividad general de los negocios, como cualquier comerciante, sin restringirla al objeto social previsto en las normas legales. Es un verdadero enriquecimiento sin causa que infringe el artículo 831 del Código de Comercio";

g) *El caso fortuito o la fuerza mayor.* Para llegar a la conclusión asentada por el Tribunal —reza la censura— consistente en que no se presentó en el evento en estudio ni la fuerza mayor ni el caso fortuito exonerativos de la responsabilidad, se formulan por éste dos principales argumentos, que comenta el recurrente así:

i) Que incurrió la demandada en culpa demostrada, por cuanto no cumplió con las previsiones de los artículos 9, 11, 13 y 14 del Decreto-ley número 1393 de 1970, dice el sentenciador; pero no se fijó ni aplicó en consecuencia lo dispuesto por el precepto 61 del dicho estatuto, según el cual "cuando una empresa de esta modalidad carezca de carga para proveer sus vehículos autorizará ocasionalmente y por escrito para tomarla de otra". Esto fue lo que sucedió, concluye, ya que la demandada contrató el transporte, por no disponer de vehículo propio, con un conductor autorizado para ello por su empresa, tomando todas las previsiones exigidas por sus propios reglamentos, "tales como las de identificar vehículo y conductor, verificar con los informes de

'Fedecarga' que dichos conductor y vehículo no se encontraban dentro de los que tenían malos antecedentes, y exigir la autorización escrita de la empresa a la cual estaba afiliado el vehículo".

ii) Comenta en seguida que el Tribunal "estimó además que la demandada no había probado los hechos constitutivos de la fuerza mayor y que si estaba en la imposibilidad de demostrarlos debía responder". Con esta premisa —dice— el fallador dejó de apreciar el oficio número 704 del Juzgado 7º Municipal de Barranquilla, que da cuenta de que se inició la respectiva investigación por la desaparición del vehículo, del conductor y de la mercancía transportada; así como también las comunicaciones dirigidas por la demandada al DAS, al F-2 y a la comisaría quinta municipal de aquella ciudad, en las cuales les solicitaba colaboración para el esclarecimiento de los hechos investigados. Y concluye así:

"Además de imprevisible por ser ajeno al acontecer ordinario, la desaparición del conductor y del vehículo fue un suceso que por su modalidad se hizo irresistible. En efecto, las diligencias cumplidas para localizar al conductor y vehículo, la denuncia penal, la insistencia ante las autoridades competentes para determinar la causa de dicho acontecimiento, sin resultados satisfactorios, permiten calificar tal suceso como irresistible.

"En el desarrollo ordinario de las actividades se puede calificar un hecho como 'irresistible' cuando, dadas su presencia actual y sus características, es posible tomar medidas, adoptar precauciones y utilizar los medios o instrumentos apropiados para contrarrestarlo, impedir o evitar sus consecuencias, pero ellas resultan impropias, ineficaces o no idóneas para superarlo en sí mismo o en sus efectos.

"Cuando se trata de hechos fenómenos desconocidos, no ostensibles, que no se han tipificado, también deben calificarse como 'irresistibles', porque no se presenta la oportunidad para contrarrestarlos o superarlos en su origen en su identidad o en sus resultados. Desconocidas las causas y el fenómeno mismo que configura la fuerza mayor o el caso fortuito, la imposibilidad absoluta de su demostración coloca también al deudor en la imposibilidad absoluta de demostrar la causa precisa del incumplimiento de su obligación, confundiéndose así los elementos que configuran el caso fortuito o la fuerza mayor que impidieron el cumplimiento de su obligación.

"Si el insuceso, la desaparición del conductor y del vehículo, permanece desconocido, y puede atribuirse a diversas causas, todas ellas imprevisibles, tales como la destrucción del vehículo y la muerte del conductor, su desaparecimiento por pérdida en las aguas del río cauca, la piratería terrestre en sus diversas modalidades, la posibilidad de su viaje a otro país, etc., todo ello necesariamente lleva a calificar tales eventos dentro de lo irresistible".

Se considera

12. *Observaciones previas.*

A) Se desprende fácilmente de lo dicho en el numeral 10 anterior, letras a) y b), números ii) y i), que el recurrente, en un mismo cargo, acusa la sentencia por violación de normas sustanciales, debida a errores de hecho y de derecho en la apreciación de una misma prueba: contrato de seguro por medio distinto al de la póliza correspondiente; y que en el mismo numeral e iguales letras, números i) y iii), sucede algo semejante en relación con la prueba de la representación de Pedro Luis por parte de J. Bernardo Henao Roldán, lo que peca contra la técnica del recurso extraordinario;

B) El Tribunal en su sentencia fue enfático, como se deduce de las transcripciones que de ella se hicieron con anterioridad, al decir que el interés de la demandante partía de la cesión que de sus derechos le hizo J. Bernardo Henao Roldán y no de la subrogación de que habla el artículo 1096 del Código de Comercio, estatuto éste que, por lo demás y en cuanto hace al contrato de seguro, no fue aplicado por el sentenciador; en consecuencia, están mal acusadas esas disposiciones por aplicación indebida, como que no fueron tomadas en cuenta para fundamentar la sentencia;

C) Muchas de las normas citadas como violadas por el fallador no son de carácter sustancial, como lo exige el artículo 368-1 del Código de Procedimiento Civil, por tratarse de meras definiciones. Así sucede, v. gr., con los preceptos 981, 1037 y 1045 del Código de Comercio, y 740, 741, 765, 1614 y 1656 del Código Civil;

D) Se citan también como violadas normas que están derogadas (artículo 698 del Código de Procedimiento Civil); por ejemplo, los artículos 1761 y 1765 del Código Civil;

E) En (sic) la demanda incoativa de este proceso se dijo que el contrato de transporte que dio origen al mismo se había celebrado entre J. Bernardo y/o Pedro Luis Henao Roldán, afirmación que la demandada no negó sino que pidió que se probase. Así se hizo, hasta el punto que el *a quo*

pudo decir en su sentencia que "son partes en el contrato de transporte en referencia, los señores J. Bernardo y Pedro Luis Henao Roldán como destinatarios y Eduardo Botero Soto & Compañía Limitada, esta última como transportadora ...". De esta sentencia apeló la parte demandada; y en el extenso alegato de conclusión presentado por ella en la segunda instancia, en el cual glosa la mayor parte de las apreciaciones del *a quo*, ninguna objeción se hizo a la afirmación de que J. Bernardo fue parte en el contrato, por lo que este hecho no se sometió a discusión en la instancia, ni el fallador de segundo grado hizo referencia a él.

De lo anterior, pueden deducirse, rectamente, estas conclusiones:

a) Se trata en este proceso de que la justicia decrete una indemnización por incumplimiento del contrato de transporte de mercancías entre Barranquilla y Medellín, celebrado entre J. Bernardo y Pedro Luis Henao Roldán, por una parte, y la sociedad demandada, por la otra, por lo que no viene al caso para su solución el que esas mercancías hubieran sido importadas por uno de aquellos del Japón; la carga se nacionalizó y con posterioridad se contrató su transporte al lugar de destino final; no es de la esencia ni de la naturaleza del contrato el que la mercancía objeto del mismo proviniera de un determinado país, ya que la convención se celebró en Colombia, respecto al transporte de mercancías existentes en depósitos nacionales y para llevarlas de una ciudad a otra dentro del territorio patrio.

b) El que se hubiera importado por uno de los contratantes; y el que la mercancía despachada por conducto de la demandada hiciera parte o no de la importada, son cuestiones de hecho que también están por fuera del debate en casación y que son intrascendentes.

13. Entra ahora sí la Corte a referirse a los temas que inciden en el problema sometido a su juicio, así:

a) *Responsabilidad del transportador. Este según los términos del artículo 962 del Código de Comercio, se obliga "a conducir a las personas o a las cosas sanas y salvas al lugar o sitio convenido, dentro del término y por el medio y clase de vehículos previstos en el contrato ...", siendo responsable de la pérdida total o parcial de la cosa transportada (artículo 1030 ibídem), indemnizando en su caso al destinatario, cuando dicha cosa está dedicada a la venta, como es el caso, con una suma equivalente a su precio de costo (daño emergente) y 25% más (lucro cesante), como lo establece el precepto 1031-1 del Código que se viene mencionando. Sin embargo, el transportador puede liberarse en ciertas circunstancias de responsabilidad, según el texto 992 ibídem, que, para su mejor comprensión, es procedente transcribir:*

"Artículo 992. El transportador sólo *podrá exonerarse, total o parcialmente, de su responsabilidad por la inejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, mediante* prueba *de fuerza mayor,* siempre que ésta no se deba a culpa del transportador, *de vicio propio inherente a la cosa transportada, o de culpa imputable exclusivamente al pasajero, al remitente o al destinatario.*

"Las cláusulas del contrato que implican la exoneración total o parcial por parte del transportador de sus obligaciones o responsabilidades, se tendrán por no escritas o pactadas.

"Las cláusulas limitativas *de esa responsabilidad, aún a título de pena, fijación en una suma determinada del valor de los perjuicios o cualquier otra,* sólo producirán efectos *cuando se refieran* exclusivamente *a la simple mora o retardo por 'riesgos del transporte', o revistan la forma de seguro.*

"Para los efectos de este artículo se entenderá por 'riesgos del transporte' aquellos sucesos fortuitos, previsibles pero irresistibles, propios de esta actividad y que no provengan de culpa anterior del transportador. Las violaciones a los reglamentos oficiales *o de la empresa, se tendrán como culpa anterior, cuando el incumplimiento haya causado o agravado el riesgo.*

"Parágrafo. El caso fortuito que reúna las condiciones de fuerza mayor se regirá por las reglas de ésta" (subrayó la Corte).

La transcrita disposición establece, pues:

a) Que el transportador "sólo" se libera de su responsabilidad, probando fuerza mayor no debida a culpa suya, para limitar el problema al caso en comento;

b) Que la exoneración total o parcial del transportador, pactada en el contrato respectivo, se tendrá por no escrita;

c) Que pueden pactarse cláusulas limitativas de responsabilidad, pero únicamente cuando se refieran a "simple mora o retardo por riesgos del transporte", o revistan formas de seguro, y

d) Que los dichos riesgos son sucesos fortuitos, previsibles pero irresistibles, propios del negocio del transporte y que "no provengan de culpa anterior del transportador", constituyéndola la "violación de los reglamentos oficiales", a los cuales se refieren, para autorizar al Gobierno a dictarlos, los artículos 983 y 989 del Código de

Comercio, cuando el incumplimiento "haya causado o agravado el riesgo". En el caso en estudio no se contemplan las cláusulas limitativas de responsabilidad de la demandada, porque el contrato fue verbal y nada se probó al respecto, y además porque no se trata de mora o retardo sino de pérdida total, de manera que en el fallo no debe avocarse este problema, como sí lo hizo el Tribunal.

En el evento presente, tiénese:

a) Un contrato de transporte celebrado por los Henao Roldán con la sociedad demandada, aceptado por las partes desde la iniciación misma del proceso, y

b) El incumplimiento por parte del transportador, por no haber llegado la mercancía a su destino. Este alega, para exonerarse de responsabilidad, una fuerza mayor que le impidió cumplir con su obligación, la cual, según él, pudo consistir en "la destrucción del vehículo y la muerte del conductor, su desaparecimiento por pérdida en las aguas del río Cauca, la piratería terrestre en sus diversas modalidades, la posibilidad de su viaje a otro país, etc.", agregando que tratándose de hechos desconocidos deben calificarse de irresistibles que exculpan al deudor de demostrarlos, a pesar de que el artículo arriba transcrito a ello lo obliga. De modo que, debiendo una parte probar un hecho, mal podía el fallador aceptar la liberación propuesta cuando no lo demuestra, por lo que no violó la norma comentada, que es el principal baluarte de la acusación.

A igual conclusión se llega considerando que, de acuerdo con doctrinas de la Corte, en la ocurrencia estudiada no pueden predicarse ni la fuerza mayor ni el caso fortuito, como lo pretende el censor.

"Hay muchos hechos de la naturaleza de los expresados en el artículo 1º de la Ley 95 de 1980 —hase dicho— que sustentan por sí mismos los caracteres de lo fortuito y pueden ser obstáculo invencible para el cumplimiento de la obligación. El rayo, el terremoto, por ejemplo, son acontecimientos súbitos, que avasallan el poder del hombre. Es difícil escapar a sus efectos aniquiladores y prever el fenómeno. Pero son raros los casos de esta naturaleza que sean siempre y en todo supuesto causas de irresponsabilidad. El naufragio, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad, propuestos en el artículo citado como ejemplos de casos fortuitos, no son siempre y en todo evento causas de irresponsabilidad contractual. Eso depende de las circunstancias y del cuidado que haya puesto el deudor para prevenirlos. Si el deudor, a sabiendas, se embarca en una nave averiada, que zozobra y le hace perder lo que debe; si temerariamente se expone a la acción de sus enemigos o comete faltas que lo coloquen a merced de la autoridad; o no toma las medidas adecuadas que hubieran evitado la inundación de su propiedad, sin embargo de que se cumple un acontecimiento por su naturaleza extraño y dominador, no configuraría un caso fortuito liberatorio del deudor. Es que los caracteres esenciales del caso fortuito son la imprevisibilidad y la imposibilidad. De consiguiente, se está bajo el dominio de lo fortuito cuando el deudor se imposibilita totalmente para cumplir su obligación por causa de un evento imprevisible. Cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor.

"Por ende, en tanto que sea posible prever la realización de un hecho susceptible de oponerse a la ejecución del contrato, y que este evento pueda evitarse con diligencia y cuidado, no haya caso fortuito ni fuerza mayor. Sin duda el deudor puede verse en la imposibilidad de ejecutar la prestación que le corresponde, pero su deber de previsión le permitiría evitar encontrarse en semejante situación. El incendio, la inundación, el hurto, el robo, la muerte de animales, el daño de las cosas, etc., son hechos en general previsibles y que por su sola ocurrencia no acreditan el caso fortuito o la fuerza mayor, porque dejan incierto si dependen o no de culpa del deudor. Por consiguiente, es racional que el deudor que alegue unos de estos o parecidos acontecimientos, pretendiendo librarse del cumplimiento de su obligación, debe no sólo probar el hecho, sino demostrar también las circunstancias que excluyan la culpa. Y la presunción de culpa que acompaña a quien no ha ejecutado el contrato, no se destruye por la simple demostración de la causa del incumplimiento cuando el hecho así señalado es de los que el deudor está obligado a prever o impedir. Por ejemplo, el robo y el hurto son hechos que se pueden prever y evitar con sólo tomar las precauciones que indique la naturaleza de las cosas. No constituye caso fortuito sino probando que no obstante aquellas previsiones fue imposible evitar el suceso: como cuando se consuman por un asalto violento que domina la guardia suficiente con que se custodiaba la cosa. Pero cuando la causa del robo queda ignorada, cuando ni siquiera se conoce al autor, entonces no hay derecho a exculparse con el caso fortuito para librarse de la respectiva obligación. La presunción de culpa sigue pesando sobre el obligado" (LXIX, 555).

Que el hecho en el caso *sub lite* era, por cierto, bien previsible, y debió ser previsto, se deduce fácilmente del siguiente párrafo del alegato de conclusión de la parte demandada en la segunda instancia:

"Ahora bien, ¿no será esa causa una inseguridad total, que propicia robos, hurtos, secuestros, extorsiones? ¿No será el incumplimiento por parte del Estado de las obligaciones que le impone el artículo 16 de la Constitución Nacional, cuando expresa que las autoridades de la República están instituidas para proteger a las personas en sus vidas, honra y bienes? ¿No será por esa falta de protección, que implica algo extraño al deudor? ¿No se trata de una omisión del Estado, que se está cargando en este negocio a una entidad particular? Se castiga a éste, porque el Estado no brinda elementales garantías para la industria del transporte, para los bienes cuya conducción se les encomienda. ¿No será procedente llamar al Estado en garantía para que responda por sus obligaciones constitucionales y legales que en este campo le corresponden?".

Por consiguiente —como lo dice la Corte— "cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor", menos aún cuando "debe no sólo probar el hecho, sino demostrar también las circunstancias que excluyan la culpa", como también lo manda el artículo 992-1 del Código de Comercio, atrás transcrito, que se repite en lo pertinente: "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* ..." (se subraya). Para eximirse de responsabilidad, pues, el deudor en este caso debió probar no sólo la fuerza mayor sino que ésta no se motivó por su culpa, nada de lo cual aparece demostrado en el expediente.

14. *Riesgos del transporte.* Se dijo arriba que este punto no estaba comprendido en el caso que se viene analizando, por cuanto rige exclusivamente en eventos de cláusulas limitativas de responsabilidad, que "*sólo producirán efectos cuando se refieran exclusivamente a la simple mora o retardo por riesgo de transporte,* o revistan la forma de seguro" (se subraya), lo que no se presenta acá, como se explicó.

Sin embargo, el casacionista insiste sobre el tema e incluye entre las normas violadas por falta de aplicación por el Tribunal el artículo 61 del Decreto-ley 1393 de 1970, lo que obliga a la Corte a referirse al problema, así sea sintéticamente:

Como en otra parte de esta providencia se dijo, el Código de Comercio hace constantes referencias a los reglamentos que, sobre empresas de transporte, dicte el Gobierno, bien en virtud de las autorizaciones a él conferidas en los artículos 983 y 997 de esa obra, o bien en ejercicio de las facultades que al Presidente de la República concedió la Ley 15 de 1959, con sometimiento a las cuales se dictó el Decreto premencionado.

El sentenciador aplicó, para fundamentar algunas de sus conclusiones, los artículos 9, 11, 13 y 14 de tal estatuto, los cuales contemplan dos situaciones diferentes, a saber:

a) La consistente en que cuando una empresa no sea propietaria de todos los automotores necesarios para la adecuada prestación del servicio, "podrá vincular a ella los vehículos, por cualquier forma contractual legalmente establecida ..." (artículo 11), y

b) La relacionada con insuficiencias "ocasionales" del parque automotor de una empresa, evento en el que puede "celebrar contratos que permitan la utilización de los vehículos de otra u otras empresas", bajo su responsabilidad, debiéndose obtener entonces del Instituto Nacional del Transporte la aprobación de los contratos correspondientes, como resultado de lo cual se expedirá "una tarjeta especial de operación" de los vehículos por el tiempo que dure el contrato (artículos 13 y 14).

Esta segunda situación (b) es la que se contempla aquí: la demandada tenía deficiencia ocasional de automotores, por lo que recurrió al de propiedad de Mercedes Zuluaga de Gómez, afiliado a "Transportes Oriente". Consta que la sociedad demandada llevó a efecto algunas averiguaciones sobre la persona del conductor; pero no se demostró que hubiera celebrado el contrato a que la obligaban las normas citadas, ni menos que se hubiera obtenido la aprobación oficial correspondiente, lo que pudo haber evitado la pérdida por el conocimiento que de los propietarios de vehículos automotores y de sus conductores tiene o debe tener el Instituto mencionado. De ahí que el Tribunal dijera que, por tal motivo, se situó la demandada "en el terreno de la culpa demostrada" anterior a la pérdida de las mercancías, pues con su conducta violó los reglamentos oficiales, como lo pregona el artículo 992 del Código de Comercio, atrás comentado. Esa culpa, pues, la deduce el *ad quem* de la violación por parte de la demandada de los reglamentos

oficiales no de los de la propia empresa, cuyo cumplimiento alega el censor, sin que siquiera se hubieran allegado al proceso.

Pero —arguye el recurrente— el caso no está previsto en las normas aplicadas por el Tribunal sino en el artículo 61 del Decreto 1393, según el cual "cuando una empresa de esta modalidad carezca de carga para proveer sus vehículos, autorizará ocasionalmente y por escrito para tomarlos de otra". Se trata, entonces, de un precepto regulador de una situación diferente a la contemplada por el sentenciador: en ésta, la demandada tenía deficiencia ocasional de vehículos y suficiencia de carga, pudiendo entonces contratar, con aprobación oficial, automotores afiliados a otras compañías; en tanto que en la prevista en el artículo que el censor dice que no se aplicó, debiendo haberse aplicado, "Transportes Oriente" carecía de carga y tenía vehículos sobrantes, por lo que la norma la autorizaba para permitir que en estos se tomaran mercancías de otras empresas. De donde se ve claro que el artículo 61 no le era aplicable a la demandada, como lo pretende el censor. Que, por otra parte, ha debido acusar la sentencia por violación de los artículos 9, 11, 13 y 14 del estatuto tantas veces mencionado, por aplicación indebida, lo que no hizo.

15. *Cesión del crédito.* Contra las conclusiones del Tribunal sobre el particular, arguye el censor que:

a) El cedente no era el titular del crédito ni el representante del que sí lo era, y

b) Que la demandada no aceptó la cesión, ni ésta le fue notificada, toda vez que el pretendido crédito no provenía de ella para que la notificación del auto admisorio de la demanda implicara "la notificación al supuesto deudor cedido".

Sobre lo primero (a), recuérdese lo que ya se tiene dicho, o sea que se trata de tema no discutido en la segunda instancia, por aceptación tácita de las consideraciones del *a quo* sobre este aspecto (letra E del numeral 12 anterior), a más de que la alegada falta de representación viene mal presentada en la demanda de casación, pues la deduce el censor de pretendidos errores de hecho y de derecho en la apreciación de unas mismas pruebas; y en lo que hace a lo segundo (b), debe considerarse que, desde el momento en que la demandada incumplió el contrato de transporte, habiéndolo cumplido el otro contratante, nació un crédito a cargo suyo y a favor de Henao Roldán (artículo 666 del Código Civil), que sólo puede reclamarse de aquélla por un hecho de que es responsable, habiéndose otorgado por el cedente un título a favor de la cesionaria, que consta en el documento acompañado a la demanda inicial, según lo permite la segunda parte del artículo 33 de la Ley 57 de 1887; y que, en esas condiciones, la notificación de la demanda al deudor, junto con el traslado de ese documento, equivale a la notificación ordenada por el precepto 1960 del Código Civil, como lo tiene dicho la Corte.

"Dos formas —expresa— consagra la ley civil para que el deudor quede vinculado a la operación de la cesión: la notificación judicial de la cesión o la aceptación de ella. Al crearse el lazo de instancia entre el actor y el demandado en un proceso, se verifica esa notificación judicial de la cesión con vista y presentación del título respectivo, sin que pueda alegarse que tal notificación judicial no se hizo porque el deudor demandado se opuso a la cesión o no convino en las pretensiones del actor demandante, en el hecho o en el derecho. Acéptase o no la cesión, o los fundamentos de la acción incoada, el fenómeno de la notificación queda cumplido y desplazado el crédito de manos del acreedor cedente a las del cesionario" (LV, 24).

"La litis que se abra entre el cesionario de un crédito y el deudor, para hacer efectivo el derecho personal adquirido, es bastante para cumplir estrictamente el requisito de la notificación y la aceptación, porque con este requisito se persigue que el deudor tenga conocimiento del fenómeno ocurrido en razón del cual el acreedor es otro" (LXXIX, 180).

Ahora bien: como el crédito se cedió íntegramente, sin reserva alguna (pura y simplemente, dice el documento respectivo); y como de acuerdo con el artículo 1031-1 del Código de Comercio "cuando se trata de cosas destinadas a la venta —como se probó que lo eran las pérdidas— el transportador pagará al precio de costo de la mercancía puesta en el lugar y fecha previstos para la entrega, más un veinticinco por ciento de dicho precio ...", el cesionario tiene derecho evidente a percibir del deudor la totalidad de derecho personal cedido, así haya pagado por él suma inferior, pues el contrato se llevó a cabo a título de venta. No es procedente, como se notó con anterioridad (letra B, numeral 12), entrar a estudiar el contrato de seguro, ni si éste se probó legalmente o no.

No prospera, pues, el cargo.

En consecuencia, 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

recurrida, de que se ha venido haciendo mérito.

Sin costas, por compensarse las de los dos recursos.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Alberto Ospina Botero, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Ricardo Uribe Holguín.

Horacio Gaitán Tovar
Secretario.

REIVINDICACION

Venta de mejoras: debe hacerse por escritura pública.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., febrero 27 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 15 de febrero de 1977, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en este proceso ordinario instaurado por José Joaquín Castro contra Paulino Díaz Galvis y otra.

I
El litigio

1. Mediante escrito de 16 (sic) de octubre de 1975, adicionado por el de 25 siguiente, el citado José Joaquín Castro demandó ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Boyacá a Paulino Díaz y a Adela Milques, a efecto de que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que se obligue a los demandados a restituir al demandante la finca denominada "La Cabaña", ubicada en la vereda "Calderón, Batería 3" de la jurisdicción de dicho municipio y comprendida dentro de las especiales alindaciones que la demanda consigna;

b) Que se los condene igualmente, como poseedores de mala fe que son, a pagar al demandante el valor de los frutos naturales y civiles producidos por tal inmueble desde el 8 de agosto de 1974, hasta cuando se verifique la entrega, y

c) Que en caso de oposición se les condene además al pago de las costas procesales.

2. Las afirmaciones de hecho que el demandante alegó en apoyo de sus pretensiones, quedan sustancialmente sintetizadas en las siguientes:

a) Por medio de la Escritura pública número 314 de 26 de julio de 1974, otorgada en la Notaría de Puerto Boyacá e inscrita en la oficina de registro de allí el 8 de agosto siguiente, José Joaquín Castro adquirió por compra que hizo a Luis Díaz Galvis el dominio de la citada finca "La Cabaña", de una extensión aproximada de 7 hectáreas, junto con las edificaciones y mejoras en ella existentes, inmueble comprendido dentro de los siguientes linderos: "Por un lado, con propiedad de Joaquín Castro y Honorio Peña; por otro, con propiedad de José Ramos; por otro, con propiedad de Antonio Villarraga; y por el otro lado, con propiedad de Esteban Moreno y encierra";

b) La mentada finca fue embargada y secuestrada dentro del proceso sucesorio de Regina Galvis de Díaz, como único bien herencial, diligencia en la que se entregó en tenencia al depositario Hernando Valderrama, quien entonces la recibió en tal calidad, "pero, cuando recibió la orden del juzgado de que la entregara, los demandados la han retenido injustificadamente y de mala fe";

c) En el mencionado sucesorio se adjudicó la citada finca a Luis Díaz Galvis, como único heredero reconocido de la causante, mediante partición y sentencia aprobatoria proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Boyacá en julio de 1974, y

d) Adquirido así el dominio del inmueble por Díaz Galvis, éste lo enajenó a título de venta a José Joaquín Castro, quien, por tanto, es hoy "el verdadero dueño y poseedor inscrito".

3. En su oportuna contestación a la demanda los demandados, después de negar la mayoría de los hechos invocados en ésta, se opusieron a las pretensiones de su demandante.

Afirmaron que el demandante no es el dueño del inmueble que pretende reivindicar, pues que el dominio de éste "pertenece a la compañía 'Texas Petroleum' "; y que ellos, los demandados, "son dueños y poseedores de las mejoras existen-

tes en la finca'', por haberlas comprado desde agosto de 1968 a Regina Galvis.

4. Replicada en tales términos la demanda, con la práctica de las pruebas pedidas por ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 27 de julio de 1976, mediante la cual decidió el litigio así:

a) Denegó la pretensión reivindicatoria deprecada en su demanda por José Joaquín Castro;

b) Impuso a éste la obligación de pagar las costas causadas en la primera instancia del proceso;

c) Declaró no probada la tacha de falsedad que en relación con las Escrituras públicas números 67 y 164, de 6 de marzo de 1969 y 5 de abril de 1973, había propuesto el demandante, y

d) Condenó al apoderado judicial de éste a pagar a los demandados una multa de $ 4.000.00, ''por haber propuesto la tacha de falsedad ..., sin autorización expresa de su mandante José Joaquín Castro''.

5. Como efecto de la apelación que contra lo así resuelto interpuso el demandante, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el que, luego de haber agotado el trámite del grado, incluso el decreto y práctica de pruebas, profirió su sentencia de 15 de febrero de 1977, mediante la cual confirmó el fallo apelado pero con reducción de la multa impuesta a la suma de $ 1.000.00.

II

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigada, en el proemio de las motivaciones de su sentencia acomete el Tribunal el estudio de la pretensión reivindicatoria, que es la que encuentra deducida en la demanda inicial y cuyo fundamento jurídico ubica en el artículo 946 del Código Civil.

Al punto estima el *ad quem* que todo demandante en reivindicación, para la prosperidad de ésta, tiene que comenzar por exhibir la prueba idónea que acredite su mejor derecho que el del demandado a poseer la cosa; y que como según el artículo 762 del Código Civil el poseedor demandado en este tipo de procesos está amparado por la presunción de dominio, la restitución impetrada por el demandante sólo es procedente cuando éste infirme o desvirtúe legalmente dicha presunción.

2. Observa a renglón seguido el Tribunal que, según la demanda, José Joaquín Castro busca la restitución tanto de la finca ''La Cabaña'', como la de las mejoras existentes en ella, por haber comprado el inmueble a Luis Díaz Galvis inmediatamente después que a éste se le adjudicó el bien en la sucesión de su madre Regina Galvis de Díaz. Que, por su parte, al contestar la demanda los demandados negaron ese hecho, puesto que expresaron que el dominio del terreno pertenece a la ''Texas Petroleum Company'', y que ellos ''son dueños y poseedores de las mejoras existentes en la finca''.

Cree el sentenciador, y así lo asevera en su fallo, que la afirmación hecha por los demandados ''queda corroborada con el siguiente aparte del certificado número 278 de 1975, expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos del Circuito de Puerto Boyacá, folio 3, del cuaderno principal cuando dice: 'Del mismo estudio, sacamos por conclusión que no aparece registrado ningún instrumento en donde aparezca que la compañía Texas Petroleum Company, haya enajenado el lote de terreno en donde se encuentran plantadas estas mejoras' ''.

De lo cual deduce el Tribunal, como primera conclusión, ''que la acción reivindicatoria en el caso de estudio no puede sino cobijar las mejoras existentes en el referido inmueble, ya que la titularidad del inmueble está registrada en cabeza de la compañía Texas Petroleum Company''.

3. Concretando pues sus consideraciones a la ''titularidad de las mejoras'', emprende el juzgador de segundo grado el análisis de las pruebas aducidas al efecto para concluir, con apoyo en ellas, que ''las mejoras existentes sobre el referido inmueble son de la demandada señora Adela Milques, quien se las compró al señor Paulino Díaz, y éste a su vez se las compró por carta de venta a la señora Regina Galvis de Díaz''.

En la tarea evaluativa de los medios de prueba el sentenciador se refiere, en primer término, a la copia de la Escritura número 314 de 26 de julio de 1974, otorgada en la Notaría de Puerto Boyacá, contentiva de la venta que de la finca aquí mencionada hizo Luis Díaz Galvis a José Joaquín Castro, en la cual se expresa que el vendedor había adquirido el dominio de ese bien ''por adjudicación que le correspondió en el juicio de sucesión de la causante Regina Galvis de Díaz...'', para afirmar que ''este título proviene de una hijuela de adjudicación'', y que por consiguiente no es título suficiente para comprobar dominio frente a quien ha aducido titulación anterior y alegado posesión también anterior.

Añade la sentencia que el certificado número 278 del respectivo Registrador de Instrumentos

Públicos y Privados, aportado al proceso por el propio demandante, establece que "... no aparece registrado ningún instrumento en donde aparezca que la compañía Texas Petroleum Company haya enajenado el lote de terreno en donde se encuentran plantadas estas mejoras"; y que, por lo mismo, debe concluir que el dominio del inmueble está en cabeza de dicha compañía.

4. Continuando en su análisis probatorio, se refiere el Tribunal a los siguientes medios practicados a instancia de los demandados:

a) La Escritura pública número 67 de 6 de marzo de 1969, otorgada en la Notaría de Puerto Boyacá e inscrita allí el 20 de ese mismo mes, mediante la cual Paulino Díaz protocolizó las declaraciones rendidas extraprocesalmente por Oliverio Ochoa y José Muñoz sobre implantación por su cuenta de mejoras en la finca "La Aventura". En dicho documento escriturario se expresa que "este predio lo hubo el compareciente por compra a la señora Regina Galvis, según carta de venta de 28 de agosto de 1968";

b) La Escritura pública número 164 de 5 de abril de 1973, otorgada en la misma Notaría e inscrita en el registro respectivo el 24 de ese mismo mes, por medio de la cual Paulino Díaz Galvis vendió a Adela Milques la finca "La Aventura", ubicada en la vereda Calderón de esa jurisdicción, con una extensión aproximada de 7 hectáreas;

c) El certificado número 149 del Registrador de Instrumentos Públicos de ese municipio, expedido el 16 de junio de 1975, en el cual se expresa que Adela Milques es quien aparece como dueña y poseedora inscrita de la finca "La Aventura", por cuanto "la inscripción que la acredita como tal sigue vigente y no ha sido cancelada ni modificada por ninguno de los medios de que trata el artículo 789 del Código Civil";

d) El certificado del Tesorero Municipal de Puerto Boyacá, expedido en junio de 1975, en donde se dice que Adela Milques, en esa fecha, aparece como propietaria de la finca denominada "La Aventura", y

e) Los testimonios rendidos por Oliverio Ochoa, Rafael Hernández y Luis Alfredo Franco, quienes deponen sobre los hechos referentes al dominio de las mejoras de esa finca en relación con los demandados.

Y luego de hacer alusión a la promesa de venta de 28 de agosto de 1968, mediante la cual Regina Galvis, en "nombre y representación de su hija Ana Galvis", entregó a dicho título a Paulino Díaz la citada finca "La Aventura", la sentencia saca la siguiente conclusión:

"Del acervo que milita en el expediente se deduce sin vacilaciones que las mejoras que el demandante trata de reivindicar fueron vendidas por la señora Regina Galvis, por carta de venta al señor Paulino Díaz Galvis, y éste a su vez las vendió a la señora Adela Milques". Consecuente con su postulado, el Tribunal afirma que "la acción sucesoria instaurada por el señor Luis Díaz Galvis, fue abierta cuando ya la señora Regina, no tenía patrimonio alguno, puesto que había vendido dichas mejoras al señor Paulino Díaz, lo que nos lleva a concluir que dicha acción fue innecesaria, ineficaz ya que no había bienes sucesorales; luego el título o hijuela del señor Julio Díaz Galvis (sic), quedó sin piso".

5. Finalmente, después de prohijar las razones del *a quo* para desechar la tacha de falsedad propuesta, termina el juzgador *ad quem* su sentencia con la siguiente cardinal conclusión:

"... la Sala colige que la acción reivindicatoria en el caso de estudio no podía de manera alguna tener prosperidad, porque se trató de reivindicar un inmueble que está en cabeza de persona distinta a la demandante, 'Compañía Texas Petroleum', por consiguiente la acción reivindicatoria no tenía fundamento legal y está plenamente establecido que las mejoras existentes sobre el referido inmueble son de la demandada señora Adela Milques, quien se las compró al señor Paulino Díaz, y éste a su vez se las compró por carta de venta a la señora Regina Galvis de Díaz. No habiendo prosperado entonces la tacha sobre la carta de venta que hiciera Regina, a Paulino Díaz, quiere decir que el citado documento tiene todo su valor probatorio y por tanto la parte demandada ha demostrado en forma plena la propiedad y posesión sobre tales mejoras".

III

La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Como ya está dicho, contra la sentencia de segundo grado interpuso casación el demandante. En la respectiva demanda y dentro de la órbita de la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente formula contra dicho fallo dos cargos, los que la Corte entra a estudiar y despachar en el mismo orden en que vienen propuestos.

Primer cargo.

1. Mediante éste el censor denuncia "violación directa de los artículos 656, 657, 756, 757, 765, 785, 946, artículo 2º del Decreto 1250 de

1970 y artículo 12 del Decreto 960 de 1970, lo mismo que los artículos 768 y 946, estos cuatro últimos, por falta de aplicación, y los demás por aplicación indebida; también lo son por falta de aplicación los artículos 656 y 657".

2. En desarrollo del cargo, asevera el recurrente que "todos estos artículos son aplicables al caso" y que sin embargo el Tribunal no los hizo actuar en su sentencia: no tuvo en cuenta —agrega— los textos 656 y 657 que definen lo que se entiende por inmuebles, fincas o bienes raíces, "indicándonos que las plantas pertenecen a los inmuebles, que igualmente denominamos mejoras"; menos dio aplicación al artículo 946, no obstante que "la misma entidad reconoce que los hechos fundamentales que debían ser demostrados, así lo quedaban" con la inspección judicial practicada, la confesión, la prueba testifical y la copia de la Escritura pública número 314 de 26 de julio de 1976, otorgada en la Notaría de Puerto Boyacá.

Añade la censura que si el Tribunal, como era su deber, hubiera aplicado en su fallo el artículo 768, según el cual el error en materia de derecho constituye presunción de mala fe, no habría llegado a la conclusión a que arribó, "dándole validez de título traslaticio de dominio de un bien raíz, como lo son las mejoras *sub lite,* a la carta venta por medio de la cual doña Regina 'vendió' a Paulino Díaz, según el documento que obra a folios 14 del cuaderno 2 y 5 del cuaderno 4A, base y fundamento de las Escrituras números 67 de marzo 6 de 1969, y 164 de abril 5 de 1973".

Considera además el impugnante que si el *ad quem* hubiera aplicado al caso la presunción de derecho aludida, habría llegado a la conclusión de que "la carta venta", mediante la cual Regina Galvis pretendió vender a su hijo Paulino Díaz las mejoras que aquélla había recibido por herencia en la sucesión de una hija suya, es "acto inexistente, y que todos los subsiguientes actos cuya base sea ese documento, necesariamente están abocados a correr la misma suerte". La consecuencia ineludible, dice, habría sido entonces "la de haber declarado sin ningún efecto jurídico las escrituras aportadas por los demandados, habiendo empezado por la famosa carta venta, y como consecuencia natural, la validez de la escritura presentada por el demandante".

3. Avanzando en el desenvolvimiento del cargo, añade el recurrente que el sentenciador dejó de aplicar los artículos 12 del Decreto 960 y 2º del Decreto 1250 de 1970, a la luz de los cuales se impone estimar "que la venta del inmueble denominado 'La Cabaña', hecha por doña Regina a favor de su hijo Paulino, no es válida, por cuanto no fue celebrada a través de escritura pública".

Añade la censura que si el *ad quem,* al pronunciar su fallo, hubiera tenido en cuenta los anteriores dos preceptos legales "y les hubiera dado aplicación correcta", habría acogido "el *petitum* de la demanda"; que no lo hizo así, y que con su equivocado proceder "se ha demostrado la violación directa de tales normas".

4. Rematando la formulación del cargo expresa el recurrente, luego de recordar la forma como en el derecho colombiano se realiza la tradición del dominio de los inmuebles, que él sí acreditó en el presente caso "todos los requisitos para poder obtener la reivindicación del bien *sub lite,* entre los cuales se halla la prueba del dominio, a través de una escritura pública debidamente registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, aportada al proceso con las ritualidades propias, y que se halla al folio 4 del cuaderno 5º, con lo que, de haberse aplicado las normas citadas, se habrían acogido las peticiones de la demanda".

Se considera

1. En repetidísimas ocasiones ha dicho la Corte que a la violación de la ley sustancial, que constituye siempre el fundamento de la causal primera de casación, se puede llegar de dos maneras diferentes: por vía directa o por vía indirecta. Se infringe directamente la norma cuando, sin consideración a la estimación probatoria, se deja de aplicar dicha ley, o se la aplica indebidamente, o se la interpreta de manera equivocada, y así se aplica; cuando la violación de la ley se origina en una indebida valoración de determinada prueba, o en que a ésta no se le tiene en cuenta a pesar de existir, o se considera existente sin que el proceso la contenga, la infracción es indirecta, evento en el cual no se puede dar el quebranto de la ley sustancial por interpretación errónea.

Consecuente con su tesis en el punto, exhaustivamente ha dicho la doctrina de esta Corporación 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 a las conclusiones que en el campo de la cuestión fáctica haya sacado el fallador, como consecuencia del examen de las pruebas.

"Corolario obligado de lo anterior —dijo la Corte en sentencias de 20 de marzo de 1973 y 11 de octubre de 1977— 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 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" (sentencias no publicadas aún en la *Gaceta Judicial*).

2. Como claramente se infiere del contexto de su sentencia, para denegar la restitución del bien deprecada en la demanda el Tribunal de Tunja se basó en que, cotejados los títulos escriturarios aportados por demandante y demandados para justificar el dominio sobre las mejoras existentes en el inmueble "La Cabaña", los de estos, por ser anteriores en el tiempo al de aquél, caracterizaban su mejor derecho a poseer el bien pretendido en reivindicación.

Estimó en efecto el sentenciador que la Escritura número 314 de 26 de julio de 1974, otorgada en la Notaría de Puerto Boyacá, aportada por el demandante para justificar el derecho de propiedad que alega, "es título que proviene de una hijuela o adjudicación" y por ende insuficiente, por sí solo, para demostrar dominio ante quien opone "otro título anterior o una posesión también anterior". Y después de puntualizar el origen de dicho título, el Tribunal lo califica de ineficaz, puesto que, explica, cómo se otorgó cuando los bienes sucesorales a que él alude ya no existían, "quedó sin piso".

Concluyendo sus motivaciones el *ad quem*, luego de analizar la prueba documental aportada por los demandados, con apoyo en ésta asevera que "está plenamente establecido que las mejoras existentes sobre el referido inmueble son de la demandada señora Adela Milques, quien se las compró al señor Paulino Díaz, y éste a su vez se las compró por carta de venta a la señora Regina Galvis de Díaz".

Todo lo cual significa, en suma, que el Tribunal negó la reivindicación porque consideró que el demandante no demostró con prueba eficaz, frente a los demandados, el dominio del bien materia de la litis.

3. Como se advierte de la sola lectura del cargo, formulado clara y reiteradamente por *violación directa* de la ley sustancial, su sustentación arranca, se desenvuelve y termina en que por él el censor estima que el sentenciador *ad quem*, infringiendo la pertinente preceptiva legal, le dio "validez de título traslaticio de dominio de un bien raíz, como lo son las mejoras *sub lite*, a la carta venta por medio de la cual doña Regina 'vendió' a Paulino Díaz", en vez de haber concluido que la precitada Escritura número 314 de 26 de julio de 1974, confrontada con los documentos allegados por los demandados, es título suficiente y legalmente eficaz para determinar que el demandante asiste mejor derecho que a estos sobre las referidas mejoras.

Palmar es pues que hay evidente e indiscutible discrepancia entre el censor y el sentenciador, en torno al juicio que éste hizo relativamente a las pruebas aportadas para justificar el dominio de las mejoras; coruscante es, así mismo, que la censura se edifica exclusivamente en el apuntado disentimiento. Es decir, que el cargo viene montado sobre presuntos errores probatorios, que desde luego en él no se denuncian, sustentación que pone de manifiesto que no se trataría de violación directa sino de la indirecta del derecho sustancial.

4. El defecto de técnica advertido en la formulación de este cargo es bastante para desecharlo, puesto que, como también lo ha dicho insistentemente la Corte, "... el principio acusatorio y el de la dispositividad del juzgador que informan nuestro ordenamiento procesal civil priman de modo absoluto en el recurso extraordinario de casación, en forma tal que la impugnación del fallo y su alcance constituye la pauta a que ha de ceñirse estrictamente la Corte. Así circunscrita y delimitada su capacidad decisoria, a ésta no le es dado completar cargos deficientemente formulados, ni variar la equivocada ubicación que les haya asignado el recurrente" (CXXXII, 205).

Se desestima, pues, la censura.

Cargo segundo.

1. Por éste se acusa la sentencia de ser indirectamente violatoria, por inaplicación, de los artículos 757 y 762, inciso 2º del Código Civil; 187, 232 y 265 del Código de Procedimiento Civil; y los Decretos 960 y 1250 de 1970, más concretamente en sus artículos 12 y 2º, como consecuencia de los errores de derecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de las pruebas relacionadas con el dominio de las mejoras que son objeto de reivindicación.

2. Después de afirmar que está de acuerdo con la sentencia en cuanto reconoce el dominio "de la tierra en general" a favor de la "Texas Petroleum Company", pues "se pide la reivindicación es de una finca, que el Código Civil llama indistintamente a los bienes raíces, como lo son las mejoras dentro del presente asunto ...; el dominio de la Texas nadie se lo está disputando ...", el censor emprende el desarrollo del cargo afirmando esencialmente lo siguiente:

a) Que el Tribunal, tras confrontar la Escritura número 314 de 26 de julio de 1974, y "la carta venta" por la cual Regina Galvis vendió las mejoras a Paulino Díaz, sin vacilación reconoce que ellas son de propiedad de éste, violando así los artículos 12 del Decreto 960 de 1970 y 2º del 1250 del mismo año, los cuales prescriben "qué actos se pasan ante notario, cuáles se deben registrar, so pena de no tener validez", y el texto 265 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiera esa solemnidad;

b) Que si, como lo dice la sentencia que el recurrente impugna, el demandado posee las referidas mejoras desde antes de otorgarse la precitada Escritura número 314, es preciso observar que lo hizo "en su condición de heredero de doña Regina, lo mismo que lo fuera Luis Díaz Galvis mas no en forma autónoma, como se le ha venido haciendo creer. Es decir —añade—, tanto derecho tenía Paulino, a la muerte de doña Regina, a continuar poseyendo tales mejoras, como Luis, por ministerio de la ley. Por eso, al aceptar el Tribunal la carta de venta como título traslaticio de dominio de tales mejoras, violó también en forma indirecta el artículo 757, pues tal norma prohíbe en forma imperativa la transferencia de derechos como los conocidos en este proceso";

c) Como al atribuir el sentenciador idoneidad a la prueba testimonial recibida para dar validez a "la transferencia de las mejoras de 'La Cabaña' por parte de doña Regina a favor de Paulino", quebrantó, con ostensible perjuicio para el demandante, los artículos 187 y 265 del Código de Procedimiento Civil, y

d) Que con la apreciación errónea que el Tribunal hizo de los títulos escriturarios antecitados, es decir, de la Escritura número 314 y de la "carta venta" de 28 de agosto de 1968, infringió también el inciso 2º del artículo 762 del Código Civil, pues no obstante haber quedado infirmada la presunción de dominio que dicha norma establece no accedió a la restitución pedida.

3. Concretando el yerro de *jure* que denuncia, asevera el recurrente que en él incurrió el Tribunal "al dejar de aplicar las normas indicadas por la errónea apreciación de las escrituras presentadas por las partes y la carta venta señalada tantas veces, habiéndole dado valor a las escrituras y carta venta presentadas por la parte demandada, sin tenerlo y dejar de apreciar la presentada por el demandante, que sí tiene valor jurídico de acuerdo con la ley, haciéndole producir los efectos nocivos para el demandante, de acuerdo a (sic) la confirmación de la sentencia que negó las peticiones de la demanda".

Se considera

1. *En relación con los contratos llamados solemnes, la ley colombiana siempre ha buscado dar firmeza a la manifestación de la voluntad de las partes y proteger a los propios contratantes y a terceros mediante el empleo de determinadas formalidades, hasta el punto de considerar que el acto de dicha estirpe que no se haya formalizado debidamente no produce ningún efecto jurídico (artículo 1500 del Código Civil).*

Los artículos 12 y 2º de los Decretos 960 y 1250 de 1970 establecen hoy, como antaño lo ordenaban también los textos 2577 y 2652 del Código Civil, solemnidad para todos los actos y contratos relativos a la enajenación o mutación de propiedad de bienes inmuebles, y por ende exigen que deben otorgarse por escritura pública.

Singularmente para la compraventa de los bienes raíces, preceptúa el artículo 1857 del Código Civil que ésta "no se reputa perfecta ante la ley, mientras no se haya otorgado escritura pública"; la tradición del dominio de dichos bienes, según lo dispone el artículo 756 ibídem, se efectúa solamente por la inscripción de tal escritura en la oficina de registro correspondiente.

2. *Consecuencia obvia y natural de lo atrás dicho, es la de que, no obstante el principio de amplitud que informa nuestro régimen probatorio, las partes no gozan de libertad para la escogencia de los medios demostrativos de ciertas y determinadas situaciones jurídicas, como cuando se trata del contrato de compraventa de inmuebles, pues en tal supuesto el medio probativo es específico: la copia registrada de la escritura pública.*

Como también lo hacía el artículo 1760 del Código Civil, la apuntada restricción probatoria la consagra, ampliando lo dicho por el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, el 265 de esta última codificación, al estatuir que la falta de

instrumento público no puede suplirse en ningún caso por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiera dicho documento como solemnidad, y que en el mismo supuesto esos actos se mirarán como no ejecutados o no celebrados, "aun cuando se prometa reducirlos a instrumento público".

3. *De acuerdo con lo que establece el Capítulo I del Título I del Libro Segundo del Código Civil Colombiano, los bienes inmuebles son de cuatro clases, a saber:*

a) Por su naturaleza, que son las cosas que responden esencialmente al criterio de que no pueden trasladarse de un lugar a otro sin que se altere su subsistencia, como "las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles" (artículo 656);

b) Por adherencia o incorporación, que por estar adheridos permanentemente a las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro queden inmovilizadas, como "las plantas" (artículo 658), y

c) Por destinación, esto es, las cosas que, aunque no lo son por su naturaleza, la ley reputa inmuebles por una ficción, como consecuencia de estar destinadas permanentemente al uso, cultivo o beneficio de un inmueble, "sin embargo de que puedan separarse sin detrimento" (artículo 658), y

d) Por radicación, o sea "las cosas de comodidad u ornato que se clavan o fijan en las paredes de las casas y pueden removerse fácilmente sin detrimento de las mismas paredes, como estufas, espejos, cuadros, tapicerías".

Siguiendo la anterior preceptiva legal, cabe decir que las plantas *son inmuebles por incorporación, mientras adhieren al suelo por sus raíces, salvo que estén en macetas y cajones que puedan transportarse de un lugar a otro. De lo cual se sigue que, como lo ha dicho la Corte en muchas oportunidades, las mejoras existentes en las fincas son bienes inmuebles, lo mismo que las casas de habitación, silos, establos, pastos y sementeras de carácter permanente que se construyen y siembran en los terrenos (LII, 438; LX, 57; LXXIV, 751; XCV, 817).*

4. *Sentado pues que las mejoras son bienes raíces, es forzoso aceptar que, como inmuebles que ellas son, su compraventa debe otorgarse por escritura pública para que el contrato se repute perfecto ante la ley; y que para la tradición de su dominio, es necesario el registro de dicho instrumento público en la correspondiente oficina.*

Cuando, como ocurre en el caso de compraventa de inmuebles según ya se ha dicho, es la misma ley la que en consideración a la naturaleza del acto exige una prueba específica para demostrarlo judicialmente, esta prueba no puede suplirse por otro medio; y si el juez, con olvido de la restricción indicada, da por existente el acto con elemento probativo diferente, incurre en claro error de derecho, puesto que con su conducta infringe las normas legales regulativas de la actividad probatoria, que fue justamente lo acontecido en el presente caso.

5. Pero si bien es cierto que el Tribunal de Tunja, al evaluar la prueba atinente a la compraventa de las mejoras cuya reivindicación se busca aquí, incurrió en el error de derecho que el recurrente le enrostra, también lo es que su sentencia no puede quebrarse porque, de una parte, el yerro deducido es intrascendente; y de otra, el cargo viene formulado con ostensibles defectos de técnica que lo tornan impróspero.

A) El error de derecho, como todo yerro de apreciación probatoria, sólo funda el recurso de casación y da lugar al quiebre de la sentencia de instancia cuando es trascendente, o sea cuando repercute o incide en la decisión, a tal punto que sin él el juez habría fallado el pleito en sentido contrario. El artículo 374 del Código de Procedimiento Civil así lo exige, al estatuir que en la demanda de casación el recurrente debe determinar la clase de error que se hubiera cometido "y su influencia en la violación de norma sustancial".

Es pues, intrascendente, y por ello no autoriza casar la sentencia impugnada, el yerro de *jure* que, como el de *facto*, a pesar de existir, no conduce al juzgador a fallar el caso litigado en forma distinta a la que legalmente corresponde.

Y en el presente caso, aún dando por aceptado que los demandados no probaron ser propietarios de las mejoras por haberlas comprado a Regina Galvis en 1968, es lo cierto que la reivindicación pedida en la demanda no puede prosperar, desde luego que, como lo acreditan los testimonios de Oliverio Ochoa, Rafael Hernández y Luis Franco, los demandados vienen poseyendo desde agosto de 1968, en forma pública y pacífica, todas las mejoras existentes en la finca "La Aventura" o "La Cabaña", por haberlas recibido desde entonces como efecto de la promesa de compraventa que se acordó entre Regina Galvis y Paulino Díaz. Corrobora lo anterior el contenido de las copias del proceso sucesorio de aquélla, las cuales indican que cuando en julio de 1971 se practicó el secuestro de la citada finca los de-

mandados estaban en posesión de ella; y lo reitera además el propio demandante al relatar los hechos de su demanda.

Si, pues, la posesión de los demandados arranca de 1968; y si la escritura aportada por el demandante, es decir, la número 314, tiene como fecha la de 26 de julio de 1974, hay que concluir aceptando que este título, por ser posterior a la posesión dicha, no tiene virtualidad para justificar un mejor derecho en el demandante a poseer la cosa.

B) Fundado como viene el cargo que aquí se considera en la causal primera, su formulación es deficiente, pues omite señalar como violada con la sentencia norma jurídica *sustancial* alguna.

Insistentemente ha dicho la Corte que por *normas sustanciales,* a cuyo quebranto se refiere precisa e invariablemente la causal primera de casación, deben entenderse aquéllas que, en razón de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación. Por consiguiente, no tienen categoría sustancial y, por ende, no pueden fundar por sí solas un cargo en casación con apoyo en la causal dicha, los preceptos legales reguladores de la actividad probatoria; como tampoco la tienen las disposiciones que, sin embargo de encontrarse en los códigos sustantivos, se limitan a definir fenómenos jurídicos, o a describir los elementos de estos, o a hacer enumeraciones o enunciaciones.

Los artículos 187, 232 y 265 del Código de Procedimiento Civil, lo mismo que los textos 12 del Decreto 960 de 1970 y 2º del 1250 y hasta el inciso 2º del artículo 762 que se limita a consagrar una presunción, son normas de claro contenido probatorio y no sustancial y por tanto no pueden fundar, por sí solas, un cargo en casación con apoyo en la causal primera. El artículo 757 del Código Civil tampoco tiene carácter sustancial, pues se contrae a distinguir entre la posesión meramente legal de la herencia y la efectiva. Lo evidente es que el recurrente, en el cargo que aquí se estudia, omitió denunciar como infringidas las disposiciones legales que, por consagrar el derecho que él reclama, se las califica de sustanciales.

6. Por lo dicho, este cargo también está llamado a no prosperar, aunque ha sido motivo para que la Corte enmiende el error de *jure* contenido en la motivación del fallo impugnado.

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 fecha quince (15) de febrero de mil novecientos setenta y siete (1977), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en este proceso ordinario.

Sin costas en el recurso extraordinario en razón de la rectificación doctrinaria a que dio lugar.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Insértese en la *Gaceta Judicial.*

Alberto Ospina Botero, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Ricardo Uribe Holguín.

Horacio Gaitán Tovar
Secretario General.

MANDATO SIN REPRESENTACION

En el mandato sin representación, el mandante no tiene derecho ni acción algunos contra los terceros que han contratado con su mandatario y los efectos del contrato se limitan a los contratantes.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., marzo 3 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 29 de noviembre de 1976 (sic), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por Luis Hernando Moreno Sánchez contra Jorge Enrique Céspedes Martínez.

El litigio

I. Mediante escrito que en repartimiento del 21 de marzo de 1975 correspondió al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, el citado Luis Hernando Moreno Sánchez demandó al mentado Jorge Enrique Céspedes Martínez, a efecto de que la justicia hiciese las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que el demandado, al suscribir la escritura de constitución de la sociedad "Interventorías Colombianas (Sintec) Limitada", distinguida con el número 775 de 1º de marzo de 1971, otorgada en la Notaría Segunda de Bogotá, en la cual figura él con cincuenta partes de interés social o acciones por valor de $ 1.000.00 cada una, "veinticinco (25) de ellas las aportó para el demandante Luis Hernando Moreno Sánchez";

b) Que se condene al demandado, en consecuencia, "a traspasar mediante cesión" al demandante las veinticinco cuotas, partes de interés social o acciones que le corresponden en la sociedad, "otorgando la escritura correspondiente, cinco (5) días después de ejecutoriada la sentencia";

c) Que se lo condene, así mismo. a pagar al mencionado demandante, dentro del mismo término, "el valor de todas las utilidades liquidadas o por liquidar, o que se determinen según peritos, producidas por la Sociedad de Interventorías Colombianas (Sintec) Limitada" desde su constitución "hasta cuando se liquide", correspondientes a las veinticinco partes de interés social o acciones que Moreno Sánchez tiene en la compañía;

d) Que se condene al demandado, además, a pagar a su demandante el valor de los intereses corrientes de las utilidades dichas, "desde cuando éstas se liquidaron o han debido liquidarse hasta la contestación de la demanda", y

e) Que igualmente se lo condene a indemnizar al demandante todos los perjuicios que le causó con el incumplimiento del mandato sin representación.

En subsidio de las anteriores súplicas, el demandante solicitó que se condenase al sobredicho Céspedes Martínez a indemnizar al mentado Moreno Sánchez, "todos los perjuicios derivados del contrato de mandato sin representación".

II. Las afirmaciones de hecho que el demandante invocó como *causa petendi* de sus pretensiones, quedan sustancialmente sintetizadas en los siguientes:

a) Entre los mentados Luis Hernando Moreno Sánchez y Jorge Enrique Céspedes Martínez, ingenieros civiles los dos, con matrículas números 4748 y 3497, respectivamente, expedidas ambas por el Consejo Profesional de Cundinamarca, han existido, "desde hace un buen tiempo", estrechas relaciones profesionales, comerciales y de amistad, a tal punto que aquél recibió a éste en sus oficinas de la carrera 5ª número 14-80 de Bogotá, primero, y de la calle 59 número 10-18

de la misma ciudad, después, donde Céspedes tuvo su despacho profesional hasta el mes de febrero de 1972;

b) En razón a tales relaciones, Moreno Sánchez le propuso a Céspedes Martínez la creación de una sociedad que se dedicara a los negocios profesionales, en los cuales ellos se ocupaban con gran éxito, dada su reconocida experiencia;

c) La referida propuesta fue aceptada por su destinatario; en consecuencia "se convino que participaran en la compañía como socios además el ingeniero Hernando Alberto Carrillo Pachón y el Coronel Miguel Francisco Vega Uribe", y que los cuatro concurrirían con iguales aporte y participación";

d) En consideración a circunstancias personales suyas, Moreno Sánchez decidió que "su nombre no apareciera en la escritura de constitución de la sociedad, conviniendo con el demandado doctor Céspedes Martínez que éste recibiría en su propio nombre las acciones o partes de interés que le correspondían al demandante, veinticinco (25) en total", las cuales quedarían por tanto en cabeza de Céspedes hasta cuando Moreno considerara conveniente que pasaren a la suya, pero "quedando muy claro su posición y derecho de socio no obstante la ausencia de su nombre en la escritura";

e) En desarrollo de lo convenido se constituyó, mediante el otorgamiento de la Escritura pública número 775 de 1º de marzo de 1971, pasada ante el Notario Segundo de Bogotá e inscrita en la Cámara de Comercio de esta ciudad el 10 del mismo mes, la compañía que se denominó "Sociedad de Interventorías Colombianas (Sintec) Limitada", con un capital de $ 100.000.00, dividido en cien derechos de $ 1.000.00 cada uno, distribuidos así: Jorge Enrique Céspedes Martínez, 50 derechos por valor de $ 50.000.00; Hernando Alberto Carrillo Pachón, 25 derechos por valor de $ 25.000.00; y Miguel Francisco Vega Uribe, 25 derechos por valor de $ 25.000.00;

f) Según lo expresa el demandante en el hecho 6º de su libelo, para pagar su aporte social, "y además para pagar el aporte del Coronel Miguel Francisco Vega Uribe prestándole el dinero correspondiente según convenio que habían hecho", Moreno Sánchez giró a "Sintec Limitada", el 7 de julio de 1971, el cheque número 924766 de su cuenta corriente en el Banco de Colombia, Oficina del Edificio Texaco, por la cantidad de $ 50.000.00, cheque éste que fue consignado por Céspedes Martínez, gerente de la sociedad, en la cuenta corriente número 46-01583-6 que ésta tenía en la sucursal del Banco Ganadero, barrio Restrepo de esta ciudad de Bogotá. Añade el demandante que él, en esta forma, "pagó su aporte por valor de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00), dinero que ingresó a la caja de la sociedad haciéndose de inmediato el asiento contable en la cuenta de *socios*, a nombre del demandado";

g) Las oficinas de la sociedad funcionaron desde un comienzo y hasta febrero de 1972, en la calle 59 Nº 10-08 (sic), oficina 202, que era la oficina profesional del demandante Moreno Sánchez, iniciándose allí la actividad social y los negocios de la compañía con buen éxito y logrando importantes contratos con el Gobierno Nacional. "El doctor Moreno Sánchez —reza la demanda en el hecho 7º— intervenía muy activamente en la orientación y dirección de la compañía desde su Junta Directiva y asesoraba permanentemente a sus consocios";

h) El éxito económico de la sociedad fue tan extraordinario que, en informe de 4 de septiembre de 1974, el Revisor Fiscal certifica: "Las utilidades por repartir junto con las de 1971, llegan a la suma de $ 2.066.425.01, menos los impuestos de renta que se estimaron en $ 55.549, o sea, quedan $ 2.010.876.00 para los socios, así: 50% $ 1.005.438.00; 25% $ 502.719.00; 25% $ 502.719.00";

i) A medida que la compañía se desarrollaba y prosperaba económicamente, Céspedes Martínez fue marginando de ella a Moreno Sánchez, hasta que terminó por desconocerle "su derecho como socio en la sociedad y a intervenir en tal carácter", y se negó, finalmente, "a hacerle el traspaso a su nombre de las 25 acciones o partes de capital que le pertenecían y así mismo a pagarle las utilidades proporcionales que le correspondían", y

j) La conducta del demandado entraña una abierta violación del contrato de mandato sin representación que lo vincule al demandante, incurriendo, por ende, en grave responsabilidad contractual que genera para Céspedes Martínez la obligación de restituir a Moreno Sánchez "todos los derechos que le corresponden en la sociedad Sintec Limitada, o sea, su aporte y utilidades".

III. En su oportuna contestación a la demanda el demandado se opuso a las pretensiones de su demandante; en cuanto a los hechos, salvo los atinentes a la constitución de la sociedad "Sintec Limitada", en los términos de la Escritura pública número 775 de 1º de marzo de 1971, los cuales aceptó como ciertos, negó los demás.

Afirmó, por consiguiente, que la mentada compañía "se constituyó exclusivamente por los socios Jorge Céspedes Martínez, Hernando Carrillo

Pachón y Miguel Vega Uribe''; que Moreno Sánchez jamás tuvo el carácter de socio de la compañía, ni, por tanto, intervino en tal condición en las actividades de la empresa; que el cheque girado por él en julio de 1971 no fue para pagar aporte suyo alguno, sino por otras causas; y que si bien el Revisor Fiscal expidió el informe referido, la sociedad sin embargo, ''a la larga no reportó a sus socios las utilidades prospectadas''.

IV. Replicada en tales términos la demanda, con la práctica de las pruebas solicitadas por ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 21 de julio de 1976, mediante la cual, después de declarar no probada la tacha propuesta por el demandante a algunos testigos, acogió todas las súplicas principales deducidas en la demanda, determinando en las sumas $ 1.562.462.41 el monto de las utilidades líquidas producidas por la sociedad desde su constitución ''hasta cuando se liquide la sentencia''; en $ 302.047.53 el valor de la condena por intereses de las utilidades, ''más los que se liquiden a la misma tasa corriente, hasta la contestación de la demanda''; y disponiendo, por último, que la condenación al demandado por los perjuicios causados al demandante, ''por su incumplimiento contractual'', se hacía *in genere*, para que se liquidara después por el procedimiento indicado por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

V. Por virtud de la apelación interpuesta contra la sentencia dicha por la parte desfavorecida con ella, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, en fallo proferido el 29 de noviembre de 1976, luego de infirmar en todas sus resoluciones el apelado, denegó las súplicas deducidas por el demandante en el libelo inicial del proceso, e impuso a dicho litigante las costas causadas en las dos instancias del proceso.

La motivación del fallo de segundo grado

1. A vuelta de hacer el planteamiento general de la cuestión litigada y de advertir la presencia de los presupuestos procesales, indispensables para decidirla en el fondo, el Tribunal inicia las motivaciones de su sentencia notando que, según la demanda, la pretensión en ella aducida corresponde a la del mandato sin representación, cuyo fundamento jurídico ubica en el contenido del artículo 2177 del Código Civil.

Tomando dicha deducción por punto de partida, con citas doctrinarias y jurisprudenciales acomete el sentenciador *ad quem* el análisis de la naturaleza de dicho fenómeno jurídico, sus fines y sus efectos. Estima que el mandato sin representación corresponde al caso de simulación por interposición de personas; que ''la convención de prestanombre es el contrato por el cual una persona, el testaferro, se obliga para con otra, el simulador, a celebrar ostensiblemente un acto jurídico, pero queriendo entre ellas que, en realidad, el acto se celebre por el simulador''.

2. Pasa enseguida el Tribunal a considerar el aspecto de la prueba del mandato sin representación; recuerda sintéticamente la doctrina jurisprudencial dominante en el punto, para afirmar, después de transcribir el artículo 2149 del Código Civil y de referirse a las excepciones que a la restricción de la prueba testifical consagra el artículo 93 de la Ley 153 de 1887, que ''no hay duda de que hay prueba libre para demostrar el mandado o prestanombre''.

Añade la sentencia que en el caso presente tiene cabal aplicación la indicada libertad probatoria, ora se considere que el pretendido mandato sin representación fue ajustado antes de la vigencia del actual Código de Procedimiento Civil, por tener que estimarse entonces que dicho contrato constituía excepción a la regla de la restricción de la prueba testimonial; o ya se lo tenga como realizado posteriormente, en virtud de la derogatoria expresa de los artículos 91, 92 y 93 de la citada Ley 153, contenida en el precepto 698 de aquella codificación.

De su estudio en este aspecto de la cuestión, infiere el Tribunal que ''de todas maneras surge la conclusión inequívoca de que el mandato sin representación se puede probar en forma libre y debiéndose tener en cuenta para la valoración probatoria las reglas de la sana crítica''.

3. Orientado por el anterior razonamiento el juzgador de segundo grado emprende el análisis de cada uno de los medios de prueba aducidos al proceso; en esta tarea ponderativa llega a la conclusión de que del estudio conjunto de todos ellos se infiere ''que no se demostró la existencia del contrato de mandato oculto entre Jorge Enrique Céspedes Martínez y el señor Luis Hernando Moreno Sánchez y por ende se deben negar todas las súplicas de la demanda, revocando la resolución del juez *a quo* por no ajustarse a derecho''.

4. En su labor valorativa de las pruebas el Tribunal se refiere, en primer lugar, a la testimonial, para inferir, luego del estudio separado que hace de cada una de las declaraciones rendidas, que al analizar ''conjuntamente'' éstas

"se encuentra que no tienen la 'razón del dicho'. No basta —añade— que haya acuerdo en la manifestación de ser cierto o de que les conste el hecho objeto del interrogatorio o de su exposición, sino que es indispensable que expliquen cuándo, en qué lugar y de qué manera ocurrió el hecho y que haya también acuerdo en sus disposiciones sobre estas tres circunstancias, y, además, que expliquen cómo y por qué lo conocieron".

a) En el análisis crítico que hace de cada uno de los testimonios, asevera el *ad quem* que el de Clara Aminta Torres de Pinzón, cuyos pasos trascendentes transcribe en su fallo, no le merece credibilidad porque la testigo afirma que la sociedad "Sintec Limitada" se constituyó a fines de 1971, cuando en realidad tal hecho ocurrió al comienzo de dicho año; que si bien la deponente "dice que recuerda en forma fiel las conversaciones de los doctores Moreno y Céspedes, que tuvieron lugar en su presencia, sin embargo, dice que no recuerda nada acerca de los otros negocios por hacer tantos años", lo cual hace sospechoso su dicho; que manifiesta que "puede afirmar el hecho, por cuanto el doctor Céspedes le explicó la negociación, lo cual es difícil de creer, dado que la declarante era sólo la secretaria y el doctor Céspedes era el gerente, no siendo usual tal confianza por las diversas posiciones que ocupan en la sociedad"; que el hecho de que la declarante hubiera confeccionado el cheque de $ 50.000.00 "no indica que el doctor Céspedes le explicara la razón o causa del mismo"; que "el testimonio se rindió el 8 (sic) de septiembre de 1975 y los hechos ocurrieron a comienzos del año de 1971, lo cual hace difícil repetir lo que se oyó con exactitud"; que como "por razón del oficio una secretaria tiene que hacer comunicaciones, relaciones, actas, no es posible que retenga lo que oye a sus patronos cinco años después, máxime cuando oye todo género de conversaciones sin tener fija la atención exclusivamente en ellas"; que tan cierto "es esto, que luego más adelante dice no poder relatar las otras negociaciones, lo cual hace inverosímil que describa una y haya olvidado las demás";

b) Refiriéndose a la declaración de Myriam Edith Landínez, cuyo contenido también transcribe en lo pertinente, encuentra el Tribunal que "la testigo afirma el hecho por cuanto dice que el Gerente de Sintec Limitada se lo confió, lo cual no es verosímil, dada la diferencia jerárquica, ya que no es normal que un Gerente le explique a la recepcionista los negocios de la sociedad en forma minuciosa y detallada como lo expone la declarante".

Añade la sentencia que "en este caso se trataría de confesión extrajudicial del doctor Céspedes que al valorarla según la sana crítica no es aceptable por cuanto no fue confirmada por éste ni es verosímil, dado el cargo que desempeñaba la testigo y el largo tiempo transcurrido entre la época y la fecha de la declaración, lo que impide recordar pormenores de una confidencia a una secretaria encargada de contestar el teléfono únicamente y que por ende no podía comprender los alcances de un mandato sin representación";

c) Después de compendiar el testimonio de José Vicente Malagón Roncancio, asevera el juzgador que como el declarante depone sobre los hechos diciendo que los conoce por cuanto Luis Hernando Moreno se los contó, es testimonio de oídas y que por tanto "sólo prueba que el doctor Moreno le dijo tal cosa pero no que éste sea verdad".

Agrega la sentencia en su análisis crítico de esta declaración, que "ya se ha visto que en relación con el testimonio auditivo que los testigos pueden producir hasta cierto punto el sentido de una conversación, pero que no es probable que recuerden de largo tiempo los matices delicados y menos aún las palabras textuales como sucede cuando el testigo dice que el doctor Moreno le dijo al doctor Céspedes: 'Cómo vas a solicitar más plata, si te acabo de girar un cheque de $ 50.000.00 de los aportes míos y los de Vega'";

d) También califica el sentenciador como "de oídas" los testimonios de Francisco José Neira Jaramillo, Hernán Buitrago Hurtado y Antonio Ramón García Correa, cuyos dichos en lo trascendente sintetiza.

Refiriéndose al del primero, dice que el declarante "se refiere no directamente al hecho por probar, sino a hechos que a su vez sirven para establecer otro hecho y por tanto no produce plena convicción encerrando el riesgo de conducir a conclusiones equivocadas"; que "al testigo nada le consta acerca del mandato sin representación. Lo único que declara es que oyó decir que el doctor Moreno era socio, pero no explica cómo hizo el aporte y si intervino posteriormente en el desarrollo de las actividades sociales o cuál era su posición, la fecha del pretendido acuerdo, las modalidades de éste, etc.". Aludiendo a la declaración del segundo de dichos tres testigos, dice que ella tampoco acredita el mandato sin representación, porque además de no deponer sobre los hechos directamente el testigo "no se refiere al aporte, ni a la forma de pago de éste, ni a las modalidades de la intervención presunta

del doctor Moreno''. Frente al testimonio del último de estos tres declarantes, expresa la sentencia que en él su autor afirma que Moreno tenía el 25% en la sociedad ''porque se lo contó el doctor Céspedes en los viajes que tenía a Villavicencio'';

e) Estima el sentenciador, finalmente, que los testimonios de Bernardo Mora Duarte y Agenor García Gutiérrez son vagos, incoherentes y faltos de fundamentación atendible; y que, además, deponen sobre los hechos sólo por las referencias que de ellos tuvieron;

f) Tocante con la prueba testifical recibida a instancia del demandado, es decir, las declaraciones de Hugo Villafañe Sandoval, Gustavo Robledo Chavarriaga, Oscar Borrero Molina, Héctor Posada Hoyos, Gustavo Rodríguez Díaz, Santiago Saavedra Soler, Bernardo Andrade, Hernando Angulo Santos, Fernán Cardona Cardona, Santiago Duarte Buenahora, Jaime Duque Gómez, Guillermo Báez González y Horacio del Carmen Salas, el sentenciador se refiere a ellas globalmente para aseverar que ''a ninguno de estos declarantes le consta que el doctor Moreno era socio de Sintec Limitada, ni que haya aportado el 25% por interpuesta persona, ni que hubiera existido un mandato oculto entre el citado doctor Moreno y el doctor Céspedes''.

5. Concretando sus consideraciones a la carta de 26 de noviembre de 1973, dirigida por Hernando Carrillo y Manuel Vega Uribe a Jorge Céspedes y Hernando Moreno, después de transcribir algunos de sus apartes al Tribunal hace el siguiente juicio:

Que si bien Vega Uribe reconoció el contenido y su firma puesta en dicha misiva, por haberse prescindido del testimonio suyo para ratificarla en la forma prescrita en el ordinal 2º del artículo 227 del Código de Procedimiento Civil, ese documento declarativo ''no podía ser apreciado por el juez''; y que si el otro firmante de la dicha carta, es decir, Hernando Carrillo, sí rindió declaración juramentada, en ésta expresó ''que a él no le consta nada sobre la sociedad'', por lo que, añade la sentencia, debiéndose analizar conjuntamente la carta y su testimonio, ''dicho testimonio no es plena prueba del mandato oculto y su reconocimiento quedó sin eficacia probatoria al ser contradicho por quien lo reconoció.

6. Se detiene después el Tribunal en el análisis del interrogatorio absuelto por el demandado Céspedes Martínez el 2 de septiembre de 1975; dice que al responder una de las preguntas, concretamente la que se refiere a la razón del cheque de $ 50.000.00 que Moreno le giró el 7 de julio de 1971, el interrogado respondió: ''Lo giró a Sintec Limitada para enviarme el aporte social de su cuñado el coronel Miguel Vega Uribe, o sea $ 25.000.00, y como por la amistad que teníamos el doctor Moreno y yo, existía en ese momento una cuenta corriente, si así se podía llamar, la forma como particularmente nos prestábamos dinero, para pago de asuntos personales le solicité que mientras aclarábamos cuentas me enviara $ 25.000.00 adicionales para pagar parte de mi aporte social del 50%, o sea de $ 50.000.00 dentro de la compañía.

Estima el sentenciador *ad quem*, y así lo asevera en su sentencia para no ver en el giro del citado cheque prueba del mandato sin representación que Moreno Sánchez dice haberle conferido a Céspedes Martínez, que la confesión de éste contenida en dicho interrogatorio es indivisible y que por consiguiente deben tenerse como ciertas las explicaciones que da el hecho confesado.

7. Cuanto dice el dictamen rendido por los peritos contadores Rodrigo Ocampo Delgado y Daniel Abondano Pereira, en torno a la existencia de libros y comprobantes de contabilidad de la sociedad ''Sintec Limitada'', afirma el sentenciador que tal ''medio es inconducente e impertinente'' para demostrar el mandato oculto cuya existencia invoca el demandante como fundamento de su pretensión.

8. Por contera, en su estudio probatorio el Tribunal alude a la inspección judicial que con exhibición se practicó el 26 de noviembre de 1975 sobre los libros y papeles de contabilidad de la sobredicha empresa, para afirmar que, según éstos, se comprobaron los aportes de los socios, ''sin que apareciera el doctor Moreno en ningún documento como socio''.

Frente a este medio probatorio, añade la sentencia que ''en cuanto al cheque de $ 50.000.00 el juzgado expresó que 'a pesar de lo anterior y de lo dicho por el señor Jaime Bernal, antiguo contador de la empresa Sintec, no pudo constatar precisamente el movimiento o asiento en los libros del cheque de $ 50.000.00, ya que aparecen asientos por sumas diferentes como se ha visto; lo cual es una prueba más para concluir que no se contabilizó la suma de $ 25.000.00 como aporte del doctor Moreno''.

El recurso extraordinario.

1. Como ya está dicho, contra la sentencia que se acaba de extractar interpuso casación al demandante. En su respectiva demanda y con fundamento en la primera de las causales que con-

sagra el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente formula un solo cargo al fallo del Tribunal.

Mediante él lo acusa de ser indirectamente violatorio, por falta de aplicación, de los artículos 1602, 1603, 1604, 1610, 2142, 2149, 2150, 2155, 2157, 2177 y 2182 del Código Civil; y de los textos 822, 1262 y 1268 del Código de Comercio, por igual concepto, como consecuencia de los errores manifiestos de hecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de las pruebas que tomó en apoyo de su decisión.

2. Iniciando el desarrollo del cargo el recurrente, después de compendiar las razones que esgrimió el *ad quem* para desechar la prueba testimonial, asevera que esas afirmaciones son el fruto de los evidentes errores fácticos al apreciar toda esa prueba testifical, "pues contrariamente a lo dicho por él, los testimonios en cuestión son *responsivos, exactos y completos,* como lo exige la ley".

Y a intento de demostrar los errores de apreciación probatoria que denuncia, el censor emprende, separada y extensamente, la crítica a las consideraciones que hizo el Tribunal frente a cada uno de los testimonios, así:

a) Refiriéndose a la declaración de Clara Aminta Torres de Pinzón dice la censura, después de transcribirla en su integridad y de subrayar las expresiones que estima de mayor relevancia, que "difícilmente puede darse un testimonio que, como el que se examina, satisfaga cabalmente las exigencias de la sana crítica para llevar al ánimo del juzgador el convencimiento de que el testigo está diciendo la verdad con conocimiento exacto de los hechos, pues basta su lectura para advertir que en él se cumplen los requisitos señalados en el artículo 228 del Código de Procedimiento Civil de ser responsivo, exacto y completo".

¿Acaso, dice, no constituye razón de la ciencia del dicho de la testigo su afirmación de que le consta el hecho declarado "porque tenía su escritorio en la misma oficina del demandante y demandado y oía todo lo que conversaban? ¿O bien porque la testigo elaboraba las relaciones de los cheques y las cartas de la sociedad? ¿O porque ellos generalmente hablaban de la sociedad en su presencia?". Añade que además de responsivo este testimonio es exacto y completo: lo primero, "pues no existe vaguedad o incertidumbre en el relato de los hechos, desde luego que la declarante los narra con claridad, precisión y seguridad"; y lo segundo, "por cuanto no omite detalle o circunstancias de importancia en relación con los hechos materia de la declaración".

Considera el impugnador, en suma, que al apreciar este testimonio el Tribunal incurrió en los errores de hecho que la censura pinta así:

1º Alteró su real contenido al no haber visto las explicaciones que la testigo dio a sus respuestas, "explicaciones a que aludí anteriormente y que me permití subrayar en la transcripción que hice de su declaración, en las cuales se contienen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos y la manera como llegaron a su conocimiento"; omitió considerar la afirmación de la declarante en el sentido de que "yo misma elaboraba las relaciones de los cheques, las cartas de dicha sociedad"; y además, dejó de apreciar también "las respuestas dadas por la declarante a las cinco preguntas del apoderado de la demandante, en las cuales consigna la razón de su dicho".

2º Tampoco vio el sentenciador las respuestas dadas a las preguntas 2ª a 6ª del contrainterrogatorio, en las cuales se encuentra la razón del dicho de la testigo referente al hecho de haber aportado Moreno Sánchez el 25% del capital a la sociedad Sintec Limitada, "como lo evidencia el hecho de que no hubiera transcrito las respuestas a las preguntas 3ª, 4ª, 5ª y 6ª, ni hubiera hecho alusión a ellas".

3º "Después de transcribir *la respuesta dada a la penúltima* de las preguntas del demandante, —añade el casacionista— en la cual manifiesta la testigo que Céspedes y Moreno generalmente hablaban en su presencia de la sociedad, dice el Tribunal que al explicar la razón de su dicho expresó: ... "y copia la respuesta a la *pregunta segunda del contrainterrogatorio del demandado,* en la cual se explica no la respuesta transcrita, sino la del relato espontáneo del folio 25".

4º Cree el censor, por otra parte, que el *ad quem* incurrió en nuevo yerro fáctico al decir en su fallo que la declarante expresó en su deposición que "no recuerda *en forma fiel* las conversaciones de los doctores Moreno y Céspedes", cuando en parte alguna de su testimonio "hace semejante aseveración"; que le achaca, así mismo, la afirmación de que "*no recuerdo nada* acerca de los otros negocios por hacer tantos años", cuando "lo que realmente dijo fue: "*exactamente no recuerdo ...*". Explica el censor que "es muy distinto decir que *no recuerda nada,* que decir que *no recuerda con exactitud*".

5º Al referirse a la consideración de la sentencia de que el testimonio en cuestión, en cuanto

dice que conoció de la participación de Moreno en un 25% para integrar el patrimonio social "por cuanto el doctor Céspedes le explicó la negociación", es inatendible por no ser usual confianza semejante entre la secretaria y el gerente de una sociedad, expresa la censura que tal juicio del Tribunal se basa "en meras suposiciones, en una apreciación meramente subjetiva sin respaldo probatorio de ninguna índole"; y que consiguientemente entraña error de hecho por radicar el fundamento de tal apreciación judicial en hechos no probados en el proceso, y

6º Estima la censura, y en ello hace consistir un error de hecho más que le enrostra al sentenciador en la apreciación de la declaración de la citada Torres de Pinzón, que aquel no vio, ni apreció por tanto en su fallo, "la confesión extrajudicial hecha por Céspedes a la testigo sobre la participación de Moreno como socio de Sintec Limitada, atestiguada por ella".

b) Continuando en el desenvolvimiento del cargo, el recurrente transcribe también la declaración de Myriam Edith Landínez, que el Tribunal descartó por estimarla de oídas y además sospechosa, "ya que no es normal que un gerente le explique a la recepcionista los negocios de la sociedad en forma minuciosa y detallada como lo expone la declarante".

Estima el casacionista que ese razonamiento del *ad quem* es meramente personal y por lo mismo inaceptable, pues que no tiene fundamento alguno sostener que ese hecho no sea normal; que igualmente es infundado aseverar, como lo hace el Tribunal, "que el largo tiempo transcurrido entre la época en que sucedieron los hechos y la fecha de la declaración (apenas cuatro años), 'le impide recordar pormenores de una confidencia a una secretaria encargada de contestar al teléfono únicamente', pues se basa en una mera suposición".

c) Después de transcribir gran parte del testimonio rendido por José Vicente Malagón Roncancio, que el Tribunal calificó de oídas, expresa el impugnador que en su razonamiento el *ad quem* incurrió en falencia por los motivos que el casacionista presenta así:

1º No tomó nota "de que el declarante es un destacado ingeniero civil, amigo del demandante y demandado, con quienes ha mantenido relaciones de trabajo" y hecho conjuntamente contratos con empresas oficiales, "circunstancias éstas que constituyen razón fundamental de su dicho, pues explican el conocimiento que tuvo el testigo de la participación de Moreno como socio de Sintec Limitada".

2º Pasó por alto el sentenciador, incurriendo así en un nuevo error de hecho, la manifestación de este testigo en el sentido de que "Moreno me propuso que hiciera parte de la sociedad ..., que sus acciones en Sintec, como se llamaba la empresa, quedarían en manos del doctor Céspedes, que la compañía sería de cuatro socios, cada uno de los cuales tendría el 25%".

3º Alteró el testimonio en cuestión, al estimar que las palabras que el declarante puso en boca de Moreno "fueron textuales", cuando el propio deponente, en respuesta posterior que el Tribunal no vio, afirmó que esas fueron, más o menos, las que pronunció, "pues no es una cosa estricta, pero el sentido si fue ese".

4º Tampoco vio el *ad quem*, al apreciar este testimonio, que el declarante dijo que era evidente que Moreno era socio de Sintec Limitada porque "lo supe por información del mismo doctor Moreno y por lo que se trataba en el tiempo en que las oficinas eran conjuntas, ellos frecuentemente tenían conversaciones respecto a esa sociedad"; ni vio tampoco la afirmación de dicho testigo en el sentido de que le oyó decir a Céspedes "que no arreglaría la situación de Moreno en Sintec sino cuando se arreglaran otros negocios de construcción que ellos tenían", y

5º "No vio la confesión extrajudicial que sobre todos estos puntos hizo Moreno en presencia del testigo".

d) Estima la censura que en la apreciación del testimonio del también destacado profesional de la ingeniería civil, Francisco José Neira Jaramillo, el juzgador de segundo grado incurrió en los siguientes yerros fácticos:

1º No haber tomado en cuenta las manifestaciones del testigo de que Moreno "lo informó que pensaba constituir una sociedad de estudios e interventorías con Céspedes"; que con ocasión del proyecto que tenía de hacer algunas construcciones en la urbanización Las Américas, el deponente le propuso a Moreno que entrara en el negocio, a lo cual éste manifestó que "lo podríamos hacer a través de la firma que él tenía con el doctor Céspedes"; y que éste, en conversaciones que tuvo con el declarante sobre la sociedad Sintec Limitada, le dijo que "no se podía decidir sin consultar con el doctor Moreno, por cuanto él era parte muy importante de la sociedad".

2º Haber pasado por alto las manifestaciones del testigo al contestar las preguntas del demandante, en las cuales declaró que tuvo informaciones directas de Céspedes sobre la intervención de Moreno en Sintec Limitada, porque sobre el

punto hablaron varias veces, en las cuales le manifestó que Moreno no podía figurar como socio por razones de ética.

3º No haber visto que el declarante "hizo un largo relato espontáneo sobre los hechos materia de su testimonio y explicó debidamente sus respuestas con expresión de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos", por lo que es testimonio responsivo, exacto y completo, y

4º No haber visto tampoco, por lo que incurrió en un nuevo error de hecho, "la confesión extrajudicial que en varias ocasiones hizo Céspedes en presencia del testigo acerca de la participación de Moreno como socio-de Sintec Limitada".

e) Asevera la censura que el Tribunal, en la apreciación del testimonio del ingeniero Hernán Buitrago Hurtado, incurrió en los siguientes errores de hecho:

1º No haber tomado en cuenta las explicaciones que para los hechos por él depuestos el testigo da en su declaración, tales como que conoció estrechamente las relaciones de Moreno y Céspedes "por ser una de las personas que procuró un arreglo directo de algunos diferendos entre ellos"; que Moreno estuvo vinculado a la empresa desde su fundación, lo que afirma el declarante, dice, "por informaciones de ellos mismos ... y como amigo íntimo de ambos me informaba de todas sus relaciones y proyectos"; y que supo que Céspedes tenía las acciones de Moreno dentro de la sociedad, de lo cual "tuve conocimiento en las mismas oficinas que compartían ..., por manifestaciones expresas de ellos ...".

2º No haber visto que en esos y otros pasajes de la declaración "se encontraban consignadas satisfactoriamente las explicaciones de" las respuestas del testigo, las circunstancias de tiempo, modo y lugar como ocurrieron los hechos y de la manera como tuvo conocimiento de ellos, y

3º "No percató (el Tribunal) la confesión extrajudicial hecha por Céspedes en presencia" de este declarante.

f) Frente a la apreciación que el *ad quem* hizo de la declaración del arquitecto Antonio Ramón García, la censura invoca los siguientes dos yerros fácticos:

1º Haber cercenado el contenido del testimonio al afirmar que "el testigo no había dado explicaciones, cuando lo cierto es que al hacer el relato espontáneo expresó las circunstancias de tiempo, modo y lugar como tuvo conocimiento del hecho". A intento de demostrar este error, el casacionista transcribe a continuación algunos apartes de la declaración testimonial referida, y

2º El sentenciador "alteró la naturaleza de la prueba al ver en ese testimonio una declaración de oídas, cuando por haber manifestado Céspedes al testigo hechos que lo perjudican, como el referente a la participación de Moreno en Sintec Limitada como socio, con un aporte del 25%, se está frente a una confesión extrajudicial".

g) Poniendo un eslabón más a la larguísima cadena de errores de hecho que el censor le enrostra al Tribunal, asevera que en la consideración del testimonio de Bernardo Mora Duarte también cayó en falencia. Y luego de transcribir algunos pasos de esta declaración, denuncia los siguientes yerros:

1º "Prefirió el relato espontáneo, donde se contiene la razón de su dicho", especialmente en cuanto el testigo afirma que al preguntarles "quiénes eran los socios me manifestaron que eran Hernando Moreno, un cuñado de Hernando Moreno y un ingeniero Carrillo, Jorge Céspedes me dijo que Hernando no podía figurar dentro de la razón de la sociedad porque presumían pudieran presentárseles dificultades por posible incompatibilidad y que él llevaría la representación de los derechos sociales de Hernando Moreno".

2º "Alteró la objetividad de la prueba" al calificar el testimonio de vago, incoherente y sin fundamentación, "pues el dicho del declarante se apoya exclusivamente en las manifestaciones que sobre la calidad de socio de Moreno le hicieron éste y Céspedes", y

3º No vio el Tribunal que tales manifestaciones hechas por Céspedes al declarante entrañan una confesión extrajudicial.

h) Estima la censura que en la apreciación del testimonio de Agenor García Gutiérrez, el juzgador de segunda instancia incurrió en los siguientes yerros fácticos:

1º No vio "que en el relato espontáneo, luego de narrar en forma amplia y detallada el negocio en virtud del cual se relacionó con Céspedes", el testigo afirma que en abril o mayo de 1973 le preguntó "que si él era socio del doctor Moreno en ese contrato de Quirigua"; que Céspedes le contestó que no, pero que "él sí tenía una sociedad con el doctor Moreno en la cual él lo representaba ...".

2º No vio el Tribunal, dice la censura, que en esas respuestas el testigo explica las circunstancias de tiempo, modo y lugar como tuvo conocimiento de los hechos que declara, y que, "por lo mismo, es responsivo, exacto y completo".

3º "No percató que por el hecho de haber tenido conocimiento de la participación de Moreno en Sintec Limitada, a través del dicho de Céspedes, no se trata de un simple testimonio de oídas, sino de una confesión extrajudicial", y

4º Al afirmar el Tribunal que este testigo "lo único que declara es que Moreno tiene acciones o aportes en Sintec", cercenó el contenido de la declaración, "pues quedó visto que su testimonio es mucho más amplio".

i) Refiriéndose a los testimonios recibidos en el proceso a instancia del demandado, considerados también por el *ad quem* en su fallo para decir que a ninguno de tales declarantes les consta que Moreno sea socio de Sintec Limitada, ni que haya aportado el 25% por intermedio de Céspedes, ni, en suma, que éste hubiese sido mandatario oculto de aquél en la constitución de la sociedad, el casacionista asevera:

"Salta a la vista el error en que incurrió el Tribunal" en el análisis de dichos testimonios, pues la conclusión de aquél en el punto es "como si por la sola circunstancia de que una persona ignore un hecho hubiera que tener por cierto que ese hecho no existe. Sería tanto como sostener que porque a una persona no le consta que en Bogotá existe el cerro de Monserrate, hubiera que tener por cierto que no existe, aunque a muchas otras sí les consta su existencia. ¿Cómo puede pretenderse que un acto que se realizó en secreto, precisamente para ocultarlo a terceros, sea conocido por todas las personas con quienes se tenga alguna relación?".

3º Continuando en el desenvolvimiento del cargo la censura acomete el estudio de la carta de 26 de noviembre de 1973, dirigida por Hernando Carrillo y Miguel Vega Uribe a Jorge Céspedes y Hernando Moreno.

Y después de transcribir su texto, asevera que el Tribunal pasó por alto las expresiones en ella contenidas y singularmente esta: "En nuestra calidad de socios de Sintec Limitada ..."; "... una compañía de construcción que Uds. tienen y la representación de las acciones de Sintec que tiene el doctor Céspedes a nombre del doctor Moreno", "... la marcha de la compañía a la cual los cuatro pertenecemos"; que se convoque a una reunión "para efectuar un reparto de utilidades, entre los cuatro socios ...".

Avanzando en el desarrollo de esta censura el casacionista, después de transcribir las consideraciones que el Tribunal hizo para negarle valor probatorio a la referida carta, dice que la apreciación del *ad quem,* relativamente a su firmante Carrillo Pachón, es el fruto de los siguientes cuatro errores de hecho que denuncia así:

1º No tomó nota de que las respuestas dadas por el testigo al interrogatorio que se le formuló acerca del contenido de dicha carta "son manifiestamente vagas y alusivas, pues en ellas no se niegan rotundamente los hechos, pero sí se deja una sombra de duda sobre su existencia"; y que si el Tribunal hubiere apreciado la vaguedad de esas expresiones del testigo, "habría concluido que sobre ellas tienen necesariamente que primar las afirmaciones terminantes y espontáneas hechas en la carta".

2º Omitió ver el Tribunal que la declaración fue rendida el 8 de septiembre de 1975, es decir, dos años después de haberse escrito la carta, o sea cuando entre el testigo y el demandado "existían vínculos de dependencia o efecto que necesariamente hacían sospechosa la retractación que pretendió hacer de lo afirmado en la carta", según el deponente lo expresó en su propia declaración.

3º "No vio el sentenciador que la contradicción existente entre la carta suscrita por el testigo y su declaración, hacía inverosímil su dicho, a más de sospechoso", y

4º "No percató que las afirmaciones contenidas en la carta sobre la calidad de socio de Moreno y su participación en Sintec con un 25% entrañan una confesión extrajudicial, pues surten efectos probatorios que perjudican a Carrillo como socio de Sintec, al reconocer la participación de otro socio".

4. Dice la impugnación que la carta, calificada por el sentenciador como documento declarativo frente a su firmante Vega Uribe, que por ello no le dio validez probatoria, por estar ratificada según los términos del numeral 2 del artículo 277 del Código de Procedimiento Civil, no reviste la categoría que el Tribunal le dio, sino que es "eminentemente dispositivo, pues no se escribió con el fin de relatar hechos de que se tenía conocimiento, sino de hacer unas declaraciones de voluntad encaminadas a producir efectos jurídicos, como el arreglo de las diferencias entre los dos socios, para la buena marcha de la sociedad que a los firmantes interesaba obviamente; como las fórmulas de arreglo propuestas en ella; como la solicitud de convocatoria de la Junta Directiva para el reparto de utilidades entre los cuatro socios".

Concretando el error de apreciación probatoria que frente a dicha carta el censor le endilga al *ad quem,* dice aquel que en relación con ella

éste incurrió "en evidente error de hecho al ver en ella un documento *declarativo,* cuando por su contenido real es un documento *dispositivo.* Error que lo llevó a no apreciarlo, incurriendo en uno de derecho al desconocerle su valor probativo, con violación de los artículos 187 y 227 del Código de Procedimiento Civil. El error de derecho es, por tanto, consecuencia del hecho denunciado. Y por lo mismo, no vio la confesión extrajudicial de Vega sobre la participación de Moreno en Sintec, que necesariamente lo perjudica".

5. Cree el casacionista, y así lo asevera para denunciar un nuevo error de hecho de los tantos que imputa al sentenciador, que éste incurrió en falencia al calificar la confesión del demandado, rendida en el interrogatorio que absolvió, como indivisible, en relación con el cheque que Moreno giró a favor de Sintec el 7 de julio de 1971.

En demostración de esta censura dice el recurrente: "como el demandado confiesa haber recibido de Moreno un cheque de $ 50.000.00 a favor de Sintec, la mitad de los cuales era el aporte de Vega Uribe, y agrega que *existía una cuenta corriente entre los dos* a la cual ingresaron los otros $ 25.000.00 como préstamo de Moreno, se trata de *un hecho distinto* que no guarda la menor relación con el confesado, y, por consiguiente, tenía que apreciarse separadamente. En el proceso no existe asomo de prueba de la tal cuenta corriente. Lo cual significa que no se está frente a una confesión indivisible, como equivocadamente lo calificó el Tribunal, sino de una declaración de parte escindible".

6. Enseguida el casacionista compendia las razones que esgrimió el Tribunal, para estimar que el dictamen rendido por los peritos Rodrigo Ocampo y Daniel Abondano es impertinente para demostrar el mandato oculto; y luego de extractar el contenido de dicha prueba, asevera:

"Incurrió, por tanto, el Tribunal en manifiesto error fáctico al no haber tomado nota de estas conclusiones de los peritos, de los cuales aparece que el cheque de $ 50.000.00 mencionado ingresó a la cuenta de socios de Sintec, en la cual se hizo figurar la cantidad de $ 25.000.00 a nombre de Miguel Vega U. y los otros $ 25.000.00 a nombre de Céspedes. De no haber caído en él, habría concluido con el juzgado que Moreno sí es socio de Sintec en una cuarta parte, pues de otra manera no se explica la consignación a la cuenta de la empresa y no del socio personal, tratándose como lo afirmó de un préstamo del 50% del mismo".

7. Relativamente a las consideraciones que el *ad quem* hizo de la inspección judicial que se practicó en noviembre de 1975, sobre los libros y papeles de contabilidad de la empresa Sintec Limitada, también las califica la censura como el fruto de un error de hecho manifiesto.

Y para concretarlo, expresa: "Pasó por alto ... el concepto de los peritos que intervinieron en esa diligencia, acerca de que *la contabilidad que se nos presentó ... no reúne ni cumple las calidades y requisitos* que exige el Código de Comercio, por lo cual se vieron obligados a prescindir de ella. De donde resulta que si los libros de contabilidad carecen de eficacia probatoria a causa de los defectos de que adolecen, el hecho de que no se hubiera contabilizado el aporte de Moreno no significa que no se hubiera llevado a cabo, máxime cuando él y Céspedes querían mantener ese hecho en secreto".

8. Rematando la formulación del cargo que le hace a la sentencia de segundo grado, expresa el recurrente que de no haber incurrido el *ad quem* en los numerosos errores de apreciación probatoria que denuncia, "habría visto que con la confesión extrajudicial del demandado Céspedes plenamente establecida en el proceso, con la prueba testifical aducida por el demandante, con la carta dirigida por los dos socios de Sintec Limitada a Céspedes y Moreno, en su calidad de socios de la misma, y con los demás elementos probativos que la corroboran, se demuestra cabalmente que Moreno sí tenía la calidad de socio en Sintec, con un aporte del 25%, y que no figuró en la escritura de constitución de la sociedad por acuerdo con Céspedes, quien recibió de aquél la cantidad de $ 25.000.00, valor de su aporte, y en cuya cabeza figuraba éste".

Por contera agrega el casacionista en su demanda que los errores de apreciación probatoria cometidos por el Tribunal, fueron la causa determinante de que en su sentencia se violaran, por no haberlos aplicado en el caso litigado, siendo todos aplicables a él, los preceptos legales sustanciales cuyo quebranto denuncia en el encabezamiento del cargo.

Consideraciones de la Corte

1. Cuando mediante un concierto de voluntades una parte encarga a la otra de la ejecución de uno o más negocios y ésta se obliga a su realización, por cuenta y riesgo de la primera, tal acuerdo configura un contrato de mandato, el que podrá ser civil o comercial según la naturaleza de la operación o acto por ejecutar, pues en

principio aparece como natural y obvia diferencia la de que en el mandato comercial se circunscribe como obligación, a cargo del mandatario, la celebración o ejecución de actos de comercio (artículos 2142 del Código Civil y 1262 del Código de Comercio).

2. Ahora, al no querer revestir la ley de solemnidades especiales el contrato de mandato, por cuanto dispone que puede hacerse por escritura pública o privada, "por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra" (artículo 2194 del Código Civil), se ha inclinado la doctrina de la Corte por sostener que existe libertad probatoria para demostrar su existencia, pues solo excepcionalmente y cuando así lo disponga la legislación, como ocurre respecto del mandato o poder para litigar (artículo 65 del Código de Procedimiento Civil), o para contraer matrimonio (artículo 11 Ley 57 de 1887), que requieren determinadas solemnidades, su prueba, entonces, deja de ser libre.

3. En la especie de esta litis el demandante finca su pretensión en el hecho de haber celebrado con el demandado un contrato de mandato sin representación para la constitución de una sociedad comercial de responsabilidad limitada, todo lo cual no encontró demostrado el Tribunal, pues a su criterio la prueba adunada a los autos no exteriorizaba la relación contractual refiriéndose especialmente a la de índole documental y testimonial y diciendo de la última que carecía de responsividad, exactitud, fundamentación y explicación.

4. La doctrina ha sostenido reiteradamente que el declarante para que su versión aparezca con fuerza de convicción aceptable, debe referir todas aquellas circunstancias que pongan de presente la razón de su dicho. Por tal virtud, no sólo la legislación anterior le imponía al funcionario a quien le correspondía recibir tal medio de prueba que tomara "especial empeño en que el testimonio fuera responsivo, exacto y completo" (artículo 688, Ley 105 de 1931), sino que el actual preceptúa que "el juzgador exigirá al testigo que exponga la razón de la ciencia de su dicho, con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento y pondrá especial empeño en que el testimonio sea exacto y completo", pues "no se admitirá como respuesta la simple expresión de que es cierto el contenido de la pregunta ni la reproducción del texto de ella" (artículo 228 del Código de Procedimiento Civil).

De suerte que es apenas obvio que el legislador en procura de buscar la verdad material en el aspecto litigioso, se oriente porque la prueba aparezca expresiva, clara, completa y depurada de toda vaguedad e imprecisión en torno a los hechos que exterioriza, sobre todo cuando el medio de convicción es de linaje testimonial, pues ante las deficiencias que el relato y conocimiento de los hechos pueda presentar el testigo, la ley no puede menos que señalar ciertas exigencias o reglas para su recepción y aceptación.

6. Con todo, en la estimación de la prueba testimonial, el juzgador, en pos de examinar la presencia en ella de todas aquellas exigencias orientadas a lograr una versión llena de claridad y precisión, no puede desbordar su análisis y apreciación hasta tal punto que dicho medio de convicción quede eliminado como tal de las controversias judiciales.

7. Pues bien, en lo tocante con la demostración del contrato de mandato que invoca el demandante haber celebrado con el demandado, atinente a la constitución de una sociedad limitada, aquél adujo al proceso varios elementos de convicción, entre los cuales por razón del ataque formulado, merece destacar los que a continuación se enuncian, por ser estos suficientes para quebrar la sentencia del Tribunal.

a) Clara Aminta Torres de Pinzón, comienza por referir que conoce al doctor Céspedes porque en el año de 1965 se desempeñaba en las labores de secretaria en la oficina donde éste también laboraba y conoce al doctor Moreno porque aquél la relacionó con éste, lo cual dio lugar a que el último la empleara a partir de 1966 y luego laborara con ellos dos y el doctor Malagón, habiéndose retirado en 1972, para contraer matrimonio; que a fines de 1971 se constituyó la sociedad "Sintec Limitada", lo cual sabe porque el escritorio de ella estaba ubicado "dentro de la oficina de los doctores Moreno y Malagón; en ese tiempo el doctor Céspedes trabajaba con ellos" y por las "charlas que les oía", se enteró de que compraron un jeep, una casa, implementos de construcción y "personalmente le elaboré al doctor Moreno un cheque por $ 50.000.00 de los cuales $ 25.000.00" correspondían a la cantidad "con lo que él participaba en la sociedad, los otros $ 25.000.00 fue un préstamo que le hizo al Coronel Miguel Vega para que aportara también en dicha sociedad"; que "los socios de la compañía eran Miguel Vega Uribe, Hernando Carrillo, Jorge Céspedes Martínez y el doctor Hernando Moreno"; que "inicialmente convinieron en que el doctor Moreno no participaría directa-

mente en la sociedad por tener varios contratos de construcción, no le quedaba tiempo para intervenir", por lo cual "el doctor Céspedes lo representaría con su 25% de acciones, o sea, que él aparecería con el 50% incluyendo las acciones del doctor Moreno. Yo misma elaboraba las relaciones de los cheques, las cartas de la sociedad"; que lo que acaba de afirmar lo sabe, repite, "porque yo era la secretaria de ellos y como le dije anteriormente el escritorio mío quedaba en la misma oficina y me daba cuenta de las charlas", pues "yo personalmente oí cuando el doctor Moreno le sugirió al doctor Céspedes la formación de la sociedad" y "convinieron que el doctor Moreno no figuraría en escrituras" y que lo representaría el doctor Céspedes. Después de explicar la adquisición de una casa ubicada en Supía para evitar pagar arrendamiento, de repetir que elaboró el cheque por $ 50.000.00, la distribución del mismo, quiénes fueron los socios fundadores, cuál el motivo para que no figurara en la escritura el doctor Moreno, lo cual fue un "convenio verbal", finaliza la declarante eludiendo a algunos contratos de construcción que ejecutó el doctor Moreno, entre ellos un puente, no recordando más por el tiempo transcurrido;

b) Myriam Edith Landínez, inicia su relato afirmando que conoce a las partes, o sea, al doctor Moreno a través de una amiga y al doctor Céspedes, porque trabajó con él en "Sintec Limitada"; que sabe que los socios de la sociedad "Sintec Limitada" eran cuatro, esto es, los doctores Hernando Moreno, Jorge Céspedes, Hernando Carrillo y el coronel Miguel Vega; que tuvo conocimiento de que el doctor Moreno era socio de "Sintec Limitada", porque *el mismo doctor Jorge Céspedes me comentó, cuando yo llegué a la empresa a trabajar ... que él tenía el 50% de las acciones, de las cuales el 25% eran del doctor Moreno,* explicándole que éste último "no quería estar en dos sociedades, entiendo yo, que tenía contratos de construcciones y no quería estar con interventorías"; que lo de quiénes eran socios "se lo oí a él —refiriéndose al doctor Céspedes— y a todos los empleados de la compañía"; que *dicho por boca del mismo doctor Céspedes sé que el doctor Moreno es socio de Sintec Limitada";* que laboró en la sociedad "Sintec Limitada" aproximadamente 8 meses, habiéndose retirado en forma voluntaria y fue en ese entonces su jefe directo, Jorge Céspedes; que no tiene conocimiento de que exista documento sobre el hecho de que el doctor Moreno sea socio de Sintec Limitada, *pero que más que el mismo doctor Céspedes me lo comentó desde que entré a la empresa de que ellos eran socios y lo de las acciones,* todo lo cual le fue referido *por la misma boca del doctor Jorge Céspedes* (subraya la Corte);

c) El declarante José Vicente Malagón Roncancio cuenta que es ingeniero; que conoce a los doctores Moreno y Céspedes; que tiene conocimiento de los hechos que se le preguntan, porque inicialmente el doctor Moreno le propuso que formara parte de la sociedad y después de explicarle los motivos para no participar, "yo le pregunté cómo hacer él ante la incompatibilidad que me parecía que existía ... entre la construcción y la nueva modalidad de contratación ... y él me manifestó, el doctor Moreno, que una cosa era tener acciones en una compañía de estudio y otra cosa era actuar como constructor; que sus acciones en 'Sintec', como se llamaba la empresa, quedarían en manos del doctor Céspedes; que la compañía sería de cuatro socios, cada uno de los cuales tendría el 25%, y posteriormente supe por el mismo doctor Moreno que la compañía había quedado formada por el Coronel Vega, el doctor Jorge Céspedes, el doctor Hernando Carrillo y el doctor Luis Hernando Moreno Sánchez"; que la sociedad Sintec Limitada, en un principio funcionó en las oficinas que tenían conjuntamente el declarante y el doctor Moreno, las cuales estaban situadas en la calle 59 Nº 10-08 y "esas oficinas constan de dos piezas, en la de la entrada trabajaba el doctor Céspedes, hasta cuando consiguió otras oficinas en la misma calle, un poco más abajo y en el lado opuesto"; que *era frecuente la comunicación entre el doctor Céspedes y el doctor Moreno, incluso en la misma ocasión el doctor Céspedes solicitó dinero al doctor Moreno y él le contestó en tono alto "cómo vas a solicitar más plata, si te acabo de girar un cheque de $ 50.000.00 de los aportes míos y de Vega".* "Yo recuerdo esa circunstancia porque me llamó la atención la prontitud con que se pagaban esos aportes, cuando en otras compañías de las cuales yo he formado parte, he visto la dificultad de conseguir el pago de los aportes". Enseguida procede el declarante a referir algunos negocios de ingeniería celebrados entre él y los doctores Céspedes y Moreno y la forma como se liquidaron, para luego sostener que sabe que el doctor Moreno era socio de Sintec Limitada, en proporción de un 25% de las acciones, por habérselo oído decir al citado Moreno "por lo que se trataba en el tiempo en que las oficinas eran conjuntas y frecuentemente tenían conversaciones respecto a esa sociedad ... *y porque le oí manifestar al doctor Céspedes que mientras no se arreglaran esos negocios de construcción que ellos tenían, él no arreglaría lo de Sintec,* y precisa-

mente, en mi deseo de que ellos arreglaran y entablaran un diálogo o negociación directa, fue por lo que yo no tuve inconveniente en sacrificar mis aspiraciones económicas con los contratos de trituración y el del puente sobre el río Humea''; que ''una vez que salíamos de las nuevas oficinas de Sintec hacia la carrera 7ª, *fue cuando el doctor Céspedes me dijo que no arreglaría la situación de Moreno en Sintec sino cuando se arreglaran otros negocios de construcción que ellos tenían*''; que el doctor Luis Hernando Moreno no aparece en la escritura de constitución de Sintec Limitada, ''porque teniendo trabajos o contratos de construcción no podía hacer parte de una firma asesora, según un concepto que era corriente y que fue el que yo le expliqué para que yo no hiciera parte de una firma de consulta porque estaba dedicado a la construcción''. El testigo, al ser contrainterrogado para que manifieste la fecha en que el doctor Moreno le dijo al doctor Céspedes ''cómo vas a solicitar más plata si te acabo de girar un cheque de $ 50.000.00 de los aportes míos y de Vega'', responde que *eso fue a comienzos del año 1971 y no recuerdo quién pudiera estar presente en la cosa. Recuerdo sí que el doctor Céspedes se paró de su oficina y pasó a la nuestra, y Moreno le dijo esas palabras, más o menos, pues no es una cosa estricta, pero el sentido sí fue ese.* Finalmente, el declarante indica el año en que Céspedes le dijo que no arreglaría la situación de Moreno en Sintec hasta tanto no arreglara otros negocios de construcción existentes entre ellos y que no ha visto documentos en los que conste que Moreno es socio de Sintec y que Céspedes lo representara en las acciones que aquél tenía en la misma sociedad (las subrayas son de la Corte);

d) El ingeniero Francisco José Neira Jaramillo, quien también conoce a las partes, al ser interrogado, se manifiesta así: ''En algún momento tal vez en el año 1972, yo tenía oportunidad de hacer un negocio de construcción de casas aproximadamente unas 20 casas en la urbanización Las Américas en Bogotá, en ese momento yo estaba construyendo 18 casas en lotes de la sociedad que yo represento, me interesaba mucho construir la manzana de enfrente, pues me llamaba mucho la atención el número de lotes y la ubicación, entonces, se me ocurrió ocasionalmente, tuve la oportunidad de proponerle al doctor Moreno para que él a través de su sociedad o personalmente pudiéramos financiar esas casas. El doctor Moreno se interesó verdaderamente en el plan y me dijo que eso lo podríamos hacer a través de la firma que él tenía con el doctor Céspedes y sus otros socios la firma Sintec concretamente. Tuvimos algunas conversaciones preliminares acerca de ese posible negocio y en razón del mismo yo les presenté un estudio de factibilidad acerca de la construcción de esas casas cuyo monto podría ascender a unos cinco millones de pesos, para ese negocio si no recuerdo mal yo les solicitaba un aporte aproximado de un millón de pesos y la oficina mía se encargaría de gestionar los créditos necesarios para desarrollar el plan. *En el curso de todas esas conversaciones tuvimos un almuerzo en el Club de Ingenieros aquí en Bogotá, el doctor Moreno, el doctor Céspedes y yo, en esa ocasión tratamos ampliamente el tema del negocio propuesto y hablando de otros temas el doctor Céspedes me corroboró el éxito de Sintec, el éxito que estaba teniendo la sociedad y las proyecciones que tenía hacia el futuro, se volvió a tratar claramente el punto de que el doctor Moreno no aparecía en los estatutos de esa sociedad aunque en el conocimiento de los que estábamos en la reunión o todos era que él tenía una parte igual o principal en ese negocio, esta reunión o este almuerzo fue muy cordial* y convinimos en seguir adelantando las negociaciones para llevarlo a efecto, me refiero al negocio de las casas, pues verdaderamente había intereses de parte y parte en realizarlo, se estableció ya en ese momento muy claramente que yo seguiría tratando esa realización de ese plan de vivienda con el doctor Céspedes, por cuanto que el doctor Moreno en esos días estaba muy dedicado a sus trabajos de construcción y viajaba con mucha frecuencia si no estoy mal a Pasto o a Florencia, en uno de esos dos sitios él tenía unos contratos. Con ocasión de esas mismas conversaciones o tal vez un poco antes, no podría recordar, el doctor Céspedes me solicitó personalmente a mi oficina telefónicamente a la oficina (sic) que le adjuntara mi hoja de vida profesional para efecto de que yo figurara como ingeniero asociado a Sintec. Efectivamente yo le envié la hoja de vida creo que en más de una vez, dos veces creo, una y otra para actualización. A raíz del mismo negocio que yo les había propuesto yo tuve ocasión de conversar con el doctor Céspedes y el doctor Carrillo en las oficinas de Sintec, estudiamos pormenores del negocio y éste se fue aplazando por razones de que se quería estudiar más a fondo y se quería tener más seguridad, me parece que tuvimos ocasión de haber (sic) en las oficinas de ellos tal vez unas dos o tres veces no sabría decir, *en la última charla que tuvimos respecto al citado negocio me dijeron el doctor Céspedes y el doctor Carrillo que ese negocio no se podía decidir sin consultar con el doctor Moreno por cuanto que él era la parte muy importante de la sociedad*

que ellos tenían. El asunto se fue enfriando y yo definitivamente presumí que había poco interés de parte de Sintec o de sus socios de realizar el negocio de las casas conmigo, por tanto yo no volví a insistir y continué con mis demás actividades personales" (subraya la Corte);

e) Hernán Buitrago Hurtado, ingeniero, refiere que tiene una estrecha amistad con las partes litigantes y, por tal virtud, ha sido "asiduo visitante de las oficinas de ellos", circunstancia por la cual le informaban acerca de todas sus realizaciones y proyectos, como también está enterado de los problemas que han surgido entre ellos, habiendo sido el declarante "una de las personas que procuró un arreglo directo", pues agrega que la iniciación de la empresa "Sintec" fue ampliamente conocida por él, por sus frecuentes visitas a las oficinas de la mencionada sociedad, la cual "fue promovida por los doctores Céspedes y Moreno, formando parte de ella también el coronel Miguel Vega y el doctor Hernando Carrillo". Reitera el testigo que el doctor Moreno formaba parte de la citada sociedad, *por informaciones de ellos mismos en la iniciación de la empresa, por comunicación expresa de ellos, el doctor Moreno y el doctor Céspedes, quienes tenían oficina conjunta y como amigo íntimo de ambos me informaban,* pues "haciendo memoria recuerdo cuando el doctor Carrillo le pagó al doctor Céspedes un aporte en un cheque de $ 20.000 en presencia mía, yo vi . . . yo conocí los negocios que ellos tenían, estaba empapado de ellos" y el "doctor Moreno aportó el 25% de los intereses de Sintec, el coronel Vega el 25%, el doctor Hernando Carrillo el 25% y el doctor Céspedes el 25%". Añade que "el doctor Moreno no figuraba como socio en la escritura por cuanto él era contratista y consideraba que podría haber alguna incompatibilidad entre su calidad de contratista por una parte y por otra, socio de una sociedad consultora o interventora", y la confianza mutua que existía entre Moreno y Céspedes dio lugar a que el primero no figurara en la escritura de constitución de la sociedad. Luego insiste el declarante en explicar cómo tuvo conocimiento de todo lo por él afirmado, y al efecto dice: "tuve conocimiento en las mismas oficinas que compartían los ingenieros José Vicente Malagón, Luis Hernando Moreno y Jorge Céspedes, por manifestaciones expresas de ellos, toda vez que la íntima amistad que me liga desde hace muchos años con ellos me daba el privilegio de conocer las intimidades de sus negocios, o por lo menos muchas, sus proyectos y sus realizaciones, como fue la promoción de la fundación de la empresa Sintec, los fines de la misma, sus socios y las finalidades para la cual fue creada, como eran el ejercicio de la ingeniería, en las ramas de Consultoría e Interventoría, y posteriormente en cuanto a las realizaciones conocí de varias interventorías en el departamento de Caldas y conozco obras como las carreteras Tres Puertas-La Estrella, en la cual la interventoría estaba a cargo de Sintec Limitada. Tuve conocimiento en la en las (sic) oficinas de ellos, generalmente en mis viajes a la capital, visito las oficinas". Luego sostiene el declarante que el doctor Moreno no figura como socio en la escritura de constitución de la sociedad Sintec, pero sabe que lo es por acuerdo verbal, lo dice "por mi vinculación, mis estrechos lazos de amistad con ambos que me permitieron en sus oficinas empaparme, no solamente de este negocio sino de muchos más; ellos tuvieron negocios en El Corzo, si no estoy mal con los Ferrocarriles Nacionales, tuvieron negocios en el puente del río Humea y muchos más de los cuales no recuerdo en el momento" (subraya la Corte)";

f) Antonio Ramón García Correa, de profesión arquitecto, en lo esencial de su declaración, afirma: "Más o menos por diciembre de 1971 fui llamado a atender un contrato en Villavicencio a nombre de Jorge Céspedes con el Instituto de Crédito Territorial para construir 62 casas más o menos, en el barrio La Esperanza, en Villavicencio, los viajes que hacía aquí a Bogotá de regreso a Villavicencio, generalmente los lunes lo hacía con Jorge —se refiere a Céspedes—, él me recogía, en el viaje charlábamos sobre diferentes cosas, en varias ocasiones me habló sobre la formación de la sociedad Sintec, para interventoría y la forma como estaba compuesta dicha sociedad, eran socios Jorge Céspedes, Hernando Moreno, ingeniero Hernando Carrillo Pachón, a quien conozco desde el 57, y Miguel Vega. Debido a eso, de hecho conocí los aportes a esa sociedad que se habían hecho por el 25% por socio y que se dedicarían pues, a hacer interventoría, como era su fin social. *En otra ocasión también supe que el aporte del socio Hernando Moreno estaba a nombre o aparecía a nombre de Jorge Céspedes, dicho por Jorge Céspedes, en los viajes o charlas que sosteníamos en los viajes que hacíamos a Villavicencio*" (se subraya);

g) Agenor García Gutiérrez, colega de las partes, dice que sabe que el doctor Hernando Moreno era socio de la sociedad Sintec Limitada, y que lo representaba el doctor Céspedes, porque al preguntarle a este último "si él era socio del contrato de Quirigua me manifestó que no, pero sin embargo, me dijo *que él tenía sociedad con el doctor Moreno en una compañía cuyos aportes*

eran iguales, o sea, los del doctor Moreno y los de él, y que él representaba al doctor Moreno, o sea que los aportes del doctor Moreno también él los representaba" (las subrayas no son del texto);

h) Bernardo Mora Duarte, declara que es ingeniero y que hace "como cuatro o cinco años, no estoy seguro, me solicitaron les enviara mi currículum vitae para adjuntarlo a sus documentos de inscripción ante diversas entidades contratantes por cuanto ellos habían constituido una sociedad de estudios y dentro de las actividades de esa sociedad mi currículum les podría ser útil, al preguntarles quiénes eran los socios me manifestaron que eran Hernando Moreno, un cuñado de Hernando Moreno y un ingeniero Carrillo. *Jorge Céspedes me dijo que Hernando no podía figurar dentro de la razón de la sociedad porque presumían pudieran presentárseles dificultades por posible incompatibilidad y que él llevaría la representación de los derechos sociales de Hernando Moreno*"; que lo anterior le consta, *porque se lo refirieron Hernando Moreno y Jorge Céspedes;* que tiene amistad íntima con el primero, pues las familias de ambos se visitan recíprocamente (subraya la Corte);

i) Se acompañó a la demanda un documento de fecha 26 de noviembre de 1973, suscrito por Hernando Carrillo P. y Miguel Vega Uribe, dirigido a los ingenieros Jorge Céspedes y Hernando Moreno S., en el cual aquéllos le expresan a estos:

"En nuestra calidad de socios de Sintec Limitada, y teniendo en cuenta los lazos de amistad que a todos nosotros nos une, hemos visto con preocupación las diferencias que entre ustedes se han presentado con motivo de la liquidación de una compañía de construcción que ustedes tienen y la representación de las acciones de Sintec que tiene el doctor Céspedes a nombre del doctor Moreno.

"No solamente el deseo de que se arregle en la forma más cordial y amistosa esta diferencia, sino también el evitar que ella vaya a repercutir en la buena, efectiva y armoniosa marcha de la compañía a la cual los cuatro pertenecemos y después de estudiar imparcial y detenidamente los puntos de vista que cada uno de ustedes sostiene, buscando situarnos en un punto medio que aproxime las dos posiciones, concilie las argumentaciones y a nuestro entender dé una solución adecuada a las divergencias que entre ustedes se han presentado y, que creemos es necesario resolver a la mayor brevedad, en forma por demás amistosa y cordial, nos permitimos sugerirles la transacción que a continuación exponemos:

"1. Consideramos que debe fijarse un plazo lo más breve (máximo 2 ó 3 meses), para que se efectúe la liquidación de los negocios que tienen ustedes en conjunto. Este plazo lo consideramos perfectamente posible y si es necesario ustedes deben contratar el personal que consideren conveniente para que ello se efectúe en el término previsto. Nosotros estamos seguros que ustedes dos llegarán a efectuar directa y amigablemente esta liquidación; pero si ello no fuere así, nos parece perfectamente lógica la solución de que cada uno de ustedes nombre un representante para determinar la liquidación y si ellos no llegaren a un arreglo, nombrarán de común acuerdo un tercero, y en esta forma, por mayoría dictarán un fallo definitivo, de forzosa aceptación para ustedes dos.

"2. En el momento de estar hecha la liquidación de la compañía Céspedes Moreno, el doctor Jorge Céspedes hará el traspaso por escritura pública al doctor Hernando Moreno, del 25% de las acciones de Sintec que el primero tiene del segundo; pero llegado el caso de que se cumpla el plazo fijado para la liquidación (2 ó 3 meses) y ésta no haya llegado a su finalización, el doctor Céspedes se compromete a hacer el traspaso de las acciones que le tiene al doctor Moreno, en la fecha que se haya estipulado como término. Y la liquidación seguirá su curso de acuerdo a lo contemplado en el punto número 1.

"3. Cumplido lo anterior, se constituirá por escritura pública la compañía de construcciones 'Moreno Sánchez Limitada' y se harán las correcciones necesarias a la escritura de la compañía 'Sintec Limitada' con base en el borrador presentado por Miguel Vega Uribe a la junta directiva de Sintec Limitada, con las correcciones a éste, que en junta directiva se acuerden. Se sugiere que los socios Jorge Céspedes Martínez, Hernando Carrillo y Miguel Vega U., vayan pensando quiénes van a ser sus representantes en la compañía de construcciones, en vista de los problemas legales que se presentan.

"4. Atentamente solicitamos al doctor Jorge Céspedes, gerente de Sintec Limitada, que a la mayor brevedad se convoque a una reunión de la junta directiva de Sintec para efectuar un reparto de utilidades, entre los cuatro socios, ya que no se ha hecho desde la fundación de la compañía. Esta reunión debe efectuarse antes del 20 de diciembre.

"5. Es conveniente que el acuerdo a que lleguen ustedes, lo protocolicen por escrito, para así

en esta forma, queden más claras sus respectivas situaciones; la fecha en que deberá efectuarse lo anterior, será antes del 20 de diciembre, debido a que el socio Miguel Vega U., tiene que ausentarse en esa fecha de la ciudad.

"Reiterándoles nuestra cordial amistad y nuestro deseo de que esta propuesta sea entendida como una colaboración que irá a redundar en la armonía que entre nosotros debe existir y en la buena marcha de los negocios en que estamos empeñados";

j) También se adujo a la litis fotocopia del cheque girado por el demandante el 7 de julio de 1971 contra su cuenta corriente del Banco de Colombia, por la suma de $ 50.000.00, y con la prueba pericial se estableció que ingresó a la cuenta de la mencionada sociedad.

8. Examinando en primer lugar la prueba testimonial antes extractada, con facilidad permite llegar a las siguientes conclusiones:

a) Que demandante y demandado gestaron la creación de una sociedad comercial en el año de 1971;

b) Que la sociedad estaría conformada por 4 socios, en la que cada cual tendría el mismo número de acciones;

c) Así mismo, acordaron que en la escritura de constitución no figuraría como socio el demandante Luis Hernando Moreno Sánchez;

d) Que en cumplimiento del pacto precedente, convinieron en que el demandado Jorge Enrique Céspedes Martínez recibiría el aporte correspondiente al mandante y aquél figuraría con el número de acciones que cubriera tal aporte;

e) Que en desarrollo del acuerdo, el demandante entregó al demandado la cantidad de $ 25.000.00;

f) Que la anterior convención entraña un mandato sin representación, el cual ha infringido el mandatario demandado.

Analizando en segundo lugar el documento privado suscrito por terceros, predica la ley, a efecto de determinar su alcance probatorio, que se debe distinguir si son de naturaleza dispositiva o simplemente representativa, o si más bien son declarativos. Si lo primero, su estimación y fuerza probatoria, *como documento,* depende de que se haya cumplido una de estas situaciones:

a) Que el documento haya sido reconocido por sus autores;

b) O que el juzgador haya ordenado tenerlo por reconocido, y

c) O que se haya probado por otros medios su autenticidad. Si lo segundo, o sea, cuando son simplemente declarativos, su contenido se haya ratificado mediante las formalidades establecidas para la prueba de testigos, caso en el cual se apreciarán en la misma forma que los testimonios (artículo 277 del Código de Procedimiento Civil).

Ahora, el documento de 23 de noviembre de 1973, dirigido a Jorge Céspedes y Hernando Moreno por sus consocios Miguel Vega Uribe y Hernando Carrillo, si bien no puede estimarse como prueba documental emanada de terceros, por cuanto no se ajustó a cabalidad a las exigencias que consagra el numeral 2 del artículo 277 del Código de Procedimiento Civil, sí asume la calidad jurídica de prueba indiciaria, pues de una parte, los terceros que suscribieron tal documento lo reconocieron, y de otra, la parte demandada no lo objetó, pues antes bien, el opositor Céspedes se dio por enterado de la mencionada carta cuando en interrogatorio de parte afirma que en lo que toca con él, la razón del envío de dicho documento estriba en "que no existían en ese momento buenas relaciones con el doctor Moreno por las ironías de que yo había sido objeto al hacerle algunas preguntas sobre negocios pasados y en proceso de liquidación".

Entonces, ese elemento de juicio sumado al conjunto de testimonios antes analizados, impide dudar de la celebración del mandato entre actor y opositor para la constitución de la sociedad "Sintec Limitada".

9. Por consiguiente el Tribunal, al no ver que de la abundante prueba surgía la demostración plena del mandato sin representación celebrado entre actor y opositor e invocado por aquél como fundamento de su pretensión, claramente se infiere que cometió los yerros que se le achacan y quebrantó varias de las normas sustanciales que enuncia la censura, circunstancia por la cual se impone casar la sentencia recurrida y proceder la Corte, como tribunal de instancia, a proferir la que ha de reemplazarla.

La sentencia sustitutiva y sus consideraciones

1ª *Si tanto el mandato civil como el comercial pueden llevar consigo la representación del mandante, cuando el mandatario exterioriza ante terceros la calidad jurídica con que actúa, o sea, contrata o ejecuta la gestión encomendada por cuenta y riesgo de aquél, también puede acontecer que oculte esa calidad y, por consiguiente contrate en su propio nombre, no comprometiendo en este evento al mandante respecto de terceros. En efecto, los artículos 2177 del Código Civil y 1162 del Código de Comercio, establecen, el primero, que el "mandatario puede, en ejer-*

cicio de su cargo, contratar a su propio nombre o al del mandante; si contrata en su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante". Y, el segundo, que "el mandato puede llevar o no la representación del mandante".

2ª *Cuando el mandato no es representativo, por cuanto el mandatario ha contratado en su propio nombre, los preceptos antes enunciados ponen de presente que el mandante no tiene acción alguna respecto de los terceros para beneficiarse de los efectos del mandato, pero sí la tiene con relación al mandatario, cuando éste se muestra renuente a desplazarle y concederle los derechos derivados de la convención celebrada en esas condiciones (artículos 2182, 2183 del Código Civil y 1268 del Código de Comercio).*

3ª *Con todo, cuando se trata de un mandato sin representación destinado a la constitución de una sociedad, sea ésta de índole civil o comercial, como el socio es el mandatario y es él quien adquiere ese interés en la sociedad y no el mandante, ha sostenido la doctrina de la Corte que este último no puede obligar ni al mandatario ni a los demás socios para que lo tengan y reciban como socio en la sociedad.*

4ª *Los puntos que se dejan expuestos han sido exhaustivamente tratados por la jurisprudencia de la Corte, pues en fallo de 17 de mayo de 1976, dijo sobre el particular: "... en el ejercicio de su encargo el mandatario puede obrar de dos maneras, a saber:*

a) Ora en representación del mandante, es decir asumiendo su personería como si éste fuera el que ejecutara o celebrara con terceros el acto o contrato, y

b) Ya en su propio nombre, sin representar al mandante, no dando noticia a los terceros de la calidad en que obra. En el primero de estos dos supuestos se trata del mandato representativo, que está destinado a producir efectos no sólo entre las partes que lo celebran, sino también ante terceros, según lo establece el artículo 1505 del Código Civil. En el segundo, en cambio, el mandato no confiere representación y por tanto sus efectos se limitan a los contratantes, según el principio del efecto relativo de los contratos a que alude el artículo 1602 ejusdem. *Estas dos clases de mandato están reconocidas por los artículos 2177 del Código Civil y 356 del antiguo de Comercio. En efecto, la primera de estas dos disposiciones estatuye que 'el mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre o al del mandante; si contrata a su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante' "; y reza la segunda de dichas dos normas, que "'el comisionista puede obrar en nombre propio, o a nombre de sus comitentes. En caso de duda, se presume que ha contratado a su propio nombre'. Cuando el mandato no es representativo, el mandatario es, ante los terceros con quienes contrate, el titular de los derechos y obligaciones que se derivan de los contratos que con ellos celebre. Conozcan o ignoren la existencia del mandato, tales terceros no pueden ser obligados a tener el mandante como parte en el pacto, puesto que, no habiendo representación, es el mandatario quien en éste es realmente parte. Los efectos del mandato se reducen entonces a los que todo contrato produce, que para el caso son: el mandatario queda obligado a transferir al mandante todo el beneficio que de los negocios con terceros derive (artículos 2182 y 2183 del Código Civil); y el mandante, por su parte, debe proveer al mandatario de todo lo necesario para la ejecución del encargo, y reembolsarle los gastos razonables que la comisión le imponga (artículo 2184 ibídem). En el mandato sin representación, entonces, el mandante no tiene derecho ni acción algunos contra los terceros que han contratado con su mandatario. Como lo ha dicho la Corte 'la acción para hacer efectivo el derecho del mandante en el caso de que el mandatario haya estipulado y adquirido en su propio nombre y se niegue a transmitirle el derecho adquirido, la concede el artículo 2177 del Código Civil al permitir el mandato oculto; hace de la celebración misma del contrato y es una acción personal contra el apoderado para que se declare, a través de un adecuado establecimiento probatorio del mandato,* que los efectos del contrato corresponden al mandante y a él lo benefician exclusivamente ...' *(LXXI, 358 y XC, 545) (subraya la Sala). De lo atrás expuesto debe seguirse que si en la escritura de constitución de una sociedad, sea ésta civil o comercial, se expresa que uno de los socios constituyentes obra en nombre propio, cuando actúa en verdad en ejercicio de un mandato sin representación otorgado por otra persona, el socio es el mandatario y como tal deberá ser tenido por sus consocios y por los terceros, sin perjuicio, eso sí, de las relaciones personales entre mandante y mandatario, atrás referidas. El mandante no podrá compeler a su mandatario ni a los demás socios a que con este carácter lo reciban a él en la sociedad".*

5ª Al examinar las súplicas de la demanda, Luis Hernando Moreno Sánchez, invocando haber celebrado un contrato de mandato sin representación con Jorge Enrique Céspedes Martínez, pide se hagan los pronunciamientos siguientes:

a) Que el demandado, al suscribir la escritura de constitución de la sociedad "Interventorías Colombianas (Sintec) Limitada", distinguida con el número 775 de 1º de marzo de 1971, otorgada en la Notaría Segunda de Bogotá, en la cual figura él con cincuenta partes de interés social o acciones por valor de $ 1.000.00 cada una, "veinticinco (25) de ellas las aportó para el demandante Luis Hernando Moreno Sánchez";

b) Que se condena al demandado, en consecuencia, "a traspasar mediante cesión" al demandante las veinticinco cuotas, partes de interés social o acciones que le corresponden en la sociedad, "otorgando la escritura correspondiente, cinco (5) días después de ejecutoriada la sentencia";

c) Que se lo condene, así mismo, a pagar al mencionado demandante, dentro del mismo término, "el valor de todas las utilidades liquidadas o por liquidar, o que se determinen según peritos, producidas por la Sociedad de Interventorías Colombianas (Sintec) Limitada" desde su constitución "hasta cuando se liquide", correspondientes a las veinticinco partes de interés social o acciones que Moreno Sánchez tiene en la compañía;

d) Que se condene al demandado, además, a pagar a su demandante el valor de los intereses corrientes de las utilidades dichas, "desde cuando éstas se liquidaron o han debido liquidarse hasta la contestación de la demanda", y

e) Que igualmente se lo condene a indemnizar al demandante todos los perjuicios que le causó con el incumplimiento del mandato sin representación.

En subsidio, solicitó el demandante que se condenase al demandado a indemnizar al primero de los perjuicios que le ocasionó con el incumplimiento del contrato.

En lo que atañe a las peticiones precedentes, la comprendida o de que trata el literal b), en cuanto por ella se pretende que se condene al demandado "a traspasar mediante cesión al demandante", las 25 cuotas o acciones de las que el primero "tiene en la Sociedad Interventorías Colombianas (Sintec) Limitada", otorgando "la escritura correspondiente", con facilidad se pone de manifiesto que ello conduciría a una reforma de la mencionada sociedad, lo cual es absolutamente improcedente por los motivos ampliamente tratados en acápites anteriores.

En lo que toca con las restantes súplicas, como no riñen con la ley ni con el pensamiento ya expuesto, se procede a su estudio, respecto de las cuales sólo basta sentar las reflexiones siguientes:

a) Como al decidirse el recurso de casación se analizaron a espacio los medios de prueba con los cuales la parte actora acreditó plenamente la celebración con el opositor de un contrato de mandato sin representación para la constitución de la "Sociedad Interventorías Colombianas (Sintec) Limitada", lo allí expresado, a lo cual se remite la Corte, es suficiente para colegir que la súplica primera de que trata la demanda debe despacharse favorablemente, pues sólo resta decir que los elementos de convicción adunados a la litis por la parte opositora en manera alguna desvirtúan la celebración del aludido contrato;

b) Como se ha demostrado con prueba de peritos y documental que las 25 acciones adquiridas por el mandatario sin representación en la "Sociedad Interventorías Colombianas (Sintec) Limitada" han arrojado una utilidad de $ 1.562.462.41 en el período comprendido entre su constitución y el mes de diciembre de 1974, mas se desconoce el monto de las subsiguientes y hasta la liquidación de la citada sociedad, procede a hacer la súplica tercera, condenando al opositor, en concreto, por las utilidades establecidas y en abstracto por las no reguladas;

c) Como no se han acreditado los perjuicios ni se ha establecido la mora respecto del pago de las participaciones, las peticiones cuarta y quinta, consignadas en el libelo, habrán de negarse y, por esta circunstancia, más lo dicho respecto de la súplica segunda, la condena en costas respecto de la parte vencida apenas será parcial.

6ª Para concluir, se observa que la tacha formulada por la parte actora a la prueba testimonial no se abre paso, pues no presenta respaldo probatorio (artículo 218 del Código de Procedimiento Civil).

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, CASA la sentencia materia del recurso extraordinario, dictada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y, procediendo como juzgador de instancia, REVOCA la proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, y en su lugar,

Resuelve:

1º El demandado Jorge Enrique Céspedes Martínez, al firmar la Escritura pública número 775 de 1º de marzo de 1971 de la Notaría Se-

gunda del Círculo de Bogotá, atinente a la constitución de la "Sociedad Interventorías Colombianas (Sintec) Limitada", 25 acciones de las 50 por éste suscritas, las obtuvo como mandatario sin representación de Luis Hernando Moreno Sánchez.

2º Como consecuencia de la declaración precedente, condénase al demandado a pagar al demandante la suma de $ 1.562.462.41, por concepto de las utilidades correspondientes a esas 25 acciones en el período comprendido entre la constitución de la mencionada sociedad y el mes de diciembre de 1974 y, así mismo, condénese en abstracto al opositor a pagar al actor el valor de las participaciones correspondientes a dichas acciones, a partir del mes de enero de 1975 hasta cuando se efectúe la liquidación de la sociedad.

3º Absuélvese al demandado de las súplicas segunda, cuarta y quinta contenidas en la demanda.

4º Condénase al demandado a pagar al demandante el cincuenta por ciento (50%) de las costas de las dos instancias.

5º No hay lugar a condena en costas en el recurso extraordinario.

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

Alberto Ospina Botero, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Ricardo Uribe-Holguín.

Horacio Gaitán Tovar
Secretario.

Salvamento de voto del Magistrado doctor Humberto Murcia Ballén

Con el respeto debido a mis colegas de Sala, no comparto las resoluciones positivas contenidas en la sentencia que precede.

La ponencia por mí elaborada y que fue improbada por la mayoría de los Magistrados integrantes de la Sala tenía como bases, entre otras, las razones que adelante consigno y que ahora reitero para fundar mi disentimiento:

1ª Mediante las súplicas deducidas en la demanda con la cual se inició este proceso, el demandante Luis Hernando Moreno Sánchez no pide evidentemente que Jorge Enrique Céspedes Martínez le entregue todo lo que haya recibido por causa del mandato que dice haberle conferido; sino que, dirigiendo sus pretensiones solamente contra éste, que es uno de los tres socios de la "Sociedad Interventorías Colombianas (Sintec) Limitada", solicita lo siguiente:

a) Que se declare que Céspedes Martínez, al suscribir el 1º de marzo de 1971 la escritura de constitución de la mentada sociedad, "aportó para el demandante" 25 cuotas, partes de interés o acciones;

b) Que, por tanto, se condene al demandado "a traspasar mediante cesión" al demandante esas 25 cuotas o partes de interés social "otorgando la escritura correspondiente"; que se lo condene así mismo a pagarle el valor de todas las utilidades "liquidadas o por liquidar", producidas por la sociedad "desde su constitución hasta cuando se liquida ...".

El acogimiento así sea parcial de estas peticiones implica, a mi juicio, una indiscutible reforma de la "Sociedad Interventorías Colombianas (Sintec) Limitada", para hacer ingresar a ella, con el carácter de socio, al demandante, sin la aquiescencia de sus socios y sin habérseles demandado a todos ellos. Relativamente a la sociedad dicha no alcanzo a percibir, distinto al de socio, otro carácter para atribuir al demandante victorioso, si, según la sentencia, tiene derecho a una suma de dinero "por concepto de las utilidades correspondientes a esas 25 acciones" y a ser partícipe además, en el futuro y "hasta cuando se efectúe la liquidación de la sociedad", de las utilidades "correspondientes a dichas acciones". No me queda la menor duda hoy, después de leer las condenaciones de las cuales me aparto, que la sociedad sobredicha, contra lo que dice la escritura respectiva, queda integrada por cuatro socios y no por tres; que como efecto de la sentencia hay que aceptar que, sin contar con el consentimiento de todos los socios, ingresó a la sociedad con ese carácter una persona más.

Y es que aun en el supuesto de que la pretensión se hubiera dirigido contra todos los socios y no solamente contra uno de ellos, la reforma de la sociedad a que la demanda aceptada conduce es para mí jurídicamente inadmisible, dados los efectos relativos del mandato sin representación.

2ª Si, pues, todas las pretensiones deducidas en la demanda con la cual se inició este proceso son improcedentes, tiene que seguirse que aún en el supuesto de que existieran los errores de apreciación probatoria que la censura denuncia, ellos serían intrascendentes y por ende innocuos para cesar el fallo recurrido. Aun en el caso de que, como lo acepta la sentencia, se halle plenamente

demostrado el mandato sin representación que Moreno Sánchez dice haberle conferido a Céspedes Martínez para constituir la "Sociedad Interventorías Colombianas (Sintec) Limitada", no es posible, a mi juicio, que amparada en ese mandato la justicia ordene, como en rigor dispone, la reforma de la sociedad sin el consentimiento de todos los socios.

Como lo ha dicho insistentemente la doctrina de la Corte, los errores *in judicando,* ya sea los cometidos en la premisa mayor o ya en la menor del silogismo a que equivale la sentencia, para que sean trascendentes en casación tienen necesariamente que reflejarse en la parte dispositiva del fallo, pues que es ésta y no sus motivaciones lo que vincula al juez y a las partes. Los errores que no rebasan la parte expositiva de la sentencia pueden dar lugar a que la Corte haga la correspondiente rectificación doctrinaria, pero no autorizan la quiebra del fallo impugnado, el que jurídicamente habría tenido el mismo sentido aun en ausencia absoluta de esos yerros.

3ª A más de lo atrás expresado, la razón de mi aserto consistente en que las pretensiones deducidas en la demanda son claramente improcedentes, se halla en los efectos relativos del mandato sin representación. En efecto:

De acuerdo con el artículo 1262 del Código de Comercio actualmente vigente, el mandato comercial "es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra. El mandato puede conllevar o no la representación del mandante".

Del contenido de esta disposición legal, que en su esencia es una reproducción del artículo 2142 del Código Civil, se desprende que en el ejercicio de su encargo el mandatario puede obrar de dos maneras, a saber:

a) Ora en representación del mandante, es decir, asumiendo su personería como si éste fuera el que ejecutara o celebrara con terceros el acto o contratos, y

b) Ya en su propio nombre, sin representar al mandante, no dando noticia a los terceros de la calidad en que obra.

En el primero de estos dos supuestos se trata del mandato representativo, que está destinado a producir efectos no sólo entre las partes que lo celebran, sino también ante terceros, según lo establece el artículo 1505 del Código Civil. En el segundo, en cambio, el mandato no confiere representación y por tanto sus efectos se limitan a los contratantes, según el principio de los efectos relativos de los contratos a que alude el artículo 1602 *ibidem.*

4ª Estas dos clases de mandato están reconocidas expresamente en Colombia por el derecho positivo. En efecto, el artículo 2177 de la codificación últimamente citada estatuye que "el mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre o al del mandante; si contrata a su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante"; y establece el artículo 1262 del Código de Comercio actual que "el mandato puede conllevar o no la representación del mandante".

Con apoyo en la preceptiva legal pertinente la Corte ha expresado en repetidos fallos que el mandato en el derecho colombiano no es esencialmente representativo, y que, por consiguiente, puede el mandatario contratar a nombre propio, sin comprometer la responsabilidad del comitente y sin descontar el derecho de éste para reclamar con acción personal los beneficios del negocio o negocios efectuados en tal forma por el mandatario.

5ª Cuando el mandato no es representativo, el mandatario o comisionado, es ante los terceros con quienes contrata, el titular de todos los derechos y obligaciones que se derivan de los negocios jurídicos que con ellos celebre. Conozcan o ignoren la existencia del mandato, tales terceros no pueden ser obligados a tener el mandante como parte en el contrato, puesto que, no habiendo representación, es el mandatario quien en dicho pacto es realmente parte. Los efectos del mandato sin representación se reducen entonces a los que produce el contrato de mandato, y que para el caso son: el mandatario queda obligado a entregar al mandante todo lo que haya recibido por causa del mandato (artículos 2181, 2183 del Código Civil y 1268 del Código de Comercio); y el mandante, por su parte, debe proveer al mandatario de todo lo necesario para la ejecución del encargo, y reembolsarle los gastos razonables que la comisión le imponga (artículo 2184 del Código Civil).

En el mandato sin representación, entonces, el mandatario no tiene derecho ni acción algunos contra los terceros que han contratado con su mandatario. Cuando el mandatario se niegue a entregarle a su comitente todo o parte de lo que haya recibido por causa del mandato, la acción de éste se reduce a demandar a aquél para el cumplimiento de esa específica obligación; es decir, para que le transmita el bien o bienes recibidos de terceros en razón del mandato.

6ª De lo atrás expuesto debe seguirse como consecuencia lógica que si en la escritura de constitución de una sociedad, sea ésta civil o comer-

cial, se expresa que uno de los socios constituyentes obra en nombre propio, cuando actúa en verdad en ejercicio de un mandato sin representación otorgado por otra persona, el socio es el mandatario y como tal deberá ser tenido por sus consocios y por los terceros, sin perjuicio, eso sí, de las relaciones personales entre mandante y mandatario, atrás referidas. El mandante no podrá compeler a su mandatario ni a los demás socios a que con este carácter lo reciban a él en la sociedad: no al primero, porque la obligación del comisionado es entregarle al comitente lo que haya recibido por causa del mandato; menos a los segundos, porque estos son extraños al contrato de mandato y por lo mismo sus efectos no los vinculan.

Con tanto mayor razón se impone esta conclusión cuando en la escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada no se exprese, como ocurre en el caso presente, que alguno de los socios constituyentes obrara en el carácter de mandatario de la persona que pretende ingresar como socio a la compañía; y sí se estipula, en cambio, que para hacer cesión de cuotas a "extraños se requiere el consentimiento de la mayoría de los socios cuyos aportes representan las tres cuartas partes del capital social".

Fecha *ut supra*.

Humberto Murcia Ballén.

RECURSO DE REVISION

El recurso de revisión como cualquier otro medio de impugnación, únicamente puede proponerse una sola vez frente a la misma providencia.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., abril 4 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

1. Por auto de 11 de febrero pasado la Corte, al considerar precluida la procedencia del recurso, no admitió la demanda mediante la cual se propuso por algunos interesados, en segunda oportunidad y por los mismos motivos, revisión de la sentencia de 23 de marzo de 1977, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en el proceso ordinario que instauraron María Apolonia y María Berrocal Sánchez en frente de Jerónimo Berrocal Sánchez.

2. Contra aquel proveído los recurrentes en revisión han interpuesto oportunamente reposición, persiguiendo que el auto por ellos censurado se infirme, para que, en su lugar, se admita su demanda revisoria y se imprima a ella el trámite debido.

3. Exponen los reposicionistas, fundando en ellas la ilegalidad que atribuyen a la providencia hoy impugnada, las siguientes tres razones que la Sala sintetiza, a saber:

a) Que el admitir esta segunda demanda no implica que el derecho reconocido en la sentencia quede en "situación indefinida", porque al vencimiento del término establecido por el artículo 381 del Código de Procedimiento Civil para interponer la revisión, "cesará la incertidumbre" apuntada; es decir, que el término de caducidad en este caso está consagrado en la ley;

b) Que si, como lo expresa la providencia recurrida, la no constitución de la caución para darle trámite a la revisión tiene que producir algún efecto desfavorable para el recurrente, tal efecto desfavorable, sin embargo, "es, únicamente, el de que esa demanda no tendrá curso, pero no puede ser el de extinguir el derecho de acción para cuyo ejercicio, conforme a la ley, le queda todavía un término", y

c) Que la tesis acogida por la Sala "equivale a recortar el término de caducidad; pues mientras la ley le dice al interesado que su derecho de acción no precluye sino, por ejemplo, a los dos años de ejecutoriada la sentencia objeto de la revisión, esa honorable Sala le recorta el término que todavía le queda, por habérsele rechazado la primera demanda".

Consideraciones de la Corte:

1ª Como se advierte de los fundamentos en que se apoyó la providencia hoy impugnada, la tesis jurídica en que ésta se edificó es el fruto del sereno y detenido estudio que durante los últimos cuatro años la Corte ha hecho del problema cuestionado. En múltiples oportunidades la Sala ha ponderado cuidadosamente los fundamentos de dicha tesis, llegando a la conclusión de que ellos se avienen justamente con los principios que doctrinaria y jurisprudencialmente estructuran la teoría general del proceso; y en varias ocasiones ha meditado, también, sobre los efectos que de ella fluyen, encontrándolos ajustados o en armonía con los más rigurosos postulados de la equidad y de la igualdad de las partes en el proceso.

Con el propósito que siempre la ha guiado de que sus decisiones queden encuadradas dentro del marco de la ley, sin asomo del menor prejuicio esta Sala ha reconsiderado una vez más hoy la cuestión planteada; pero como no obstante su nueva indagación no ha encontrado razón valedera que la impulse a rectificar su doctrina, reiterándola en cambio tiene que decir que la inadmisión de la demanda de revisión, por defi-

ciencias u omisiones imputables exclusivamente a la culpa del recurrente, trae como consecuencia obvia y natural la consumación del acto procesal respectivo y por ende la preclusión del derecho a ejercitarlo nuevamente, muy a pesar de que aún no haya vencido el plazo establecido por la ley para proponerlo.

2ª *De acuerdo con las normas legales regulativas del trámite del recurso extraordinario de revisión (artículo 383 del Código de Procedimiento Civil), uno de los presupuestos inexcusables para la admisión de la demanda correspondiente consiste en la constitución, por parte del recurrente y en la oportunidad indicada, de la caución que se le fije "para garantizar los perjuicios que pueda causar a quienes fueron parte en el proceso en que se dictó la sentencia".*

Trátase pues, como no lo desconoce el reposicionista, de la exigencia legal de una conducta de realización facultativa del recurrente en revisión, establecida en exclusivo interés suyo, y cuya omisión le comporta una consecuencia desfavorable. Por ello, como ya lo tiene dicho la Corte, el cumplir una carga procesal como la indicada, está al arbitrio de aquella parte a la que le ha sido impuesta; satisfacerla es una potestad suya y no una obligación forzosa cuya prestación pudiera exigirse coercitivamente; goza de la alternativa de satisfacerla o no. Mas si incumple la conducta que la ley le señale, si deja de comportarse conforme al canon legal, ya no podrá ejercitar el derecho respectivo, o se hace acreedor a la sanción que fulmina la ley, que para el caso es la inadmisión del recurso extraordinario.

Es preciso recordar, de otra parte, que como las cargas procesales deben en principio cumplirse inexorablemente dentro del término que la ley o el juez señalen y no en cualquier otra oportunidad, entonces ni las partes, así exista entre ellas mutuo acuerdo, ni las autoridades judiciales pueden ad libitum *ampliar ese plazo o exonerar al recurrente del cumplimiento de esa carga.*

3ª Cuando en pretérita ocasión demanda semejante a ésta se le presentó a la Corte, la Sala, ciñendo su conducta a la preceptiva de los artículos 383 y 678 del Código de Procedimiento Civil, por auto de 26 de octubre de 1977 exigió que los recurrentes prestaran caución, dentro de los veinte días siguientes, por la suma de $ 250.000.00; y como dicha exigencia no fue cumplida, al vencimiento del término indicado "declaró inadmisible la demanda de revisión y ordenó archivar el expediente".

Aceptando que el incumplimiento de la carga procesal allá impuesta, trae para el recurrente algún efecto desfavorable, estima sin embargo, el reposicionista que dicho efecto perjudicial debe limitarse únicamente a "que esa demanda no tenga curso", pero no a extinguir el derecho de interponer la revisión nuevamente, "para cuyo ejercicio, conforme a la ley, le queda todavía un término".

Mas la teoría por cuya aceptación propugna el memorialista, ofrece para la Corte el inconveniente de que con ella se arrasan los efectos propios del incumplimiento de las cargas procesales. Porque si muy a pesar de la insatisfacción por el recurrente de la exigencia legal a él impuesta, como requisito para que no se le rechace la demanda, pudiera formular luego, otra y cuantas veces lo quiera, nuevas demandas de la misma revisión, habría que aceptar necesariamente que la renuencia de su conducta de no actuar conforme a la ley se convertiría para él en la determinante de una situación favorable y no desfavorable; la no prestación oportuna de la caución, antes de perjudicarlo lo beneficiaría indiscutiblemente.

4ª *Tiénese dicho ya que conforme al principio de la eventualidad o preclusión que impera en el derecho colombiano, los actos procesales, para su eficacia, deben realizarse dentro del preciso momento que la ley rituaria señala para ellos y no en otro. Si el interesado deja pasar ese momento, entonces ya no puede ejercer el derecho respectivo, o se hace acreedor a la sanción que fulmina la ley.*

Siendo esto así, como en realidad lo es, tiene que seguirse que el vencimiento de la oportunidad que otrora se les dio a los aquí recurrentes para que prestaran la caución, sin que dentro de ella la hubiesen prestado, ha traído como efecto propio la preclusión del derecho a constituirla. Como esa oportunidad caducó y no es posible revivirla, la consecuencia lógica sería la de que esta segunda demanda revisoria tuviera que admitirse sin obligar el recurrente a prestar garantía, lo cual es sencillamente inadmisible.

Si bien el término establecido por la ley para proponer la revisión no se ha extinguido aún, sí caducó por su completo vencimiento la oportunidad determinada para cumplir el requisito de la garantía. Como efecto de este incumplimiento dijo la Corte en el auto impugnado, y hoy lo reitera, que "si el recurrente en revisión no constituye la caución exigida por la ley para el trámite del recurso y por tal motivo éste se inadmite, no le será dado a aquél posteriormente esquivar los efectos de su propia omisión, proponiendo nuevamente la misma impugnación, pues-

to que la inadmisión de antaño, imputable exclusivamente a su propia culpa, tiene que producir como efecto, tal cual lo pregona la doctrina del derecho, la preclusión de la oportunidad por haberse consumado ya".

5ª Pero hay más todavía. Si el recurrente en revisión no presta la caución exigida para darle curso a su demanda, su silencio en el punto tiene que considerarse como un desistimiento tácito del recurso propuesto, o una renuncia implícita de su interés en continuar el proceso. Preséntase, en tal supuesto, el mismo desistimiento que ocurre también en la revisión cuando el revisionista, no actuando conforme lo impera el artículo 4º de la Ley 22 de 1977, incumple la carga procesal a él impuesta por esta norma; o cuando, tratándose de la apelación o de la casación, el recurrente no suministra lo necesario para expedir las copias indispensables para ejecutar la providencia impugnada, por ejemplo.

Que esta forma de desistir de actos procesales sí es admisible, lo tiene aceptado la doctrina. En efecto, Hernando Morales expresa que "Respecto a ellos (los actos procesales) el desistimiento puede ser tácito, como si no se suministra lo necesario para la apelación en el efecto devolutivo o diferido, o no se paga el porte del correo o la adición de una copia (artículos 356, 132 y 389). *También, cuando no se prestan ciertas cauciones que implican contracautelas,* y si no se provee el avalúo para la casación" (*Derecho Procesal Civil.* Parte General, página 445 [sic], edición 1973. Subraya la Sala).

También el dicho desistimiento tácito contribuye a fortalecer la tesis de la preclusión de la procedencia del recurso de revisión, cuando éste ha sido anteriormente inadmitido.

6ª Cabría añadir, finalmente, que si bien es verdad que la doctrina de la Corte ha sostenido que la revisión extraordinaria es un verdadero proceso en el que se deduce, con apoyo en una situación fáctica diferente a la que fue base en el anterior, una pretensión impugnativa distinta e independiente de la que motivó la sentencia que se busca aniquilar; también lo es que ello no obstante la Corporación ha visto siempre en la revisión un recurso extraordinario para impugnar una sentencia firme. Sin que sea dable desconocerle esta categoría porque, sencillamente, es esa y no otra la que le atribuye la propia ley (artículo 379 del Código de Procedimiento Civil).

Siendo pues la revisión un recurso, este medio de impugnación, como todos los demás, únicamente puede proponerse una sola vez. La misma naturaleza de ellos impide que frente a la misma providencia se pueda proponer el mismo recurso en oportunidades diferentes, desde luego que aducido que sea en una ocasión, independientemente de su resultado, el derecho a ejercitarlo precluye, así no haya vencido aún el término fijado por la ley para ello.

Decisión

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, NIEGA LA REPOSICIÓN aquí deprecada para su auto de once (11) de febrero del presente año.

Cópiese, notifíquese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Alberto Ospina Botero, Ernesto Gamboa Alvarez, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Ricardo Uribe-Holguín.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Cuando los daños no son causados durante la construcción de un edificio, ni durante su demolición, ni por su ruina, la responsabilidad aquiliana se rige por aplicación directa del artículo 2341 del Código Civil.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., abril 5 de 1978.

Magistrado ponente: *Ricardo Uribe-Holguín.*

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario de José Aureliano Vallejo Medina contra Benigno Antonio Vargas Moreno y Agripina Avendaño de Vargas Moreno.

I
Antecedentes

1. Dio origen al proceso la demanda en que se piden las declaraciones siguientes:

"1ª Los demandados ..., por su condición de dueños del edificio singularizado en el hecho tercero de la demanda, son civilmente responsables de los daños causados en el inmueble que pertenece en propiedad al demandante ..., cuya ubicación y linderos se dieron en el primer hecho del libelo.

"2ª Como consecuencia de la anterior declaración, los demandados ... deben pagar al demandante ..., inmediatamente después de ejecutoriada la sentencia, los perjuicios de que se trata, comprendidos el daño emergente y lucro cesante, en la cuantía pericialmente fijada en el proceso.

"3ª Son de cargo de la parte demandada las costas procesales".

2. Como hechos constitutivos de la *causa petendi*, el actor invocó estos:

a) El es el propietario de la casa de habitación distinguida con el número 24-27 de la calle 67 de la ciudad de Bogotá, inmueble cuyos linderos indica;

b) Los dos demandados son dueños y poseedores de un edificio contiguo a la mencionada casa, alindado conforme se expresa en la relación de los hechos que aquí se resumen;

c) Debido a defectos de construcción del edificio de los demandados, la casa del demandante "ha sufrido daños de extrema gravedad que la amenazan de ruina y hacen indispensables su reparación o reconstrucción con un costo superior en mucho de cincuenta mil pesos ($ 50.000) moneda legal";

d) Parte de esos daños han sido: "agrietamiento de paredes, muros y cielorrasos; desplomamiento de paredes, ventanas y puertas; daños e inutilización de canales y bajantes de agua; hundimiento, aplastamiento y obstrucción de alcantarillas y cloacas, etc.", cuya reparación provisional ha costado al demandante más de diez mil pesos ($ 10.000.00);

e) "Dada la magnitud de la reconstrucción a que tiene que ser sometido el inmueble de mi procurado a consecuencia de los daños de que se trata, no podrá él, mientras tales obras se realizan, usufructuarlo como lo ha venido haciendo, lo que implica un lucro cesante que deben indemnizar los demandados".

3. Estos dieron respuesta al libelo manifestando oponerse a las pretensiones en él deducidas, negando los principales hechos y proponiendo, como excepción de fondo, la que denominaron "inexistencia de la obligación de indemnizar los perjuicios que se demandan".

4. El Juez Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, a quien correspondió el trámite del proceso en la primera instancia, lo decidió así:

"*Primero.* Declárase probada la excepción perentoria, propuesta por el apoderado de los de-

mandados al contestar la demanda, denominada 'inexistencia de la obligación', por lo dicho en la parte motiva de esta providencia;

"*Segundo.* En consecuencia, absuélvese a los demandados, de los cargos formulados en la demanda, y

"*Tercero.* Condénase al demandante en las costas del proceso. Tásense".

5. La parte desfavorecida apeló de esta decisión, alzada que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la sentencia objeto del recurso extraordinario, desató revocando lo resuelto por el juez y en su lugar fallando así:

"1º Niéganse las súplicas de la demanda y absuélvese a los demandados de los cargos que en ella se les hacen.

"2º Las costas de la primera instancia son de cargo de los demandantes.

"3º Sin costas en esta instancia".

II

Motivación de la sentencia impugnada

1. Se inicia ésta con un resumen de las pretensiones del actor, de los hechos en que las funda, de la sentencia del juez y de los alegatos presentados por las partes ante el Tribunal.

Pone luego de manifiesto el fallador de segunda instancia que la *causa petendi* delimita "la actividad jurisdiccional del juez, pues éste sólo puede tener en cuenta al dictar sentencia los hechos alegados por el demandante en su libelo inicial del proceso, sin que le sea dable edificar las decisiones que en ella tome en hechos que no fueron invocados de manera expresa en la demanda", postulado que refuerza con citas de jurisprudencia de la Corte.

2. A continuación advierte que el hecho fundamental de la pretensión indemnizatoria deducida en la demanda se hace consistir en "defectos de construcción del edificio" de los demandados (hechos cuarto y quinto del libelo). Y concluye que, descansando esa pretensión "en los vicios de construcción del edificio de los demandados, aquélla tenía que hacerse valer frente al constructor de ese edificio, según lo preceptuado por el artículo 2351 del Código Civil", cuyo texto transcribe.

Y para dar mayor apoyo a esta conclusión, reproduce los comentarios de un expositor chileno acerca de los artículos 2003, 2004 y 2324 del Código Civil de su país, textos legales que equivalen a los 2060, 2061 y 2351 del Código nuestro.

3. Por último el Tribunal expresa:

"Plenamente aparece establecido en el proceso que los demandados no fueron los constructores del edificio, puesto que lo adquirieron luego de estar terminada su construcción, tal como lo demuestra la Escritura número 6450, de fecha 24 de octubre de 1972, otorgada en la Notaría Primera de Bogotá ...

"No habiendo intervenido los demandados en la construcción del edificio, señalada en la demanda como la causa de los daños que sufrió el inmueble del demandante, aquéllos no eran los llamados a responder de la pretensión indemnizatoria del último, de acuerdo a (sic) lo preceptuado por los artículos 2351 y 2060 del Código Civil, por lo cual los demandados no estaban legitimados en la causa para afrontar el debate de que da cuenta este proceso, motivo suficiente para absolverlos de los cargos que se les formularon y negar, frente a ellos, las súplicas de la demanda, basada en defectos de construcción de su inmueble".

III

La demanda de casación

Un solo cargo formula la parte recurrente, por la primera causal.

Cargo único. Lo hace consistir en que "la sentencia interpreta erróneamente el artículo 2351 del Código Civil", "aplica al caso del pleito el artículo 2060 del Código Civil que no es aplicable" y "no aplica al caso del pleito el artículo 2350 que es aplicable". Advierte el impugnador que "las normas citadas son sustantivas" y que plantea la acusación "por infracción directa" de tales normas.

La Corte considera conveniente transcribir los principales apartes del desarrollo que la censura imprime a esta acusación:

"*Interpretación del artículo 2351.*

"El artículo 2351 dice: 'Si el daño causado por la ruina de un edificio proviniere de un vicio de construcción, tendrá lugar la responsabilidad prescrita en la regla 3ª del artículo 2060'.

"1. ¿Cuál es la interpretación correcta de este precepto? Entendido en su sentido natural y obvio parece claro que no tiene otra finalidad que la de introducir una salvedad al precepto general consagrado en el artículo anterior. El artículo 2350 crea una acción de responsabilidad a cargo del dueño por los daños que causa la ruina de un edificio, responsabilidad que el pro-

pietario no puede eludir sino probando una fuerza mayor o un caso fortuito.

"Pero el legislador después de echar tan pesada carga sobre el dueño, contra el principio general de la responsabilidad fuera de contrato que es el de imputación y prueba de una culpa, considera pertinente o necesario advertir que, cuando la ruina del edificio proviene de un vicio de construcción, el propietario también tiene una acción indemnizatoria contra el constructor. Tiene un derecho de repetir contra el constructor.

"La acción de la regla 3ª del artículo 2060 establece una acción contractual del propietario contra el constructor y mira, como es obvio, a la reparación del daño que la ruina o amenaza de ruina del edificio, por vicio de construcción, *acarrea al propietario*. El artículo 2351 amplía esta acción contractual del dueño a la reparación del daño causado por la ruina del edificio *a un tercero* (subrayas del recurrente). Es decir: el artículo 2060 precave al propietario por defectos de construcción que le causen daños; el 2351 lo prevale por defectos de construcción que causen daños a un tercero, de los cuales tiene el dueño que responder según el artículo 2350. Es decir, se limita a consagrar un derecho de repetición contra el empresario de la construcción.

"

"O, dicho de otro modo: el artículo 2351 no es una excepción al principio general de responsabilidad del dueño por los daños causados por la ruina de un edificio, consagrado por el 2350. No: es una confirmación de ese principio para el caso de que la ruina tenga como causa un vicio de construcción y ésta —la construcción— hubiera sido objeto de un contrato de obra regulado dentro de la parte referente al arrendamiento. En este caso específico, el dueño responde en los términos del 2350, pero también 'tendrá lugar la responsabilidad prescrita en la regla 3ª del artículo 2060', es decir, tendrá lugar la acción del propietario contra el constructor.

"Pero el fallo interpreta el artículo 2351 en el sentido de que la víctima del daño no tiene la acción del artículo 2350 contra el propietario sino frente al constructor.

"2.

"3. Si la interpretación que atrás se hace (1) del artículo 2351, no se ciñere rigurosamente al texto o al contexto de los artículos que gobiernan las diversas situaciones jurídicas a que puede dar lugar la ruina de un edificio, puede sugerirse otra interpretación igualmente plausible: el artículo 2351 no establece que el tercero debe necesariamente dirigir su acción contra el empresario de la construcción cuando la ruina del edificio es debida a defecto o vicio de construcción sino que establece, además de la acción general del 2350, una especial, alternativa, a favor de la víctima. Es decir, la víctima puede acudir a la acción del 2350 contra el dueño o a la acción de la regla 3ª del 2060, de conformidad con el 2351. ¿Por qué? Como antes se dijo (1) no puede deducirse de la letra del 2351, leída desprevenidamente para tratar de hallar el sentido natural y obvio de ella, que lo dispuesto aquí sea una excepción a la norma general del artículo anterior. Porque aquí se dice que cuando la ruina proviene de un vicio de construcción, tiene lugar la responsabilidad del 2060, pero no se sugiere —y desde luego no se dice— que en este caso especial no se aplica el precepto general. Luego puede entenderse la norma en el sentido de que la víctima, en el caso especial del artículo 2351, tiene dos acciones alternativas. La general del 2350 y la especial del 2351.

"4. Pero para que la consideración y decisión de un caso de responsabilidad por ruina a causa de vicio de construcción pueda trasladarse legítimamente al ámbito del artículo 2060 es elemental que la situación esté configurada por los elementos esenciales que aquel texto legal determina. Para que la responsabilidad 'prescrita en la regla 3ª del artículo 2060' pueda tener lugar, es necesario, absolutamente necesario que haya *un empresario de la construcción* (subrayas de la censura) al cual pueda descargarse el peso de la indemnización como responsable. Allí habría una culpa profesional del empresario, bajo cualquiera de las tres modalidades que la ley ha considerado posibles: vicio de la construcción propiamente dicho, vicio del suelo o vicio de los materiales usados por el empresario.

"

"¿Y qué sucede cuando, como en el caso del pleito, no hay un empresario? En este caso no 'tendrá lugar la responsabilidad prevista en la regla 3ª del artículo 2060' porque no se da la situación allí 'prevista', sino otra. En este caso, obviamente la acción de responsabilidad tiene que gobernarse por el artículo 2350 que es la norma general, por imposibilidad de ser gobernada por la norma especial.

"*Aplicación indebida del artículo 2060.*

"El fallo, de modo evidente, se niega a considerar el caso del pleito bajo las disposiciones del artículo 2350, pues categóricamente determina que la responsabilidad en este caso está gobernada por el 2351, que la traslada al artículo 2060.

"El fallador, al considerar aplicable el artículo 2060, tenía la elemental obligación de determinar si este último precepto podía ser aplicado a la situación jurídica del pleito, pero no lo hizo. Al parecer sufrió una grave confusión por considerar que la situación contemplada en el artículo 2351 pertenece a un género diferente a la considerada por el artículo 2350 cuando, rigurosamente, aquélla es sólo una especie del mismo género. La norma general habla de responsabilidad por la ruina de un edificio. La especial habla de responsabilidad por la ruina de un edificio, causada por vicios de construcción.

"Por esta razón el siguiente párrafo de la sentencia resulta ininteligible y absurdo: 'Frente a lo dicho los argumentos aducidos por el recurrente no son de recibo, puesto que habiéndose invocado en la demanda los defectos de construcción, posteriormente no se podía elegir la ruina del edificio para obtener una indemnización, puesto que con ello se cambia la causa para pedir y con ésta la demanda'. Por esta razón, el fallo se esfuerza, con desperdicio de espacio y pérdida de tiempo, en recordar y hacer patente la doctrina, obvia, de que las pretensiones deben acomodarse a la realidad fáctica, que no puede cambiarse, después de trabada la litis. Este no ha sido el caso de este proceso porque desde el libelo inicial se planteó un caso de responsabilidad por la ruina de un edificio, a causa de vicio del suelo, y desde un principio se invocó el artículo 2350 del Código Civil.

"Los esfuerzos del actor se han dirigido, inútilmente, a que el caso se resuelva de acuerdo con el artículo 2350, citado en la demanda como fundamento jurídico de la acción.

"El fallo considera que los demandados no están legitimados en la causa porque indebidamente aplica al caso el artículo 2060 del Código Civil.

"*Falta de aplicación del artículo 2350.*

"Todo lo dicho acerca de la interpretación errónea que el fallo da al artículo 2060 del Código Civil sirve de apoyo y demostración a la acusación de falta de aplicación del artículo 2350 al caso de este pleito. Parece indudable que la acción de responsabilidad que la demanda fundó desde un principio en el artículo 2350 debió decidirse de conformidad con esta disposición".

Consideraciones de la Corte

1ª En punto de responsabilidad aquiliana proveniente de daños producidos en un edificio a causa de edificación colindante o vecina, esta Corporación ha sentado doctrinas que se complementan unas con otras y cuyos fundamentos esenciales conviene reproducir aquí:

A) *Esta responsabilidad se apoya invariablemente en el criterio subjetivo de la culpa, bien por la aplicación del artículo 2341 del Código Civil, ora por la del 2356, ya por la de los 2350 y 2351.*

"Mientras se conserve y prevalezca conforme a razón del criterio subjetivo de la responsabilidad, frente al puramente objetivo, el daño ha de ser imputable a culpa de su autor. Sólo que en salvaguarda de las víctimas se invierte a su favor la carga de la prueba cuando hay presunciones de culpa, cuya contraprobanza se dificulta progresivamente en la misma medida en que avanzan la ciencia, la técnica y la experiencia aplicadas a las industrias y a las artes, hasta el punto de que en la actualidad apenas habrá daño alguno causado por actividades peligrosas que pueda considerarse como perteneciente a la categoría de lo imprevisible.

"Y como es fundamento de la culpa la capacidad de prever, surge la necesidad social de indemnizar el daño que arranca de actividades útiles y aún plausibles que llevan envueltas consecuencias nocivas previsibles, aunque no siempre evitables por los procedimientos usuales. Son riesgos cuya previsibilidad exige del empresario reserva financiera adecuada, en función indemnizatoria que restablezca el equilibrio para beneficio general.

"Comúnmente sucede que de la edificación moderna en varias plantas se desprenden daños considerables para las vecinas construcciones preexistentes, de pasado más o menos remoto. Esa actividad socialmente útil, es sin embargo, por su naturaleza peligrosa: la comprobación del daño por lo común esclarece también su causa eficiente, y la culpa del autor de la nueva obra se presume en conformidad con el artículo 2356 del Código Civil, como para toda persona que se ocupe en una actividad peligrosa. De donde, salvo prueba de culpa exclusiva de la víctima, de intervención de elemento extraño, o de fuerza mayor, surgen las condiciones de la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual o aquiliana, en que el sujeto al pago de la indemnización ha de ser, ante todo, el autor directo del daño" (*Gaceta Judicial,* tomo XCVIII, página 343).

"... nuestro sistema y su interpretación jurisprudencial, procura en la máxima medida la

protección de los asociados contra el hecho ajeno, puesto que no se limitan ellos a exigirle a todo individuo la máxima prudencia, sino que también, por aplicación generalizada del artículo 2356 del Código Civil en punto de actividades peligrosas, establecen la presunción de dicha culpa. Por esta vía llégase a que la exoneración de responsabilidad de quien haya participado en actividades de aquella índole resulte extremadamente difícil, pues éste tendrá que establecer que el acaecer lesivo superó su diligencia, esto es que el daño demostrado se produjo a consecuencia de un caso fortuito, o del hecho de un tercero asimilado al mismo, o de la culpa exclusiva de la propia víctima. No se ve, por tanto, razón para reemplazar este sistema profundamente humanístico y justiciero por la concepción materialista de la absoluta responsabilidad objetiva ... En suma: si nuestro Código Civil, siguiendo la tradición latina, tomó de sus modelos la institución de la responsabilidad subjetiva, con ese criterio han de interpretarse todos los preceptos de dicha obra que tocan con tal materia" (Casación, sentencia del 8 de mayo de 1969, no publicada aún).

B) *La construcción y la demolición de edificio son actividades peligrosas, generadoras de presunción de culpa (artículo 2356); la ruina de edificio no implica de por sí actividad peligrosa y no genera presunción de culpa (artículos 2350 y 2351).*

"Ahora bien, el daño puede causarse no solamente mientras se ejerce la actividad peligrosa de edificar, pues también es posible que ocurra, como lo prevén los artículos 2350 y 2351 del Código Civil, por la 'ruina del edificio', lo que acaece independientemente del desarrollo de actividad peligrosa. En el evento contemplado en la primera disposición, el responsable de los daños será el dueño de la edificación que cae, si se prueba, además, que su ruina ocurrió 'por haber omitido él las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia'. No hay pues, en este caso, presunción de culpa, como tampoco la hay cuando 'el daño causado por la ruina de un edificio proviene de un vicio de su construcción', hipótesis en la cual, como lo dispone el artículo 2351 citado, el obligado a la indemnización es el constructor. No obstante, los dos preceptos apuntados sólo pueden aplicarse cuando los daños son causados por la ruina de un edificio, vale decir por su caída, mas no por haber sido demolido voluntariamente o cuando el daño se generó durante su construcción y a causa de la misma, caso en los cuales la norma aplicable es la del 2356 ibídem, la cual antes se expresó, pues las actividades dirigidas tanto a demoler edificios como a construirlos, son de las llamadas peligrosas" (*Gaceta Judicial,* tomo CXLII, página 174).

2. En desarrollo de los postulados que por la sentencia últimamente transcrita se sientan, y concretando el estudio al caso de los daños causados por la ruina de un edificio, es procedente transcribir, para estructurar en detalle la doctrina que sobre el particular viene sosteniendo la Corte, las siguientes disposiciones del Código Civil:

"Artículo 2350. El dueño de un edificio es responsable de los daños que ocasione su ruina, acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia. No habrá responsabilidad si la ruina acaeciere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto ...".

"Artículo 2351. Si el daño causado por la ruina de un edificio proviniere de un vicio de construcción, tendrá lugar la responsabilidad prescrita en la regla 3ª del artículo 2060".

"Artículo 2060. Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario, que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se someten, además, a las reglas siguientes: ... 3ª Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o en parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041 (léase 2057), inciso final".

"Artículo 2057. ... Aunque la materia no perezca por su culpa, ni por la de dichas personas (las que están al servicio de aquel a quien se encargó de la confección de la obra material), no podrá el artífice reclamar el precio o salario si no es en los casos siguientes: ... 3º Si la cosa perece por vicio de la materia suministrada por el que encargó la obra, salvo que el vicio sea de aquellos que el artífice, por su oficio, haya debido conocer; o que conociéndolo, no haya dado aviso oportuno".

"Artículo 2061. Las reglas 3ª, 4ª y 5ª del precedente artículo se extienden a los que se encargan de la construcción de un edificio en calidad de arquitectos".

3. Del examen conjunto de estos textos legales se desprenden fácilmente las siguientes conclusiones:

a) *Todos ellos se refieren a la* responsabilidad civil por "la ruina" de un edificio, *ruina que puede provenir de diversas causas:*

1ª *Una* culpa *del dueño del edificio, radicada en haber omitido las reparaciones necesarias a éste o, en general, en no haber conservado la integridad del inmueble como lo hubiera hecho un buen padre de familia;*

2ª *Una* culpa *del empresario constructor del edificio, proveniente de haber levantado una construcción viciosa, o de no haber percibido un vicio del suelo o de los materiales empleados en ella, que debió percibir en razón de su profesión u oficio, o*

3ª *Una* fuerza mayor o caso fortuito.

Deséchase por lo tanto la idea de que alguna de tales disposiciones legales establezca lo que se ha dado en llamar "responsabilidad objetiva", esto es, obligación de indemnizar por daño causado sin culpa del agente;

b) *La responsabilidad civil de que tratan los artículos 2350 y 2351 es* aquiliana, *no contrac. tual. La circunstancia de que ambos textos formen parte del Título XXXIV del Libro 4º del Código, que gobierna la "responsabilidad común por los delitos y las culpas", no del Título XII del mismo Libro, que trata del "efecto de las obligaciones", lo demuestra por sí sola. En la regulación de la responsabilidad aquiliana o por hecho ilícito no puede estar contemplado un caso de responsabilidad por incumplimiento de obligación contractual. Este necesariamente tendría que estar comprendido en los efectos de las obligaciones;*

c) *Por lo tanto, la referencia que por el artículo 2351 se hace a la regla 3ª del 2060 no puede ser para ratificar o confirmar desubicada e inútilmente la responsabilidad contractual del empresario o constructor durante diez años, en frente del dueño de la obra, consagrada en este último texto, una nueva, la delictual o cuasidelictual de dicho empresario por igual período en frente, no ya del propietario del edificio, con quien celebró contrato, sino de* terceros: *"Si el daño causado por la ruina de un edificio proviniere de un vicio de construcción, tendrá lugar la responsabilidad prescrita en la regla 3ª del artículo 2060", dice el 2351. ¿Daño causado a quién? No al dueño del edificio, porque entonces se trata de una responsabilidad contractual ya reglamentada, sino a terceros con quienes el constructor no tiene ningún vínculo preexistente.;*

d) *Y tendrá lugar esa responsabilidad aquiliana del constructor ante el tercero, no otra alguna, durante los diez años siguientes a la entrega de la edificación. Porque en la hipótesis del artículo 2351 hay culpa exclusiva del que construyó el edificio, determinante de la ruina de éste, y no del dueño de la obra, comoquiera que en el caso de tal artículo, por contraposición con el del 2350, se trata de vicio de la construcción, del suelo o de los materiales, no de omisión de reparaciones necesarias o, en general, de la conducta que observa un buen padre de familia, que le compete al dueño del edificio delante de posibles terceros damnificados;*

e) *No es pues correcta ninguna de las interpretaciones que el impugnador pretende que puede tener el artículo 2351, ora porque otorgue apenas, contra el constructor, un derecho de repetición de lo pagado por el dueño del edificio para indemnizar a tercero en razón de daños provenientes de la ruina de su edificio, ora porque establezca un derecho alternativo u optativo, a favor del tercero damnificado, consistente en poderse dirigir, bien contra el dueño o bien contra el constructor, a su arbitrio. Los artículos 2350 y 2351 regulan dos situaciones distintas y diversas, aunque no incompatibles: la ruina del edificio por culpa del dueño y la ruina del edificio por culpa del constructor. Estas dos culpas, aunque de muy diferente contenido, pueden no obstante concurrir en un mismo caso.*

4ª *A los postulados sentados hasta ahora por la Corte, es preciso añadir uno más:*

C) *Cuando los daños no son causados durante la construcción del edificio, ni durante su demolición, ni por su ruina, la responsabilidad aquiliana se rige por aplicación directa del artículo 2341.*

Adviértase, en efecto, que en el caso de este proceso no se trata de que los daños sufridos por el edificio del demandante se produjeran mientras el edificio de los demandados fuera construido o demolido, ni de que tales daños provengan de la ruina de éste. En la demanda simplemente se afirma que los perjuicios en que la pretensión indemnizatoria se funda fueron causados por defectos de construcción del edificio vecino. ¿Qué disposiciones legales deben entonces aplicarse?

El caso se sitúa indiscutiblemente en el ámbito de la regla general establecida por el artículo 2341 del Código: "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

5ª *De lo expuesto se deduce que el Tribunal no interpretó erróneamente el artículo 2351, que*

en armonía con el 2060 define las culpas en que puede incurrir el constructor en frente de terceros, entre ellas el vicio de construcción, fundamento de la demanda; ni aplicó indebidamente el 2060, al cual se remite el 2351 para definir esas culpas. Y acertadamente dejó de aplicar al caso el 2350, que no era aplicable puesto que el demandante no invocó, ni probó, que los dueños del edificio vecino, en donde se originó el daño, hubieran omitido reparaciones necesarias o hubieran descuidado la conservación o integridad de su inmueble observando conducta opuesta a la del buen padre de familia.

6ª Finalmente, conviene agregar que no es de recibo, dentro de un cargo por interpretación errónea de la ley, el argumento del recurrente conforme al cual "¿qué sucede cuando, como en el caso del pleito, no hay un empresario? En este caso no 'tendrá lugar la responsabilidad prevista en la regla 3ª del artículo 2060' porque no se da la situación allí 'prevista', sino otra". Este razonamiento implica netamente una acusación por error de hecho, que habría consistido en que el Tribunal pasara por alto pruebas que demostraran que el edificio de los demandados fue construido por ellos mismos, o supusiera que había habido un constructor distinto, cuando según pruebas aducidas no lo habría habido. Y la alegación que sobre el particular hace el censor está precisamente contenida en el capítulo de su demanda que dedica a acusar la sentencia por interpretación errónea del artículo 2351.

Repetidas veces ha dicho la Corte, y ahora lo reitera, que la equivocada inteligencia de las normas sustanciales sólo puede alegarse por la vía directa, no por la indirecta, por tratarse de asunto independiente de los hechos y de sus pruebas. El propio impugnador así lo entiende, como quiera que planteó su acusación "por infracción directa" de las tres disposiciones legales que en su demanda indica. Sin embargo, no fue consecuente con este planteamiento, al imputar al sentenciador yerros de hecho.

El cargo, por lo tanto, no prospera.

En mérito de las razones expuestas, 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 objeto del recurso extraordinario, pronunciada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Las costas del recurso son de cargo de la parte que lo interpuso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Alberto Ospina Botero, Ernesto Gamboa Alvarez, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Ricardo Uribe-Holguín.

Luis H. Mera Benavides
Secretario.

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL TRANSPORTADOR

Fuerza mayor o caso fortuito.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., abril 10 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 6 de mayo de 1977, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario instaurado por la "Compañía Granadina de Seguros S. A.", contra la entidad "Corporación Nacional de Transportes Limitada, Conaltra".

I
El litigio

1. Mediante escrito que fue repartido el 23 de mayo de 1975 al Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, la primera de las dos sociedades citadas demandó a la segunda a efecto de que, previos los trámites propios del proceso ordinario de mayor cuantía, se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que la entidad "Corporación Nacional de Transportes Limitada", por hechos imputables a su culpa, es civilmente responsable de la pérdida de "dos cajas o atados láminas de aluminio en aleación", mercancía que recibió en la ciudad de Cartagena para ser transportada a Bogotá y que no llegó al lugar final de su destino;

b) Que la misma sociedad transportadora es igualmente responsable de la pérdida de "doscientas veinte bolsas de 'PVC-450' con cinco mil quinientos kilos de peso", mercancía ésta que también recibió en la misma ciudad para transportarla igualmente a Bogotá y que tampoco llegó al sitio final de su destino;

c) Que, como consecuencia de la primera de las dos declaraciones anteriores, se condene a la entidad demandada a pagar a la demandante la suma de $ 97.690.00, valor de las mercaderías referidas en esa declaración, más los intereses legales de dicha suma que se causen hasta cuando se haga el pago;

d) Que, como consecuencia de la segunda de las citadas dos declaraciones, se condene también a la sociedad demandada a pagar a la demandante la suma de $ 143.000.00, valor de las 220 bolsas de 'PVC-450' perdidas, más los intereses legales de dicha suma "liquidados hasta cuando se verifique el pago", y

e) Que se condene a la misma demandada, además, en las costas procesales.

2. Las afirmaciones de hecho que la sociedad demandante invocó en apoyo de sus pretensiones, quedan sustancialmente sintetizadas en las siguientes:

a) "Safe Colombiana S. A.", entidad legalmente constituida y con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, contrató con la "Compañía Granadina de Seguros S. A." la póliza automática de seguros de transportes para despachos de mercancías, tanto en el trayecto exterior o marítimo como en el interior del país o terrestre, distinguida con el número 398 de 15 de septiembre de 1961;

b) En aplicación a la referida póliza, el 20 de agosto de 1974 la compañía demandante expidió el certificado de seguro número 712439 "para amparar contra los riesgos de pérdida total, falta de entrega, avería particular, guerra, huelga, asonada y conmoción civil y piratería, una importación consistente en dos (2) cajas o bultos de lámina de aluminio de aleación, desde Génova (Italia) hasta Cartagena y de esta ciudad a Bogotá";

c) El valor comercial de dicha mercancía en Génova, según lo indica la factura E0825, expedida por la casa "Lavorazione Leghe Leggere"

el 5 de octubre del mismo año, fue de US$ 2.400 y el costo del seguro de su transporte de Cartagena a Bogotá de $ 97.690.00;

d) Para la conducción de esta mercancía en el trayecto interior indicado se utilizaron los servicios de la empresa "Conaltra", la que recibió "de conformidad", según lo acredita la carta de porte de 16 de los mismos mes y año;

e) Mediante la planilla única de carga número 2485620 del 17 siguiente, expresa la demandante en el hecho 7 de su libelo, "Conaltra remitió el cargamento en el camión de placas VA-3619, Marca Dodge, Modelo 1970, de propiedad de Paulina Preciado de Sánchez, afiliado a Condetrans y conducido por el señor Jairo Franco, sin que hubiese llegado a su destino, ya que el camionero desapareció con la carga";

f) Ocurrida la pérdida de la mercancía, la sociedad transportadora formuló "el denuncio penal en la Comisaría Judicial del Centro", lo que hizo el 14 de noviembre de 1974; además, en comunicaciones del 15 del mismo mes de noviembre y de 12 de febrero del año siguiente, informó a "Safe de Colombia S. A." y a la compañía aseguradora la ocurrencia de tales hechos, o sea de la pérdida o extravío de la mercancía y de la denuncia criminal formulada;

g) Por cuanto la entidad transportadora no entregó la mercancía en el lugar de su destino final, la aseguradora debió pagar a la asegurada el valor del seguro, es decir, la suma de $ 97.690.00 "según liquidación de siniestro número TR/181/74, documento en el cual se deja constancia expresa de la cesión de acciones —subrogación— hecha por el asegurado indemnizado a favor de la Compañía Granadina de Seguros ...";

h) "Multiplast Limitada", sociedad comercial legalmente constituida y con domicilio principal en Bogotá, contrató con la "Compañía Granadina de Seguros S. A." la póliza automática de seguros de transportes número 574/1121 de 1º de abril de 1964, para despachos de mercancías, tanto en el trayecto exterior o marítimo como en el interior o terrestre;

i) En aplicación de la referida póliza, el 22 de mayo de 1974 la compañía demandante expidió el certificado de seguro número 712134, para amparar contra los mismos riesgos atrás indicados "un cargamento consistente en 1.560 bultos de PVC-450, desde Cartagena hasta Bogotá", con valor comercial de $ 1.054.560;

j) "Petroquímica Colombiana S. A." contrató con la sociedad demandada el transporte "de una parte de la mercancía" de Cartagena a Bogotá, y al efecto expidió la carta de porte número 04233. "Esta parte consistió en un lote de doscientas veinte (220) bolsas de PVC-450 con peso de 5.500 kilos, para cuyo despacho se expidió la planilla 1795328 de mayo 17 de 1974";

k) Para la conducción de esta mercancía, "Conaltra utilizó el camión de placas TP-1516, Marca Dodge, Modelo 1970, afiliado a Transportes Sierra y conducido por el señor Manuel Reyes, transporte que no se cumplió, ya que tanto las mercancías, como el camión y camionero, desaparecieron, sin que se haya hecho entrega de las mismas al destinatario, Multiplast Limitada";

l) Ocurrida la pérdida, en notas de 31 de mayo y 5 de junio del mismo año la asegurada comunica a la aseguradora la pérdida de la mercancía, puesta en conocimiento de aquélla por la entidad transportadora, la que a su vez procedió a formular la denuncia penal correspondiente en el Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal radicado en Cartagena, y

ll) Como efecto de la ocurrencia del riesgo, la "Compañía Granadina de Seguros S. A." tuvo que pagar a "Multiplast Limitada", el 28 de noviembre de 1974, el valor del seguro, es decir, la suma de $ 143.000.00 según "liquidación de siniestro número 104/74", documento en el cual "se verifica la cesión expresa de todos los derechos y/o acciones del asegurado en favor de la aseguradora".

3. En su oportuna contestación a la demanda la sociedad demandada se opuso a las súplicas de su demandante.

Después de negar algunos hechos, de exigir la prueba para los más y de aceptar como ciertos otros, expresó: "es obvio que el valor de la mercancía que se ampara con un seguro guarda relación con la prima que cobre la aseguradora y además, también hay relación directa del valor de la mercancía con los riesgos que se protegen con el seguro"; añade que por esa razón "Conaltra", al expedir las "órdenes de cargue" para el transporte de la mercancía a ella entregada con tal fin, expresó en tales documentos que "Si esta mercancía tiene un valor superior a diez pesos el kilo, debe dejarse la respectiva constancia en los duplicados que se nos regresan"; y que, de otra parte, es necesario tener en cuenta la proliferación del delito en el país, "lo que parece indicar que conductor y vehículo hubiesen sufrido atraco ...".

Amparada en esos asertos, la entidad demandada propuso entonces como excepciones la de prescripción, la de fuerza mayor y subsidiariamente la que denominó "contractual".

4. Contradicha así la demanda, con aducción de pruebas por ambas partes se surtió la primera

instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento le puso fin con sentencia de 29 de septiembre de 1976, mediante la cual acogió todas las peticiones de la demandante, aunque determinó como momento de partida para la liquidación de los intereses "la notificación de la demanda".

5. Por virtud de apelación interpuesta contra esta providencia por la parte desfavorecida con sus resoluciones, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, después de haber rituado legalmente la instancia, mediante fallo proferido el 6 de mayo de 1977 decidió confirmar en su integridad el apelado.

6. Contra la sentencia del Tribunal *ad quem* interpuso casación la parte demandada, recurso éste que por encontrarse hoy legalmente tramitado procede la Corte a decidir.

II

Los fundamentos del fallo de segundo grado

1. Advierte el Tribunal, en el inicio de las consideraciones de su fallo, que en el caso *sub lite* la pretensión básica deducida por la demandante se contrae a que se reconozca la responsabilidad civil que incumbe a la demandada por la pérdida de las mercancías, que se obligó a transportar de Cartagena a Bogotá, y cuyo valor aquélla debió pagar a las destinatarias por efecto de los contratos de seguro de transporte previamente ajustados con éstas.

2. Previo análisis de los elementos de prueba aducidos, con apoyo en ellos el sentenciador *ad quem* da por demostrados en el proceso los siguientes hechos:

a) Los contratos de seguro de transporte terrestre pactados entre la demandante, como aseguradora, y las sociedades "Safe Colombiana S. A." y "Multiplast Limitada" como aseguradas, con las correspondientes pólizas allegadas a los autos y visibles a folios 10 a 13 y 24 a 28 del cuaderno número 1;

b) Los dos pactos que para transportar de Cartagena a Bogotá la mercadería aludida acordaron estas dos últimas sociedades con la "Corporación Nacional de Transportes Limitada", con las manifestaciones que en el interrogatorio de parte hizo el gerente de la entidad demandada y "con las respectivas planillas";

c) La no entrega de las mercancías en el lugar de su destino, con las copias de las denuncias penales y con el mismo interrogatorio absuelto por el representante de "Conaltra", y

d) El pago del valor de tales mercaderías hecho por la compañía aseguradora a las destinatarias, con los recibos "sobre indemnización" que aparecen a folios 21 a 36 del mismo cuaderno.

"Los elementos de convicción que se dejan relacionados —dice la sentencia impugnada— ponen de presente que, en principio, la demandada comprometió su responsabilidad para con Safe Colombiana S. A. y Multiplast Limitada, como destinatarias de las mercancías, por haber incumplido con su obligación de entregarlas, y que al pasar la demandante a ocupar el lugar de las destinatarias, en virtud de la subrogación consagrada por el artículo 1096 del Código de Comercio, quedó legitimada para reclamar el pago de una indemnización proveniente de esa responsabilidad de la demandada como transportadora".

3. Llevadas por él sus consideraciones a este punto, acomete en seguida el Tribunal la labor de análisis de las excepciones propuestas, lo que hace separadamente:

a) *Fuerza mayor.* Con respecto a ésta el sentenciador de segunda instancia, después de transcribir el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, expresa que los fenómenos que por vía de ejemplo dicha norma cita como constitutivos de fuerza mayor, "y muchos otros, ... son mirados por el artículo 992 del Código de Comercio como exonerativos de responsabilidad", pero a condición, eso sí, "de que no hayan obedecido a culpa del transportador".

Estima el *ad quem,* y así lo asevera como fundamento del rechazo que de esta excepción hace en su fallo, que las manifestaciones de la demandada contenidas en las copias de las denuncias penales "están indicando que la transportadora incurrió en culpa al entregar las mercancías para su conducción a personas de cuyo comportamiento frente a la propiedad ajena no tenía ninguna seguridad, ya que luego de afirmarse en la denuncia el desaparecimiento de la mercancía, del vehículo en que se transportaba y de su conductor, se dice que pudo suceder 'que haya resuelto el mentado conductor apropiarse de la carga y hacer desaparecer el camión', con lo cual se pone de presente que la transportadora dudaba de la rectitud de la persona que debía hacer la conducción de la mercancía, lo que la hizo incurrir en culpa en su elección".

Refiriéndose a la copia de la segunda denuncia criminal, asevera el Tribunal que también ella conduce a poner de manifiesto la culpa de la sociedad transportadora, "pues allí se afirma que 'haciendo averiguaciones hemos podido compro-

bar que las direcciones del conductor, que él mismo nos dio, son ficticias'. Si esas averiguaciones se hubieran hecho con anterioridad a la entrega de la mercancía y no con posterioridad a su pérdida, no se le hubiera entregado a ese conductor''.

Finalmente, como razón corroborativa de la conclusión a que en el punto llega, afirma el juzgador de segundo grado que aún en la hipótesis de que tales ''denuncios no delataran la culpa de la transportadora, ellos, por sí solos, no podrían acreditar el fenómeno de la fuerza mayor alegada, pues, las manifestaciones que en ellos se hacen sólo pueden tener el valor de una declaración de persona interesada''.

b) *Prescripción de la acción indemnizatoria.* Por lo que atañe a este medio defensivo aducido por la demandada el sentenciador, después de puntualizar la finalidad de la prescripción extintiva y de diferenciarla con la caducidad, expresa que, según lo preceptuado por el artículo 993 del Código de Comercio, la obligación del transportador prescribe en dos años, que comienzan a contarse, generalmente, ''desde la fecha en que el pasajero emprende el viaje o desde que el remitente entrega la carga''.

Concluye al punto la sentencia que ''teniendo en cuenta la fecha en que la demandada recibió la mercancía y la en que fue presentada la demanda, la excepción en estudio no se alcanzó a consumar, por lo cual se debía rechazar''.

c) *Excepción ''contractual''*, así denominada por la demandada. Con relación a ésta la Sala falladora expresa que ''no le encuentra ningún fundamento''; y que ''teniendo en cuenta las manifestaciones que se hacen en los hechos 5º, 6º y 12 de la demanda y las que hizo la demandada al contestarlos'', debe concluir, ''como lo hizo el *a quo*, que la actora tiene derecho a que se le paguen las sumas de dinero que le reclama a la demandada en las súplicas tercera y cuarta del libelo que dio origen a este proceso''.

III

La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Como ya está dicho, contra la sentencia que se acaba de extractar interpuso casación la sociedad demandada. En su demanda le formula tres cargos: los dos iniciales con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, y el último dentro de la órbita de la segunda.

Por exigirlo así el despacho lógico de los mismos, la Corte estudia en primer lugar el cargo tercero, mediante el cual se acusa la comisión por el Tribunal de un error *in procedendo,* pues en el supuesto de la prosperidad de éste se haría innecesario el examen de los dos primeros, los cuales recaen sobre yerros *in judicando.*

Tercer cargo.

1. Mediante éste, la recurrente acusa la sentencia del Tribunal de no estar ''en consonancia con las excepciones propuestas y probadas por la sociedad demandada''.

2. A intento de demostrar esta censura, el casacionista comienza por recordar que al contestar la demanda propuso, como subsidiaria de otras, la excepción que denominó ''contractual'', fundándola ''en los documentos que cito en mis respuestas a los hechos 6º, 5º y 12'', hechos éstos que, lo mismo que las contestaciones correspondientes, transcribe en el desarrollo del cargo.

A renglón seguido hace notar la censura que en las dos órdenes de cargue que acreditan el despacho de las mercaderías de Cartagena a Bogotá, expedidas por ''Conaltra'' el 17 de mayo y el 17 de octubre de 1974, documentos que no han sido tachados de falsos, en ''caracteres impresos'' se lee: ''Si esta mercancía tiene un valor superior a diez pesos el kilo, debe dejarse la respectiva constancia en los duplicados que se nos regresan'', expresión que, a juicio de la recurrente, conduce a ''tener como condicionado el contrato de transporte'', lo que el Tribunal no vio y por ende no apreció en su fallo.

3. Concretando el error *in procedendo* que le enrostra al sentenciador, dice la demanda de casación que ''en vista de la condición que contienen las órdenes de cargue, no le era dado al *ad quem* condenar a la demandada al pago de la suma de $ 97.690.00, por concepto del seguro pagado por la actora a favor de Safe Colombiana S. A. por las láminas de aluminio, y de $ 143.000, como reembolso de la indemnización cancelada por la misma a Multiplast por las 220 bolsas de PVC-450, sino la suma de $ 21.800.00 para la primera (2.180 kilos, a $ 10.00 cada uno) y la de $ 55.000.00 para la segunda (5.500 kilos, a $ 10.00 cada uno). El kilaje del primer cargamento figura en la planilla única de cargue, la carta de porte y la liquidación del siniestro y en la demanda, y el del otro cargamento consta en la carta de porte y en las comunicaciones de Multiplast ...''.

Se considera

1. Como tradicionalmente lo han sostenido al unísono la jurisprudencia y la doctrina patrias, la incongruencia del fallo puede revestir tres formas, y cualquiera de ellas estructura la causal segunda de casación, desde luego que todas implican la trasgresión del principio de la consonancia que consagra el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil. Tales formas son: a) *ultra petita;* b) *extra petita,* y c) *mínima petita.*

Esta última forma de incongruencia, que es la invocada en el presente caso, se configura cuando el juez, al dictar su sentencia, omite decidir sobre algunas de las peticiones o de las excepciones invocadas, es decir, cuando se falla con defecto de poder y por eso a la sentencia, en tal caso, se la califica de fallo parcial o diminuto.

2. Según el resumen que del cargo se ha hecho, la recurrente califica la sentencia que combate de parcial o diminuta y por tanto la censura por incongruente, en la especie de *mínima petita,* pues que a su juicio dejó de fallar una de las excepciones propuestas, concretamente la que denomina "contractual", que de haberse acogido, dice, habría llevado al sentenciador a imponer unas condenas cuantitativamente muy inferiores a las pedidas en la demanda.

Concebido en tales términos el ataque, habría que decir que si ciertamente el juez concedió a la demandante un bien jurídico de mayor valor al que realmente tuviera derecho, se estaría en presencia no de un fallo disonante por *mínima petita* sino de uno *infra petita* que, por corresponder al fenómeno de la *plus petitio,* ha debido acusarse en casación con fundamento en la causal primera y no en la segunda, pues se trataría, en tal supuesto, de denunciar un error *in judicando* y no uno *in procedendo.*

3. Pero si dejando de lado el apuntado desacierto en el planteamiento del cargo, debiera la Corte entrar a estudiar en el fondo dicha censura, tendría que decir, por las razones que adelante expresa, que el fallo combatido sí decidió todas las excepciones propuestas, y concretamente la que la recurrente estima preterida.

Porque si bien es verdad que la sentencia del Tribunal no hizo, en su parte dispositiva, pronunciamiento expreso sobre las excepciones, no lo es menos, tal cual se vio al resumir ese fallo, que en la parte expositiva consideró ampliamente todas las excepciones, particularmente la denominada "contractual", la que encontró sin "ningún fundamento". La circunstancia de que la sentencia no se refiera expresamente, en sus resoluciones, a las excepciones propuestas, no implica que éstas hayan dejado de considerarse, si en la parte motiva se encuentra referencia explícita a ellas.

Esta tesis fue acogida por la Corte en su fallo de 24 de abril de 1974, proferido en el proceso de Leonel Sarmiento contra Manuel Loretto Jiménez, no publicado aún en la *Gaceta Judicial.* En dicha sentencia dijo la Sala: "Y aunque el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, impera que la parte resolutiva de la sentencia, entre otras cosas, 'deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda y de las excepciones', el quebranto de este deber por el juez no constituye, *per se, causal* de incongruencia, pues lo que podría configurar la disonancia por *mínima petita,* no sería el hecho de que una determinada decisión no fuera incluída en la parte resolutiva del fallo, sino la circunstancia de que efectivamente la sentencia hubiera dejado de resolver un extremo de la controversia ...

"Ahora bien, como la sentencia no está constituida únicamente por la parte resolutiva, sino que se integra también con la motiva, síguese que una resolución contenida en ésta obliga así mismo, como parte del fallo, como decisión jurisdiccional. Por tal motivo, seguramente, al erigir la disonancia como causal de casación en el artículo 368, numeral 2º del Código de Procedimiento Civil, el legislador dijo que ella ocurría cuando 'la sentencia' no era armónica con las pretensiones o las excepciones. Habló entonces de 'la sentencia' en general y no específicamente de 'la parte resolutiva', como sí lo hizo en la causal tercera de casación, que se da cuando 'la sentencia en su parte resolutiva contiene disposiciones contradictorias' ".

Posteriormente la Corte reiteró esta tesis, como puede verse, entre otras, en las sentencias de 6 y 8 de febrero de 1978, proferidas en los procesos de Guillermo Rojas Carrasquilla contra Omar Puerta Vélez, y en el de Maquinaria Agrícola Limitada en frente de Transportes Guillermo Rodríguez y Compañía Limitada", no publicadas aún en la *Gaceta Judicial.*

Por lo dicho, la censura resulta impróspera.

Primer cargo.

1. En éste se acusa la sentencia de quebrantar indirectamente, por inaplicación, los artículos 1º de la Ley 95 de 1890 y 992, inciso 1º del Código de Comercio; y los textos 1030 y 1096 ibídem, estos por aplicación indebida, como consecuencia del error de hecho manifiesto en que habría in-

currido el Tribunal por falta de apreciación de unas pruebas y estimación equivocada de otras.

Como pruebas que el sentenciador habría dejado de apreciar la censura señala estas: a) las comunicaciones de 15 de noviembre y 4 de junio de 1974 y 12 de febrero de 1975, dirigidas por el gerente general de "Conaltra" a las compañías aseguradas y a la aseguradora, y b) el interrogatorio de parte absuelto por el gerente citado, Antonio José Zuluaga. Y como pruebas que habrían sido apreciadas indebidamente, cita la recurrente las copias de las dos denuncias penales formuladas por la sociedad transportadora en Bogotá y Cartagena, por razón de la pérdida de la mercancía.

2. En desarrollo del cargo por la segunda faz el casacionista, después de aseverar que conforme al artículo 1º de la precitada Ley 95 de 1890 "perfectamente se pueden clasificar como fuerza mayor o caso fortuito los asaltos o atracos perpetrados por piratas terrestres contra los acarreadores de cosas", expresa que "en el caso de autos los cargamentos no fueron entregados por la pérdida de ellos, muy posiblemente a consecuencia de la piratería terrestre, con el alcance de fuerza mayor o caso fortuito que ese proceder delictivo reviste y que exonera a la demandada de toda responsabilidad, por mediar causa extraña y no tener ninguna relación de causalidad con el daño, por no haber sido cometido el asalto por sus representantes, agentes o dependientes y por no existir culpa de su parte".

Afirma la impugnante, y en esto concreta el primer aspecto del error de hecho que denuncia, que la conclusión del *ad quem* relativamente a las copias de las denuncias penales, o sea la de que las manifestaciones contenidas en éstas ponen de presente "que la transportadora incurrió en culpa al entregar las mercancías para su conducción" a personas no muy bien conocidas por ella, es equivocada, desde luego que en el contexto de dichas denuncias hay afirmaciones que demuestran lo contrario, tales como las que dicen: "... habiendo sido infructuosas todas las investigaciones que hemos hecho para su localización (del camión), siendo de temer como ocurre con demasiada frecuencia que haya sido atracado ..."; "... nuestro agente en Cartagena ... y el embarcador ..., informaron que al chofer lo conocían de vista bastante y que los documentos que presentó, tales como cédula, pase, tarjeta ... estaban en completo orden. Que además el camión les había prestado servicios de transporte, siendo por tanto muy extraño pensar que se haya apropiado de la carga ...".

"No cabe duda, por tanto, —deduce el casacionista— de que las denuncias fueron defectuosamente apreciadas por el fallador de segundo grado".

3. En desarrollo del cargo por su primera faz, expresa la censura que las comunicaciones atrás referidas "destacan el interés que tiene la demandada para dar con el paradero del camión, el conductor y las mercancías"; y demuestran, además, que ocurrida la pérdida de éstas la sociedad transportadora procedió a comunicar el hecho a la autoridad y a las compañías interesadas. Añade que tales misivas "debieron apreciarse, por lo menos, en este sentido".

Continuando en el desenvolvimiento del ataque por dicho aspecto primero, agrega la impugnadora del fallo que el Tribunal no apreció el interrogatorio de parte absuelto por el gerente de "Conaltra", más concretamente las respuestas que dio a las preguntas 6ª y 8ª en donde "se ratifica en la manifestación de que se trata de un atraco", ya que en la primera expuso que "... hay un hecho de fuerza mayor cual es la desaparición del vehículo y su conductor seguramente en manos de piratas de tierra ..."; y en la segunda expresó: "... es apenas natural aceptar que el conductor fue atracado y posible muerto y el camión desmantelado como es usanza en estos tiempos de completa inseguridad, y esto corresponde establecerlo a las autoridades donde cursa el denuncio respectivo".

Se considera

1. *Conforme lo predica el artículo 982 del Código de Comercio, del contrato de transporte emana para el transportador, como cardinal obligación suya, la de "conducir a las personas o a las cosas sanas y salvas al lugar o sitio convenido, dentro del término, por el medio y clase de vehículos previstos en el contrato y, en defecto de estipulación, conforme a los horarios, itinerarios y demás normas contenidas en los reglamentos oficiales ...".*

Obvia y natural consecuencia de ello es, entonces, la de que el incumplimiento de dicha obligación compromete la responsabilidad civil del transportador, quien, al decir del artículo 1030 ejusdem, *"responderá de la pérdida total o parcial de la cosa transportada, de su avería y del retardo en la entrega, desde el momento en que ella quede a su disposición" y, en principio, hasta cuando la entregue a satisfacción de su destinatario.*

2. *El principio de la responsabilidad del transportador originada en la pérdida de las cosas que se le han entregado para su conducción, no es empero absoluto, desde luego que la legislación vigente, orientada por el criterio de la culpa civil, ha consagrado expresamente algunas circunstancias que lo liberan de esa responsabilidad.*

Dice en efecto el artículo 992 ibídem *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 inherente a la cosa transportada, o de culpa imputable exclusivamente al pasajero, al remitente o al destinatario". Lo cual significa que, dentro de la órbita de los efectos del contrato de transporte, la ocurrencia de un hecho constitutivo de fuerza mayor es causal exonerativa de la responsabilidad del transportador por la pérdida de la cosa transportada, cuando dicho acontecer fortuito no se deba a la incuria, descuido o culpa suyos.*

Y preceptúa esta norma, además, que constituyen culpa del transportador "las violaciones a los reglamentos oficiales o de la empresa, cuando el incumplimiento haya causado o agravado el riesgo".

3. *Aunque sin aseverarlo como hecho realmente sucedido, sino apenas como una posibilidad o conjetura, en el caso presente la sociedad demandada pretende que se le exima de responsabilidad por la pérdida de las mercancías, porque, dice, "todo parece indicar que conductor y vehículo hubiesen sufrido atraco".*

Si, pues, es la misma sociedad transportadora quien, incluso en su demanda de casación, afirma que no entregó a su destinatario "los cargamentos por la pérdida de ellos, muy posiblemente a consecuencia de la piratería terrestre", osado es que endilgue al Tribunal error fáctico al no dar por demostrado un hecho que no está probado en el proceso, y que el mismo recurrente siempre ha invocado como de probable realización pretérita. Por manera, que, según lo pregona la antecitada disposición legal, siendo deber del transportador demostrar el hecho constitutivo de fuerza mayor para exonerarse de responsabilidad, mal hace en exigirle a la justicia que dé por probado lo que él no quiso o no pudo justificar evidentemente en el proceso.

Esta sola consideración sería de suyo suficiente para concluir sin hesitación alguna que el error de hecho denunciado no se configura, y, por ende, para rechazar el cargo.

4. *Más, aún en la hipótesis de que el pretenso "atraco" se encontrara demostrado, no podría predicarse en relación con el carácter de acontecer fortuito eximente de responsabilidad, cual lo pretende la censura.*

Precisando los rasgos característicos de la fuerza mayor o del caso fortuito ha dicho la Corte, en efecto, que "hay muchos hechos de la naturaleza de los expresados en el artículo 1º de la Ley 96 de 1890 que sustentan por sí mismos los caracteres de lo fortuito y pueden ser obstáculo invencible para el cumplimiento de la obligación. El rayo, el terremoto, por ejemplo, son acontecimientos súbitos que avasallan el poder del hombre. Es difícil escapar a sus efectos aniquiladores y prever el fenómeno. Pero son raros los casos de esta naturaleza que sean siempre y en todo supuesto causas de irresponsabilidad. El naufragio, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad, propuestos en el artículo citado como ejemplos de casos fortuitos, no son siempre y en todo evento causas de irresponsabilidad contractual. Eso depende de las circunstancias y del cuidado que haya puesto el deudor para prevenirlos. Si el deudor a sabiendas, se embarca en una nave averiada, que zozobra y le hace perder lo que debe; si temerariamente se expone a la acción de sus enemigos o comete faltas que lo coloquen a merced de la autoridad; o no toma las medidas adecuadas que hubieran evitado la inundación de su propiedad, sin embargo de que se cumple un acontecimiento por su naturaleza extraño y dominador, no configuraría un caso fortuito liberatorio del deudor. Es que los caracteres esenciales del caso fortuito son la imprevisibilidad y la imposibilidad. De consiguiente, se está bajo el dominio de lo fortuito cuando el deudor se imposibilita totalmente para cumplir su obligación por causa de un evento imprevisible. Cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor.

"Por ende, en tanto que sea posible prever la realización de un hecho susceptible de oponerse a la ejecución del contrato, y que este evento puede evitarse con diligencia y cuidado, no hay caso fortuito ni fuerza mayor. Sin duda el deudor puede verse en la imposibilidad de ejecutar la prestación que le corresponde, pero su deber de previsión le permitiría evitar encontrarse en semejante situación. El incendio, la inundación, el hurto, el robo, la muerte de animales, el daño de

las cosas, etc., son hechos en general previsibles y que por su sola ocurrencia no acreditan el caso fortuito o la fuerza mayor, porque dejan incierto si dependen o no de culpa del deudor. Por consiguiente, es racional que el deudor que alegue uno de estos o parecidos acontecimientos, pretendiendo librarse del cumplimiento de su obligación, debe no sólo probar el hecho, sino demostrar también las circunstancias que excluyan su culpa. Y la presunción de culpa que acompaña a quien no ha ejecutado el contrato, no se destruye por la simple demostración de la causa del incumplimiento cuando el hecho así señalado es de los que el deudor está obligado a prever o impedir. Por ejemplo, el robo y el hurto son hechos que se pueden prever y evitar con sólo tomar las precauciones que indique la naturaleza de las cosas. No constituye caso fortuito sino probando que no obstante aquellas previsiones fue imposible evitar el suceso: como cuando se consuman por un asalto violento que domina la guardia suficiente con que se custodiaba la cosa. Pero cuando la causa del robo queda ignorada, cuando ni siquiera se conoce al autor, entonces no hay derecho a exculparse con el caso fortuito para librarse de la respectiva obligación. La presunción de culpa sigue pesando sobre el obligado" (LXIX, 555).

Y no se remite a duda que el hecho aquí alegado como constitutivo de fuerza mayor, e invocado por la demandada, se repite, como mera posibilidad, "atraco sufrido por conductor y vehículo", era bien previsible por ella, desde luego que el propio casacionista, en el desarrollo de este cargo, asevera: "Es de dominio público la inseguridad que soporta Colombia en ciudades y campos y la acción en que están empeñados sus gobernantes para combatir esta calamidad, desgraciadamente con resultado hasta ahora negativo ...".

5. Pero hay más qué decir todavía. Porque si, abstracción hecha de lo expuesto en el numeral precedente, se dijera que está acreditado "el atraco" que se alega como causa de la pérdida de la mercancía, habría que negarle a tal suceso efecto liberatorio de la responsabilidad del transportador, puesto que su ocurrencia se debió a la culpa suya demostrada, consistente en "las violaciones a los reglamentos oficiales", tal cual lo consagra el precitado artículo 992 del Código de Comercio.

En efecto. Es un hecho indiscutible, pues así lo indican las "planillas de carga" aportadas a los autos y lo acepta la sociedad demandada, tanto en las comunicaciones por ella remitidas a las compañías aseguradas como en las denuncias penales formuladas, que para el transporte de la mercancía remitida "Conaltra" utilizó dos vehículos que no eran de su propiedad, pues pertenecían a Josefina Preciado de Sánchez y a Samuel Choperena, afiliados en su orden a "Coldetrans" y a "Transportes Sierra" y conducidos, respectivamente, por Jairo Franco y Manuel Reyes. Lo cual quiere decir que infringió, y por ende incurrió en culpa, las previsiones del Decreto 1393 de 6 de agosto de 1970 en sus artículos 11, 13 y 14.

Los referidos preceptos del Estatuto Nacional del Transporte Terrestre Automotor establecen, al punto, que "cuando una empresa de Transportes no sea propietaria de todos los vehículos necesarios para la adecuada prestación del servicio, podrá vincular a ella los vehículos, por cualquier forma contractual legalmente establecida ..." (artículo 11); que para suplir las deficiencias del parque automotor, "la empresa podrá celebrar contratos que permitan la utilización de vehículos de otra u otras empresas, pero el servicio se prestará bajo la responsabilidad y control de la empresa solicitante" (artículo 13); y que para los efectos de esta previsión, "... el respectivo contrato deberá ser presentado al Instituto Nacional del Transporte, para su aprobación", en donde al aprobarlo se expedirá "una tarjeta especial de operación" (artículo 14).

Estando pues probado que "Conaltra" utilizó para el transporte de la mercancía dos vehículos que no eran de su propiedad, correspondíale consiguientemente, para que no se le imputara violación de los reglamentos oficiales y por ende culpa en la ocurrencia del siniestro, justificar que había celebrado contratos, y obtenido la aprobación de éstos, con las empresas "Coldetrans" y "Transportes Sierra", lo que ciertamente no hizo.

6. Para poner de presente la inexistencia del yerro de facto denunciado por el recurrente cabría agregar, por contera, que si bien en las comunicaciones que "Conaltra" dirigió a "Safe Colombiana S. A.", "Multiplast Limitada" y "Compañía Granadina de Seguros S. A.", aquélla les hace saber a éstas que ocurrida la pérdida de las mercaderías desplegó alguna actividad para descubrir la ubicación "del camión y del camionero", empleados para la conducción de los cargamentos de Cartagena a Bogotá, tal conducta, por ser posterior y no anterior a la ocurrencia del riesgo, ni por asomo puede tener virtualidad para justificar su cuidado y vigilancia en el cumplimiento de la obligación contractual básica.

Como tanto en las denuncias penales que por razón de la pérdida de la mercancía formuló el gerente de "Conaltra", como en el interrogatorio que éste absolvió, se atribuye la desaparición de los vehículos automotores *a la posibilidad* de un acto de piratería terrestre, no es dable inferir de ellos la prueba de que tal extravío no se debió a culpa del transportador, cual lo pretende la censura, por tratarse de aserciones que no rebasan el campo de lo puramente conjetural.

7. Corolario de las precedentes consideraciones es el de que el cargo que aquí se estudia resulta ostensiblemente infundado, y así tiene que declararlo la Corte.

Segundo cargo.

1. Mediante éste la recurrente acusa el fallo de segundo grado de ser indirectamente violatorio, por falta de aplicación, de los artículos 992, inciso 3º y 1021, primera parte, del Código de Comercio, como consecuencia del error de hecho manifiesto en que habría incurrido el Tribunal por falta de apreciación de unas pruebas y estimación equivocada de otras.

Como pruebas que a juicio de la censura el Tribunal habría dejado de considerar, aquélla cita las dos "órdenes de cargue" expedidas por "Conaltra" el 17 de mayo y el 17 de octubre de 1974, en las cuales aparece en caracteres impresos la siguiente leyenda: "Si esta mercancía tiene un valor superior a diez pesos el kilo, debe dejarse la respectiva constancia en los duplicados que se nos regresen". Y como pruebas que en criterio del recurrente el *ad quem* apreció erróneamente, aquél cita la "planilla de carga" número 2485620; las dos "cartas de porte" adjuntadas a los autos; la liquidación del siniestro número TR./181/74; y las cartas de 31 de mayo y 5 de junio de 1974, dirigidas por "Multiplast" a la compañía aseguradora "Granadina de Seguros S. A.".

2. En desarrollo del cargo, expresa la impugnadora que si el sentenciador hubiera visto y apreciado en su fallo los elementos de prueba primeramente relacionados, habría "podido tener presentes las condiciones, valor de las mercancías y demás datos que expresa la carta de porte", la que, según lo preceptúa el artículo 1021 del Código de Comercio, hace fe de la celebración del contrato de transporte y de sus condiciones. Que como no se expresó en las respectivas planillas la condición prevista en ellas mismas para cuando el valor de la mercancía fuera superior a $ 10.00 el kilo, "no le era dado al *ad quem* condenar a la demandada al pago de $ 97.690.00, por concepto del valor del seguro pagado por la actora a Safe Colombiana S. A. por las láminas de aluminio, y el de $ 143.000.00, como reembolso de la indemnización cancelada por la misma a Multiplast por las 220 bolsas de PVC-450".

Dice, de otra parte, que "con aplicación de la condición que contienen las órdenes de cargue" sólo procedía condenar, en la hipótesis de deducirle responsabilidad a la demandada, a las sumas "de $ 21.800.00 para la primera sociedad (2.180 kilos, a $ 10.00 cada uno); y de $ 55.000.00 para la segunda (5.500 kilos, a $ 10.00 cada uno)".

3. Continuando en la tarea de demostrar la censura, asevera el casacionista que no es que se pretenda exonerar parcialmente de responsabilidad a la transportadora, pues ello está prohibido por la primera parte del artículo 992 citado, "sino obtener la aplicación de la segunda salvedad que contempla el inciso tercero del mismo artículo, esto es, cuando la limitación de la responsabilidad revista 'la forma de seguro', como en el presente caso, en el que para efectos de las indemnizaciones y de la fijación de los fletes se les exige a los remitentes de las mercancías las constancias de que el kilo de ellas tiene un valor por encima de $ 10.00 ...".

Se considera

1. Al proceder la Sala a decidir este cargo advierte, al primer golpe de vista, que él adolece de un ostensible defecto de técnica que lo hace necesariamente impróspero, cual es el de no estructurar la indispensable proposición jurídica completa.

Es doctrina de la Corte, repetida aún a riesgo de fatigar en numerosísimos fallos, la de que "cuando la sentencia del Tribunal *ad quem* decida sobre una situación dependiente, no de una sola norma sino de varias que se combinan entre sí, la censura en casación, para ser cabal, tiene que investir la forma de lo que la técnica llama proposición jurídica completa. Lo cual se traduce en que si el recurrente no plantea tal proposición, señalando como vulnerados todos los textos legales sustanciales que su estructura exige, sino que se limita a hacer una indicación parcial de ellos, el ataque es vano" (sentencia de 16 de noviembre de 1967, no publicada aún en la *Gaceta Judicial*).

2. El cargo que aquí se estudia se limita a denunciar como quebrantados, por inaplicación, los artículos 1021 y 992.3 del Código de Comercio.

El primero de estos textos, cuyo contenido se reduce a determinar los alcances probatorios de la "carta de porte", no es norma sustancial sino procesal y por lo mismo no da base para fundar en ella un cargo en casación con apoyo en la causal primera; y la segunda, que indica que las cláusulas limitativas de la responsabilidad del transportador sólo producen efectos "cuando se refieran exclusivamente a la mora o retardo por 'riesgos del transporte', o revistan la forma de seguro", si bien es sustancial, no constituye por sí sola proposición jurídica completa.

No obstante que se trata de una sentencia en la cual se deduce responsabilidad de la demandada por haber incumplido sus obligaciones como transportadora, y se la condena a pagar el valor de las mercancías a favor de la sociedad aseguradora como subrogatoria de las aseguradoras, el recurrente omite absolutamente impugnar en este cargo las normas legales que consagran los derechos y las obligaciones reconocidos en el fallo. Resulta así el cargo incompleto en su formulación y por ende ineficaz, sin que le sea dado a la Corte, como Tribunal de casación, considerar oficiosamente violaciones no denunciadas por el recurrente.

3. Amparada en el principio que proclama la autonomía e independencia de los cargos en casación, ha dicho la Corte que a ella no le es dado estudiarlos sucesivamente a efecto de complementar el uno con otro u otros, conducta que sería contraria al procedimiento establecido en el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual debe estudiarlos sin otra prelación que la derivada de su orden lógico, absteniéndose de considerar los restantes si halla procedente alguno, salvo cuando el examen sucesivo de los cargos se haga necesario porque al que encuentre próspero sólo verse sobre parte de las resoluciones de la sentencia, y se hubieren propuesto otros respecto de las demás.

Hase dicho, por lo tanto, que para su eficacia los cargos en casación tienen que proponerse separadamente, en forma concreta, completa y exacta para que la Corte, situada dentro de los límites que le demarca la censura y en congruencia con ellos, pueda decidir el recurso sin tener que moverse oficiosamente a completar la acusación, por impedírselo el carácter eminentemente dispositivo de este recurso extraordinario.

Por lo dicho, se rechaza este cargo.

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 seis (6) de mayo pasado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario.

Costas del recurso a cargo de la recurrente. Tásense.

Insértese en la *Gaceta Judicial*. Cópiese y notifíquese.

Alberto Ospina Botero, Ernesto Gamboa Alvarez, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Ricardo Uribe-Holguín.

REVISION
(Recurso extraordinario)

Requisitos esenciales para su procedencia.

Cosa juzgada. — El fenómeno de la cosa juzgada es base fundamental del orden jurídico y garantía de los derechos ciudadanos. Sin embargo, el principio de la "cosa juzgada" no es absoluto: razones de equidad impulsan a exceptuar de él las sentencias proferidas en procesos en los cuales faltaron los elementos esenciales para la garantía de la justicia. La falta de notificación causal de la nulidad de la sentencia.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., mayo 16 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de revisión interpuesto por Gonzalo Raúl Gómez Robayo contra la sentencia de 13 de febrero de 1975, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso de pertenencia instaurado por Luis Eduardo García.

I
Antecedentes

1. Mediante la Escritura pública número 1480 de 21 de mayo de 1957, otorgada en la Notaría Octava de Bogotá, se protocolizó el proceso sucesorio de Francisco Robayo Páez, tramitado en el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá.

En la partición practicada en el proceso dicho se adjudicó a Gonzalo Raúl Robayo Gómez, o Gómez Robayo, entre otros el siguiente inmueble: la casa de un solo piso, junto con el lote en que está edificada, distinguida con los números 15-78/80/82/84/86 de la calle 53 de Bogotá, comprendida dentro de los siguientes linderos: "Por el Sur, con la calle cincuenta y tres (53); por el Occidente, con la casa número 15-50 de propiedad del señor Forero, hasta encontrar el punto de unión con la casa de la señora Matilde viuda de Manrique; por el Norte, con la casa número 53-32, que es o fue de un señor Holguín; por el Oriente, con la casa número 15-76, que es o fue de un señor Ribón".

La sentencia aprobatoria de dicho trabajo-partitivo, que fue proferida por el sobredicho Juzgado Sexto el 30 de abril de 1956, se inscribió en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá el 18 de julio del mismo año, según el folio de matrícula inmobiliaria número 0500354635, expedido el 23 de septiembre de 1976.

2. Mediante documento privado suscrito por ellos en Bogotá el 5 de febrero de 1960, el citado adjudicatario Gómez Robayo dio en arrendamiento a Graciela de García y Emma viuda de Morales, por el plazo de 6 meses y con un canon mensual de $ 200.00, el referido inmueble de la calle 53.

3. Previa la obtención por el arrendador de licencia administrativa para demoler la edificación, éste inició en febrero de 1970 proceso de lanzamiento contra las citadas arrendatarias Graciela de García y Emma viuda de Morales, en el Juzgado Veinticinco Civil Municipal de Bogotá, proceso en el cual fueron relievantes, por su incidencia en el presente, estos hechos:

a) Las demandadas, por conducto de apoderado único, se opusieron a la pretensión de lanzamiento contra ellas instaurada, alegando que

tal petición ya había sido juzgada en sentencia anterior;

b) La restitución deprecada fue acogida en segunda instancia, puesto que el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Bogotá, mediante su sentencia proferida el 22 de abril de 1972, luego de revocar la de primer grado, decretó el lanzamiento suplicado, y

c) Dicha sentencia estimativa fue ejecutada finalmente, después de muchas incidencias, en diligencia de 20 de noviembre de 1972.

3. De otro lado, en enero de 1970 Luis Eduardo García demandó a Gonzalo Raúl Gómez Robayo ante la Inspección Veintidós Distrital de Policía, en amparo posesorio del inmueble Nº 15-78 de la calle 53 de Bogotá, alegando que su demandado, desde el 19 de enero de ese año, había comenzado a demoler parte de los locales de la edificación en donde él (el demandante) vivía con su familia.

La citada Inspección de Policía, mediante su resolución proferida el 30 de noviembre de ese año, concedió el amparo posesorio solicitado y por tanto dispuso "que las cosas vuelvan a su estado anterior y conforme estaban cuando fue perturbada la posesión".

II
El proceso de pertenencia

1. Mediante escrito que fue repartido al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá el 6 de agosto de 1970, el citado Luis Eduardo García, representado por el mismo abogado que en el proceso de lanzamiento ya referido había apoderado a Graciela de García, cónyuge de aquél, afirmando ser dueño de él por haberlo poseído durante más de veinte años "en forma quieta, pacífica, pública y continua", solicitó que previo el trámite especial que al efecto consagraba la Ley 120 de 1926 se le declarase que le pertenece el dominio pleno y absoluto, por prescripción adquisitiva extraordinaria, del inmueble atrás descrito, es decir, del distinguido con el número 15-78 de la calle 53 de Bogotá.

2. La anterior demanda fue admitida por auto de 11 de agosto de ese año; y para decidir la pretensión deducida en ella, como lo solicitó el demandante, se le imprimió el trámite especial ordenando su traslado al agente del ministerio público y el emplazamiento, "en la forma establecida por el artículo 7º de la Ley 120 de 1928 ... a todas las personas que se crean con algún derecho en el inmueble que se pretende usucapir".

3. Notificado el auto admisorio el 25 de agosto siguiente al Personero de Bogotá y surtido a éste el traslado de ley, para el emplazamiento de los demandados inciertos se procedió así:

a) El 17 de noviembre de 1970 se fijó en la Secretaría del Juzgado el edicto emplazatorio, el cual se desfijó el 30 de marzo de 1971;

b) Según constancias consignadas en el expediente, se fijaron carteles en el inmueble y en algunos sitios de esta ciudad el 12 de septiembre y 30 de noviembre de 1971, el 30 de marzo y el 14 de mayo de 1972;

c) El edicto emplazatorio se publicó en el periódico "El Siglo", ediciones 3 de agosto, 26 de octubre, 14 de diciembre de 1971 y 18 de marzo de 1972, y

d) En las mismas fechas anteriores se publicó igualmente el edicto en las ediciones de la "Gaceta de Cundinamarca".

4. Según informe secretarial, hasta el 20 de junio de 1972 no se había presentado oposición alguna a la pertenencia; y como para entonces ya se encontraba en vigencia el Código de Procedimiento Civil que hoy rige, el juzgado del conocimiento, por auto de esa fecha, designó curador *ad litem* a "las personas indeterminadas y emplazadas".

El curador nombrado, después de haber tomado posesión del cargo, contestó la demanda expresando que no tenía conocimiento de los hechos afirmados en ella, y que por consiguiente reclamaba su plena demostración procesal.

5. Transformando pues el proceso en ordinario, concedióse el término probatorio discriminado en dos estapas, una de 10 días para pedirlas y otra de 30 para practicarlas.

Evacuadas que fueron las pruebas pedidas, y surtidas todas las demás etapas del proceso, el juzgado del conocimiento dictó su sentencia deprecada y ordenó la inscripción de dicho fallo y la cancelación "de los registros anteriores referentes al mismo inmueble".

6. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al decidir la consulta ordenada para el fallo de primer grado, mediante su sentencia de 12 de febrero de 1975 confirmó en todas sus partes la consultada.

7. Una vez que la declaración de pertenencia alcanzó firmeza, la sentencia respectiva se inscribió el 25 de abril de 1975 en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, según el folio de matrícula inmobiliaria número 050027636, expedido el 7 de octubre de 1976.

III

El recurso de revisión

1. Gonzalo Raúl Gómez Robayo, mediante escrito presentado en la Secretaría de esta Corporación el 23 de junio de 1977, propone recurso extraordinario contra la sentencia de 12 de febrero de 1975, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso de pertenencia instaurado por Luis Eduardo García ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de la misma ciudad.

En la demanda respectiva solicita el recurrente que, con citación y audiencia del mentado García, del Ministerio Público y de Enrique García, designado éste en la pertenencia como curador de las personas indeterminadas y emplazadas, la Corte revise la sentencia mencionada para que "declare la nulidad de todo lo actuado en dicho proceso".

2. En apoyo de su pretensión impugnativa el recurrente invoca la causal contemplada en el numeral 7 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, la que hace consistir, a más de los que fluyen de los antecedentes relatados, en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

Que el demandante de la pertenencia, Luis Eduardo García, es el cónyuge de Graciela Rodríguez de García, quienes habitaban con su familia en el inmueble número 15-78 de la calle 53 de Bogotá; que el abogado que apoderó a la señora Rodríguez de García en el lanzamiento que contra ella se instauró en 1970, relativamente a ese bien, es el mismo que luego apersonó en el correspondiente proceso al demandante de la declaración judicial de pertenencia; que los emplazamientos surtidos en ésta "no se hicieron de conformidad con la ley, puesto que los carteles y publicaciones no fueron hechos con la regularidad dispuesta por el inciso 1º del artículo 7º de la Ley 120 de 1928"; que el demandante en dicho proceso, no obstante tener conocimiento de que el aquí recurrente invocaba derechos sobre el bien objeto de la usucapión, inició el trámite respectivo, lo adelantó y lo terminó con el claro propósito de que a él no pudiera comparecer Gómez Robayo, lo que evidentemente logró; que éste, sólo en octubre de 1976, cuando se le entregó el certificado del Registrador, "se enteró con sorpresa de la anotación en el Registro de la sentencia del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, sobre declaración judicial de pertenencia a favor de Luis Eduardo García"; que entonces y por la misma razón se enteró además que en el Juzgado Quinto Civil de Bogotá, "el doctor David Melo Cifuentes adelanta un proceso ejecutivo contra Luis Eduardo García, su anterior poderdante y para quien obtuvo la sentencia de declaración judicial de pertenencia y dentro del mismo proceso embargó el mismo bien situado en la calle 53 número 15-78 de Bogotá ..."; y que el recurrente, desde la adjudicación que de él se le hizo en la sucesión de Francisco Robayo Páez, "ha mantenido la posesión material e inscrita sobre el citado bien ... Una vez desocupado por la arrendataria Graciela Rodríguez de García, demolió la edificación y arrendó el lote a diferentes personas, ocupándolo en la actualidad como arrendatarios Justo Garay y Francisco Rojas".

3. Por cuanto el recurso extraordinario se propuso dentro de la oportunidad indicada en el artículo 381 del Código de Procedimiento Civil y el recurrente constituyó la caución exigida, la Corte, después de haber recibido el expediente del juzgado de origen, mediante auto de 5 de septiembre admitió la demanda y ordenó correrla en traslado a los demandados y al Agente del Ministerio Público.

4. Oportunamente el demandado Luis Eduardo García contestó la demanda oponiéndose a la pretensión del demandante; en cuanto a los hechos aceptó algunos, negó otros y exigió la prueba para los más.

Expresó, en suma, que fue cierto que Gonzalo Raúl Gómez Robayo "no fue demandado en forma directa (en el proceso de pertenencia) pero sí lo fue en forma indirecta conforme lo ordenaba la ley vigente en esa época y así consta en el expediente. La notificación por edicto es una de las formas o especies de notificación con la cual se vincula al proceso a las personas inciertas o desconocidas. La ley presume que quien tiene interés en sus propiedades y derechos debe estar atento a su defensa y el abandono de este deber es sancionado con la pérdida. Este es el fenómeno que orienta la prescripción adquisitiva y la acción denominada de pertenencia, que sin este recurso o medio de notificación sería totalmente nugatorio".

En esa misma oportunidad el demandado dicho propuso, además de "todas las que resulten probadas", la excepción de prescripción de la acción, la que fundó en la afirmación de que "la demanda fue instaurada después del tiempo establecido por la ley para ello".

5. Por auto del 23 de enero del presente año el proceso revisorio se recibió a pruebas, período dentro del cual se practicaron las siguientes:

Primero. A petición del recurrente.

a) Copia de la Escritura pública número 1480 de 21 de mayo de 1957, otorgada en la Notaría Octava de Bogotá, mediante la cual se protocolizó el proceso sucesorio de Francisco Robayo Páez, en el cual se adjudicó a Gonzalo Raúl Robayo el inmueble número 15-78/84 de la calle 53 de Bogotá, comprendido dentro de las especiales alindaciones atrás consignadas;

b) Copia de la Escritura pública número 3355 de 2 de septiembre de 1969, otorgada en la misma notaría, mediante la cual se protocolizaron por Gonzalo Raúl Gómez Robayo las declaraciones rendidas judicialmente por Rafael Orozco y Otoniel Contreras Vega, quienes declararon que los nombres de Gonzalo Raúl Robayo y Gonzalo Raúl Gómez Robayo corresponden a la misma persona, o sea a la que alude el acta de bautismo expedida por el Cura Párroco de Zipaquirá como nacida allí el 30 de junio de 1938, "hijo de Francisco Antonio Gómez y María Procesa Robayo. Abuelos maternos Francisco Robayo y Julia Vega";

c) Dos certificados del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, expedidos el 23 de septiembre y el 7 de octubre de 1976, en los cuales aparece: en el primero, que la partición y la sentencia aprobatoria referidas se registraron el 18 de julio de 1956; y en el segundo, que se anotaron allí tanto la sentencia que declaró la pertenencia a favor de Luis Eduardo García (26 de abril de 1975), como el embargo que sobre el mismo bien obtuvo a su favor David Melo Cifuentes dentro del proceso ejecutivo que éste adelanta contra aquél (10 de enero de 1976);

d) Fotocopia del proceso de lanzamiento que a partir de enero de 1970 se instauró por Gómez Robayo contra Graciela de García y Emma viuda de Morales, relativamente al inmueble número 15-78 de la calle 53 atrás alindado, en el cual éstas, representadas por el abogado David Melo Cifuentes, se opusieron a la restitución suplicada, oposición que a la postre no alcanzó prosperidad;

e) Copia de la Resolución número 023 de 30 de noviembre de 1972, proferida por la Inspección Veintidós Distrital de Policía de Bogotá, mediante la cual se concedió a Luis Eduardo García el amparo posesorio del referido inmueble solicitado en frente de Gonzalo Raúl Gómez Robayo;

f) Testimonios de Justo Pastor Garay y de Francisco Rojas, quienes, dando amplias razones de la ciencia de sus dichos, afirman: el primero, que conoce a Luis Eduardo García, a su cónyuge Graciela Rodríguez de García, y a los hijos de éstos, por ahí desde "mil novecientos sesenta y tres o sesenta y cinco, allá en la 53", pues entonces vivían como arrendatarios de Gonzalo Raúl Gómez "de la parte de atrás de la casa, o mejor, de los locales para adentro"; que también tuvo conocimiento directo de que el arrendador inició y obtuvo el lanzamiento de los inquilinos del inmueble dicho; que posteriormente Gómez Robayo inició la demolición de la edificación allí existente; y que por último, cuando el inmueble estuvo desocupado, se lo entregó al deponente para que éste lo cuidara, "eso estaba desocupado porque eso estaba casi todo caído ya, después yo me quedé cuidando el lote hasta ahora, pues todavía lo tengo, allí tengo un depósito de materiales y vive un hijo mío que se llama Justo Pastor Garay".

El segundo de los declarantes dichos asevera que por relaciones comerciales supo que Gómez Robayo tenía una casa en la calle 53 de Bogotá, cerca al sitio donde el deponente tenía el centro de sus negocios; que supo que en dicho inmueble vivieron, como arrendatarios de aquél, Luis Eduardo García y su esposa Graciela Rodríguez de García, quien había instalado "un salón de belleza ahí adentro"; que después de que se presentó el lanzamiento de la familia García, la edificación del inmueble comenzó a ser demolida por orden de Gómez Robayo; y que sabe además que últimamente éste entregó el lote al señor Garay, para que lo cuidara, "y en la actualidad está ahí el hijo del señor Garay, o sea mi yerno, quien tiene allí un depósito de materiales";

g) Interrogatorio absuelto por Luis Eduardo García durante las audiencias celebradas el 30 de enero y el 13 de febrero del presente año, en las cuales aceptó ser el cónyuge de Graciela Rodríguez de García; que cuando ésta fue demandada en lanzamiento por Gómez Robayo estuvo asistida por el abogado David Melo Cifuentes, quien posteriormente en esa calidad asistió al deponente en el proceso de pertenencia; que fue cierto que estuvo viviendo con su esposa y sus hijos en la citada casa de la calle 53, aunque no como arrendatario de Gómez Robayo sino como poseedor del inmueble; que como éste, en enero de 1970 inició la demolición de la parte exterior de la edificación, el absolvente lo demandó en acción posesoria en la Inspección Veintidós Distrital de Policía de Bogotá; que allí, en la audiencia celebrada el 6 de febrero de 1970, Gómez Robayo afirmó que la demolición "la había hecho con licencia otorgada por la Secretaría de Obras Públicas Distritales, como propietario del inmueble", pero que en las oficinas del Municipio le

"informaron que allá no habían expedido nunca esa orden"; que en esa diligencia el citado Gómez Robayo exhibió una licencia para demolición, "pero no sé si sería la misma que me exhibía en la puerta de la casa, cada que pasaba por allí, porque creo que tenía varias, andaba en un carro oficial como con seis personas, a las cuales mandaba a golpear allá en la casa y ellos decían que eso lo había comprado el Municipio, entonces creo que tenía varias licencias".

Segundo. A petición del demandado Luis Eduardo García.

Copia de la diligencia de secuestro de 5 de octubre de 1976, practicada por el Juzgado Veintiuno Civil Municipal de Bogotá en el proceso ejecutivo instaurado por David Melo Cifuentes contra Luis Eduardo García, en la cual se entregó a Rubén Rodríguez Chacón, a título de depósito judicial, el sobredicho inmueble número 15-78 de la calle 53 de Bogotá. En el momento de la diligencia se encontró en el bien, dice el acta respectiva, "al señor Justo Pastor Garay quien, ... manifestó que simplemente está encargado de cuidar el lote por cuenta de la señora María, sin saber el apellido".

6. Surtido que fue el término de pruebas, se ordenó dar el proceso en traslado a las partes para que formularan sus alegatos de conclusión, las que oportunamente ejercitaron tal derecho.

7. Agotada, pues, como se encuentra hoy toda la ritualidad del recurso extraordinario de revisión, ha llegado el momento de decidirlo y a ello se procede ya que no se advierte causal de nulidad que invalide la actuación.

IV
Consideraciones de la Corte

1ª *Con apoyo en principios doctrinarios y jurisprudenciales, tiene averiguado la Corte que la inmutabilidad de la sentencia ejecutoriada proferida en procesos contenciosos, reconocida por legisladores mediante la consagración positiva del fenómeno de la cosa juzgada, es base fundamental del orden jurídico y garantía de los derechos ciudadanos.*

Consecuencia obvia y natural de dicho principio es la de que, por regla general, cuando la jurisdicción profiera sentencia definitiva en los litigios sometidos a ella para su composición, no le es permitido a quienes fueron parte en el proceso respectivo volver a plantear ante los jueces los conflictos ya resueltos; ni a los falladores tomar nuevas decisiones en éstos. Se logra así, de una parte, que no se profieran sentencias contradictorias, y, de otra, que no se abra la puerta de ingreso a la incertidumbre o a la inseguridad en las relaciones jurídicas ya discutidas y falladas.

2ª *Fundado en la presunción de legalidad y acierto que ampara el fallo definitivo, el mencionado principio de la cosa juzgada no es sin embargo absoluto: razones de equidad impulsan a exceptuar de él las sentencias proferidas en procesos en los cuales faltaron los elementos esenciales para la garantía de la justicia.*

Con este fundamento racional y lógico aparece, consagrado por el derecho positivo como remedio extraordinario que se endereza a quebrar la fuerza de la cosa juzgada, el recurso de revisión, cuya finalidad es pues invalidar una sentencia firme, para que por consiguiente la jurisdicción pueda considerar nuevamente el litigio planteado en proceso anterior y fallarlo con arreglo a derecho.

Pero, como exhaustivamente lo tienen dicho la doctrina y la jurisprudencia patrias con apoyo en el criterio que en la materia pregona la literatura jurídica universal, la revisión es recurso de naturaleza eminentemente extraordinaria y diferente por su finalidad propia de todos los demás medios de impugnación, incluso de la casación misma, por lo cual no es dable convertirla en un juicio contra la sentencia por las apreciaciones que el fallador haya hecho de la demanda que con tal sentencia decide; pero ni muchísimo menos trocarla en medio para impedir la ejecución de fallos proferidos en procesos que se han rituado con plena observancia de sus formalidades propias.

3ª *Evidentemente, salvo en los supuestos de las causales 7ª, 8ª y 9ª del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, los aspectos formales de una sentencia, los vicios o irregularidades cometidos durante la tramitación del proceso en que ella se dicta, el quebranto de la ley procedimental o de la sustancial y los errores de apreciación probatoria en que haya podido incurrir el juez al proferirla, son, en principio, aspectos extraños al recurso de revisión, por tratarse en ellos de yerros* in procedendo o in judicando, *para cuya corrección se han consagrado precisamente los demás recursos. Los vicios que pueden dar lugar a la anulación de una sentencia a través del recurso de revisión, han de manifestarse necesariamente en relación con situaciones o hechos producidos o conocidos con posterioridad a la providencia decisoria, precisamente porque el desconocimiento de esas situaciones o hechos por el juez al dirimir el conflicto le impidió dictar una resolución justa.*

En sentencia de 11 de junio de 1976, proferida en el recurso de revisión de Esso Colombiana contra Movifoto S. A. y no publicada aún en la Gaceta Judicial, *concretando el objetivo de este recurso extraordinario dijo la Corte que él "... no está instituido por la ley para que los litigantes remedien los errores cometidos en el proceso en que se dictó la sentencia recurrida. El mira certeramente a la entronización de la garantía de la justicia o al restablecimiento del derecho de defensa cuando fue claramente conculcado, o al imperio de las sentencias que ostentan el sello de la cosa juzgada material".*

4ª *Si, pues, la revisión es recurso excepcional y por tanto de naturaleza extraordinaria, una sentencia ejecutoriada sólo es procedente aniquilarla en casos igualmente excepcionales y extraordinarios. Dada su naturaleza jurídica, la finalidad del recurso de revisión está subordinada a que oportunamente se alegue y se demuestre, por parte legitimada para ello, la existencia de alguna de las causales expresa y limitativamente previstas en la ley al efecto (artículos 380, 381 y 382 del Código de Procedimiento Civil).*

En la sentencia arriba indicada dijo la Corte que "este recurso extraordinario no apunta exclusivamente al quiebre de las sentencias inicuas, es decir, las obtenidas con claro quebranto de la justicia (artículo 380, 1, 2, 3, 4, 5 y 6), sino que busca también el imperio del derecho de defensa (artículo 380, 7 y 8), o la tutela del principio de la cosa juzgada (artículo 380, 9)".

Para anular una sentencia firme a través de la revisión es entonces absolutamente necesario que concurran al caso los antedichos presupuestos; y si ello se presenta corresponde al juez aniquilar dicho fallo, para, en seguida, reconsiderar el litigio planteado en proceso anterior y fallarlo con arreglo a derecho, que es la meta última a que apunta el mencionado recurso, o, en caso de encontrar las irregularidades procesales que autorizan la revisión, declarar la nulidad de lo actuado en el proceso que dio lugar al recurso extraordinario. Porque lo que sucede es que en todo el procedimiento correspondiente a la revisión es imperioso distinguir dos etapas, que la doctrina ha llamano el judicium rescindens *y el* judicium rescissorum: *en la primera, que consiste en el examen de la sentencia combatida en sus relaciones con la ley normativa del recurso, se decide, luego de tal parangón, si debe o no aniquilarse el fallo; superada esta primera fase del procedimiento, y si se llega a la quiebra indicada, entonces entra el juez de la revisión a la segunda, o sea, a decidir definitivamente el litigio que se había fallado por la sentencia aniquilada, si desde luego lo autoriza la regular formación del proceso, pues si a éste no se citó o emplazó en debida forma al recurrente o hay indebida representación suya, lo procedente es reconocer la nulidad configurada y ordenar que se rehaga la actuación invalidada.*

5ª *Ciertamente, dentro de la enumeración que de los motivos de revisión de una sentencia ejecutoriada hace el legislador colombiano, se encuentra, según el numeral 7 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, el hecho de "estar el recurrente en alguno de los casos de ... falta de notificación o emplazamiento contemplados en el artículo 152, siempre que no se haya saneado la nulidad", que es exactamente la causal aquí invocada, la que, como lo indica su finalidad misma, puede ser alegada por el demandado en el proceso en que se dictó la sentencia y excepcionalmente por la persona que debiendo haber sido citada a él no lo fue sin embargo.*

Dos son, en suma, los motivos en que el recurrente apoya la nulidad procesal que invoca como fundamento de la revisión suplicada: consiste el primero en que el demandante de la declaración de pertenencia, no obstante conocer a la persona que, por su interés en el bien materia de la usucapión, podía llegar a disputarle su pretensión de dominio sobre él, no dirigió contra ella su demanda y en cambio acudió al sistema de los emplazamientos innominados; y consiste el segundo en que los emplazamientos surtidos en el procedimiento especial seguido por voluntad del demandante, "no se hicieron de conformidad con la ley". La Sala procede a examinar si la causal de nulidad alegada se estructura en el presente caso.

6ª *Como es sabido, la Ley 120 de 1928, llenando un vacío hasta entonces existente en la legislación colombiana, vino no sólo a crear sino a reglamentar debidamente la llamada acción de declaración de pertenencia, o sea el medio procesal adecuado en beneficio de quien teniendo a su favor una prescripción adquisitiva de dominio, ordinaria o extraordinaria, pudiera pedir al juez la correspondiente declaración a fin de obtener un título de propiedad arreglado a la ley. Con anterioridad a dicho estatuto, la prescripción adquisitiva del dominio sólo podía alegarse por vía de excepción.*

Entonces dicha Ley 120 establecía, con esa finalidad, dos procedimientos distintos que correspondían a dos situaciones igualmente diversas: uno ordinario desde su iniciación, con la persona o personas contra las cuales se quería

hacer valer la prescripción (artículo 4º); y otro, el especial, cuando no se conocía el dueño o interesados contra quienes se pretendía hacer valer dicho modo adquisitivo de dominio (artículos 6º y 7º).

Mas, como lo tenía dicho la Corte en jurisprudencia reiterada, la posición ventajosa en que la Ley 120 colocó al poseedor que había ganado el dominio por el transcurso del tiempo, ni por asomo podía llegar hasta el punto de que a su albedrío pudiera triunfar indistintamente por cualquiera de las dos vías legales aptas para pedir la declaración de pertenencia. Era preciso e indispensable que en concreto el camino elegido por él cumpliera justamente las condiciones predeterminadas por la ley para la eficacia plena de la acción que ella creó; porque choca con el orden jurídico fingir desconocimiento de los hechos, lo que sucedía si el prescribiente, sabiéndolo, aparentaba ignorar la existencia de personas ciertas frente a las cuales dirigir la demanda, la sobredicha ley estableció que para obtener la declaración de pertenencia, tenía que seguirse un juicio ordinario con la persona contra quien se pretendía hacer valer la prescripción, y que sólo en defecto de "personas conocidas o presupuestos interesados contra los cuales" se podía alegarla, el procedimiento debía ser el de los emplazamientos innominados.

En sentencia de 8 de noviembre de 1961, dijo en efecto la Corte: "Cuando los hechos demuestran que el pretendido prescribiente se encuentra colocado en situación incompatible con la ignorancia acerca de la certeza y denominación individual de las personas contra quienes la prescripción haya consumado su efecto extintivo, no le es permitido el empleo de la vía emplazatoria general, no predicable conforme a derecho sino 'en defecto de personas o presupuestos interesados contra los cuales se pueda hacer valer la prescripción'. Ha de emplearse entonces necesariamente la vía ordinaria con citación de quienes como presupuestos interesados deben ser oídos y vencidos en juicio contradictorio; quienes por ministerio de la Constitución y la ley están vinculados al proceso declaratorio de pertenencia. De otra manera la actuación queda hecha al vacío, por ser preteridas las personas ciertas que por mandato expreso de la ley y por pasiva están llamadas a contradecir la acción. Si no se les cita, el juicio queda privado de eficacia, y el pronunciamiento sin su audiencia mal puede afectarlas y menos en despojo de la legitimación activa que tienen para demandar la nulidad integral de lo actuado a espaldas suyas ..." (XCVII, 156).

Y agregó la Corte en dicho fallo que "la acción de nulidad a favor de tales personas vinculadas legalmente al proceso declaratorio ... de pertenencia, surge con claridad de que la vía por emplazamiento está subordinada en concreto a que falten personas conocidas o presupuestos interesados que el demandante no podía ignorar, contra los cuales se pueda aducir la prescripción ...".

7ª *El Código de Procedimiento Civil vigente en el país desde el 1º de julio de 1971, mediante su artículo 413 reiteró la consagración positiva de la acción declarativa de pertenencia, pero modificó sustancialmente el procedimiento que para alcanzarla había establecido la precitada Ley 120 de 1928.*

Con apoyo en razones de equidad y en el principio de lealtad procesal, formando una unidad de los dos procedimientos que antaño estableció este estatuto, aquella codificación dispone que hoy para la declaración de pertenencia debe seguirse siempre un proceso ordinario, con un demandado concreto que tiene que ser la persona que según el certificado del registrador figura "como titular de un derecho real principal sobre el bien", y también con demandados indeterminados, a los cuales se les cita por el sistema de emplazamiento público, que son las demás "personas que se crean con derecho sobre el respectivo bien", y a quienes, si no comparecen, se les designa un curador ad litem.

Una de las innovaciones fundamentales que la nueva ley hizo a este proceso, impuesta por la necesidad de impedir que con el antiguo procedimiento especial se continuara arrasando los derechos de terceros sobre el bien materia de la pertenencia, se concreta en la exigencia de acompañar a la demanda un certificado del registrador de instrumentos públicos acerca de las personas que figuran como titulares de derechos reales sujetos a registro, o de que no aparece ninguna como tal. Anexo este sin el cual no es admisible la demanda, pues es preciso saber quiénes son titulares del dominio o de los derechos en que pueda desmembrarse, y por ende determinar las personas que están legitimadas pasivamente en la causa.

8ª Cuando en agosto de 1970, en vigencia aún la precitada Ley 120, Luis Eduardo García solicitó a la justicia la declaración de pertenencia a su favor del inmueble número 15-78 de la calle 53 de Bogotá, no desconocía la existencia e identidad de la persona que, por su interés en el bien, podía llegar a disputarle frontalmente su pretensión deducida en la demanda inicial de

ese proceso. Todas las pruebas practicadas en el presente impulsan a afirmar que, para esa época justamente, el citado García no sólo no podía ignorar sino que sabía realmente que Raúl Gómez Robayo se pretendía dueño del inmueble y por tanto era quien le disputaba al prescribiente el dominio del fundo. En efecto:

a) Según se infiere inequívocamente de las copias pertinentes, de la prueba de confesión y de la testimonial, es indiscutible que Graciela Rodríguez de García, cónyuge del demandante de la pertenencia y con quien éste vivía en esa casa, fue demandada en acción de lanzamiento por Gómez Robayo, para la entrega precisamente de ese inmueble ante el Juzgado Segundo Civil Municipal de Bogotá en el año de 1956, proceso en el cual la arrendataria desconoció la calidad de arrendador a su demandante;

b) Ante la improsperidad del anterior proceso, en enero de 1970 Gómez Robayo instaura nueva demanda de lanzamiento contra la citada Rodríguez de García, fundándose en la concesión de licencia administrativa para demolición que le había concedido la autoridad respectiva. En este proceso, cuyo objeto era la restitución del mismo bien inmueble, la demandada, apoderada por el abogado David Melo Cifuentes, formuló oposición pero fue vencida a la postre, pues el lanzamiento se decretó y se practicó, de todo lo cual tuvo conocimiento real Luis Eduardo García, como lo confesó en el interrogatorio de parte;

c) Según su propia confesión, contenida en varias de las respuestas que dio a las preguntas del interrogatorio formulado a él, y según también lo indica la copia pertinente que se adujo como prueba al proceso de pertenencia, Luis Eduardo García demandó en amparo posesorio a Gonzalo Raúl Gómez ante la Inspección Veintidós Distrital de Policía de Bogotá, en enero de 1970 y con relación al mismo inmueble número 15-78 de la calle 53 de esta ciudad. En la audiencia que en ese proceso se celebró el 6 de febrero de dicho año, Gómez Robayo expresó en presencia de García que estaba autorizado para demoler la edificación, por virtud de la licencia número 009 del 12 de enero de ese año, expedida por la Secretaría de Obras Públicas Distritales, licencia que allí exhibió y que su demandante conoció aunque puso en duda su autenticidad, y

d) Finalmente, en agosto de 1970 el mentado Luis Eduardo García, actuando por conducto del abogado que había asistido a su esposa en el proceso de lanzamiento del inmueble, formula y presenta ante los juzgados de Bogotá demanda de pertenencia de ese inmueble, exigiendo que a dicho libelo se le diera el trámite especial por no existir personas interesadas en el bien.

Todo lo cual demuestra claramente que Luis Eduardo García, cuando inició la acción de pertenencia, no se encontraba en la circunstancia especial prevista por el artículo 6º de la Ley 120 de 1928, sino en la contemplada en el artículo 4º ibídem, y que, por consiguiente, no quedaba a su discreción acudir al procedimiento especial e impersonal; sino que, como lo ha dicho la Corte, por estar "en situación incompatible con la ignorancia acerca de la certeza y denominación individual de la persona que tendría interés en oponerse legítimamente a su pretensión", le era forzoso acudir al procedimiento ordinario.

Como tal no hizo, es evidente que con su conducta se infringió el derecho de defensa de Gonzalo Raúl Gómez Robayo, a quien por voluntad exclusiva del prescribiente no se le pudo notificar ni emplazar al proceso, pretermitiéndose así las formalidades propias que la ley vigente entonces establecía al efecto. Coruscante es, pues, la causal de nulidad procesal que se invoca como fundamento del recurso de revisión.

9ª Para abonar la conclusión anterior cabría observar, de otra parte, que si por efecto de la aplicación de la ley procesal en el tiempo, este negocio se trocó de especial en ordinario, tal cual lo dispuso el juez que de él conoció en primera instancia (auto de 20 de junio de 1972), correspondía allegar a los autos, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil, el certificado del registrador de instrumentos públicos acerca de las personas que figuraban entonces como titulares de derechos reales en el bien.

Si así se hubiera procedido necesariamente habría sido indispensable citar al proceso de pertenencia a Gonzalo Raúl Gómez Robayo, quien a la sazón figuraba, según el certificado referido, como poseedor inscrito del inmueble desde el 18 de julio de 1956, por habérsele adjudicado en la sucesión de Francisco Robayo Páez. No obstante la mutación del procedimiento que el juzgado dispuso, no se acató en lo pertinente la preceptiva del antecitado artículo 413 y por consiguiente el proceso se adelantó y concluyó sin citar ni oír a quien tenía interés en el bien.

10. De todo lo anteriormente discurrido fluye la conclusión de que la causal de nulidad procesal en que este recurso de revisión se apoya es fundada; y que por ello la Corte, de conformidad con lo estatuído en el artículo 384 del Código de

Procedimiento Civil, tiene que declarar la nulidad de lo actuado en el proceso de pertenencia que dio lugar a este recurso extraordinario.

Considerada la causal de revisión invocada, o sea la de nulidad del proceso en que se dictó la sentencia por falta de notificación o emplazamiento del aquí recurrente, y lo establecido en el segundo inciso del artículo 381 ibídem, la excepción de prescripción propuesta por el demandado está llamada a desestimarse, desde luego que según afirmación no desvirtuada de aquél, solamente tuvo conocimiento de la sentencia declarativa de la pertenencia en octubre de 1976, cuando se le entregó en la oficina respectiva el certificado del registrador que previamente había solicitado y se enteró entonces, "con sorpresa", de la anotación que allí se hizo del contenido de dicho fallo.

11. Finalmente estima la Sala que el abogado David Melo Cifuentes, quien apoderó primero a Graciela Rodríguez de García, cónyuge del aquí demandado, en el proceso de lanzamiento que, relativamente al inmueble número 15-78 de la calle 53 de Bogotá, instauró contra ella Gómez Robayo; que luego llevó la representación judicial de Luis Eduardo García y en tal carácter demandó para éste la declaración de pertenencia del mismo bien, expresando que acudía al procedimiento especial porque desconocía la existencia de personas interesadas en el dominio del inmueble; y que, por último, en el proceso ejecutivo que sigue contra su anterior poderdante obtuvo el embargo y el secuestro del mismo bien, no ajustó su conducta a los deberes que imponen la ética profesional y el legal ejercicio de la abogacía.

En tal circunstancia esta Sala tiene que acatar y cumplir lo preceptuado por los artículos 73 del Código de Procedimiento Civil y 70 del Decreto 196 de 1971, para que por la autoridad competente se realice la pertinente investigación disciplinaria.

V
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:

Primero. DECLÁRASE no probada la excepción de prescripción propuesta por el demandado en este proceso de revisión;

Segundo. DECLÁRASE fundada la causal de revisión invocada en el presente caso, o sea la prevista en el numeral 7 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil;

Tercero. DECRÉTASE, en consecuencia, la nulidad de todo lo actuado en el proceso de pertenencia adelantado por Luis Eduardo García ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, por falta de citación o emplazamiento a él del aquí recurrente Gonzalo Raúl Gómez Robayo;

Cuarto. ORDÉNASE, por consiguiente, la remisión del expediente al juzgado de origen para que allí se proceda a renovar la actuación anulada, o sea todo lo comprendido desde el auto admisorio;

Quinto. CANCÉLENSE las inscripciones tanto de la sentencia proferida en el proceso de pertenencia anulado, como la de la demanda que dio lugar a este recurso de revisión;

Parágrafo. Para la efectividad de la ordenación contenida en anterior numeral, por la Secretaría de la Corte deben remitirse al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá los correspondientes oficios;

Sexto. ENVÍESE copia de esta providencia al Juzgado Quinto Civil Municipal de Bogotá, en donde se adelanta el proceso ejecutivo que David Melo Cifuentes sigue contra Luis Eduardo García;

Séptimo. CANCÉLESE la caución que para los efectos de este recurso extraordinario otorgó el recurrente;

Octavo. Para los efectos de la investigación disciplinaria aludida en la parte motiva de este fallo, envíese copia de esta providencia al señor Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y

Noveno. CONDÉNASE al demandado en este recurso, es decir, a Luis Eduardo García, al pago de las costas causadas en este proceso revisorio.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Alberto Ospina Botero, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Ricardo Uribe-Holguín.

Carlos G. Rojas Vargas
Secretario General.

EXEQUATUR

La Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, no concede el exequatur a una sentencia proferida por un Juzgado Nacional de primera instancia de Buenos Aires, República de Argentina, por improcedente.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., mayo 17 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

Encontrándose rituado todo el trámite ordenado por el Capítulo I del Título XXXVI del Libro Quinto del Código de Procedimiento Civil, procede hoy la Corte a decidir el presente proceso que para obtener la ejecución de sentencia extranjera instauró Doris Steuer de Narváez.

I
Antecedentes

1. El 7 de octubre de 1947, según lo indica la fotocopia de Registro Civil número 1261 que debidamente autenticada se adujo, ante el Jefe de la Sección 18 del Registro del Estado Civil de la ciudad de Buenos Aires, República de Argentina, contrajeron matrimonio civil en dicha ciudad Juan de Narváez y Doris Anita Steuer, el primero de nacionalidad colombiana y la segunda checoslovaca.

De este matrimonio se sentó en Colombia, el 9 de octubre de 1974, el acta correspondiente al folio 53 del Libro número 40 de Registro Civil de Matrimonios de la Notaría Primera de Bogotá.

2. El 24 de octubre de 1947, según lo expresa la partida expedida por el Cura Párroco de San Martín de Tours, Arquidiócesis de Buenos Aires, que igualmente autenticada se allegó a estos autos, dicho ministro eclesiástico autorizó el matrimonio canónico de Juan Salvador de Narváez, "natural de Colombia ... domiciliado en Colombia ...; con Doris Anita Steuer, natural de Praga ...".

Las copias de las actas de dichos matrimonios civil y católico fueron protocolizadas en la Notaría Segunda de Bogotá, mediante el otorgamiento de la Escritura pública número 3344 de 26 de mayo de 1961.

3. El 14 de julio de 1969 los citados cónyuges De Narváez y Steuer, actuando conjuntamente, formularon ante la justicia argentina demanda "de divorcio, separación de bienes y tenencia de hijos", al considerar que existían entrambos "causas graves que tornan moralmente imposible la continuidad de la vivencia en común".

Después de indicar en su demanda los bienes integrantes del patrimonio social, entre los cuales citaron "los que cada uno de los cónyuges pudiere tener en Colombia", en ese mismo escrito los peticionantes determinaron la distribución, entre ellos, de los bienes y la tenencia de los hijos menores habidos en el matrimonio.

4. El juzgado del conocimiento, que lo fue el Nacional de Primera Instancia en lo Civil, número 9, de la ciudad de Buenos Aires, mediante su sentencia proferida el 18 de septiembre de 1969 resolvió "hacer lugar a lo solicitado" y en consecuencia decretó "la separación personal de los esposos con los mismos efectos que el divorcio por culpa de ambos"; homologar "el acuerdo que antecede relativo a los hijos menores del matrimonio"; y, además, "decretar la liquidación de la sociedad conyugal, artículo 1291 del Código Civil, la que se liquidará en la forma convenida con oportuna intervención del señor Representante del Fisco".

Esta sentencia, cuya copia debidamente autenticada se adujo al presente proceso, fue protoco-

lizada en la Notaría Segunda de Bogotá mediante la Escritura pública número 6814, otorgada el 9 de octubre de 1974.

II

La solicitud de exequatur

1. Mediante demanda presentada el 30 de marzo de 1977 la citada Doris Anita Steuer pidió a la Corte que, con citación de Juan Salvador de Narváez Vargas, se conceda el *exequatur* a la sentencia de 18 de septiembre de 1969, proferida por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil de la ciudad de Buenos Aires, República Argentina; y que, consecuencialmente, se disponga que "la sentencia extranjera mencionada tiene en Colombia fuerza legal, produce plenos efectos en este país, y puede ejecutarse, en cuanto a la separación de bienes, disolución y liquidación de la sociedad conyugal exclusivamente, sin que afecte el vínculo matrimonial de los contrayentes, y sin que afecte tampoco, antes de que se cumplan las diligencias legales de su ejecución, la liquidación de los bienes de los cónyuges que se encuentren en territorio colombiano".

2. Además de los que fluyen de los antecedentes relatados, la demandante invocó en apoyo de su pretensión los que pueden resumirse así:

Que la sentencia de las autoridades argentinas, para la cual solicita *exequatur*, "se encuentra ejecutoriada" según las leyes de ese país; que ella reúne todos los requisitos que para el caso exige el artículo 694 del Código de Procedimiento Civil Colombiano; que dicho fallo, además, "tiene en Colombia, de conformidad con el artículo 693 del Código de Procedimiento Civil, la fuerza que le confieren los tratados existentes entre la República de Colombia y la República Argentina"; y que los tratados sobre Derecho Civil y Derecho Procesal del Congreso Internacional Suramericano de Montevideo de 1889, firmado entre otros países por Argentina, y a los cuales adhirió posteriormente Colombia, se encuentran aún vigentes.

3. La peticionante adjuntó a su demanda los siguientes documentos:

a) Fotocopia debidamente autenticada de la partida de Registro Civil número 1261 de la Municipalidad de Buenos Aires, del matrimonio civil contraído allí por los mentados Juan de Narváez y Doris Anita Steuer el 9 de octubre de 1947;

b) Fotocopia, también debidamente autenticada, de la demanda de divorcio presentada ante los jueces de Buenos Aires conjuntamente por los citados cónyuges, y de la sentencia de 18 de septiembre de 1969, mediante la cual el referido Juzgado Nacional de Primera Instancia decidió dicha demanda;

c) Original del certificado expedido por la Secretaría del sobredicho juzgado, igualmente autenticado, en el cual se expresa que la mentada sentencia fue debidamente notificada a las partes y "se encuentra firme, tiene carácter definitivo y no corresponde contra ella recurso alguno";

d) Certificación de 10 de julio de 1975, expedida por el Jefe de la División de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, conforme a la cual los tratados de Derecho Civil Internacional y Derecho Procesal de 1889 de Montevideo, a los cuales adhirió Colombia por las Leyes 40 de 1933 y 68 de 1920, respectivamente, se encuentran vigentes;

e) Fotocopia autenticada de los Anales de Legislación Argentina, Ley 3192 de 11 de diciembre de 1894, por la cual se aprobaron en dicho país los tratados de Derecho Civil y Derecho Procesal de Montevideo;

f). La certificación del Escribano Luis Andrés Pietrani, quien asevera que el 6 de febrero de 1975 comparecieron ante él los abogados en ejercicio Raúl Tarabuto y Edgardo Adrian Vinacur, y que, bajo juramento manifestaron que la Ley 3192, aprobatoria de los tratados de Montevideo de 1889, que se adjunta "en xeroscopia certificada y debidamente legalizada es copia literal y fiel de las disposiciones legales mencionadas, las que se encuentran en vigencia a la fecha ...";

g) Comunicaciones de 30 de agosto y 8 de septiembre de 1975 de Carlos Raúl Desmaras, embajador de la República Argentina en Colombia, debidamente autenticadas, según las cuales el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de aquel país informa que "... los tratados de Derecho Civil Internacional y de Derecho Procesal (Montevideo 1889) se encuentran vigentes entre Argentina y Colombia", y

h) Certificación del Ministro Jefe del Departamento de Tratados de Buenos Aires, según la cual los celebrados en Montevideo sobre Derecho Internacional Privado "fueron ratificados por la República Argentina por la Ley 3192, sancionada el 6 de diciembre de 1894 y promulgada el 11 de diciembre del mismo año".

4. Aceptada la anterior demanda, mediante comisión conferida, el Cónsul General de Colombia en Buenos Aires se notificó personalmente al demandado el auto admisorio y se le confirió el traslado del libelo, en diligencia realizada el 21 de julio de 1977.

Oportunamente el demandado constituyó apoderado judicial, pero éste, ni dentro del término indicado ni posteriormente, hizo manifestación alguna; como tampoco ha habido concepto alguno del agente del Ministerio Público, quien limitó su intervención en este proceso a recibir notificación de las providencias dictadas.

5. Recibido a prueba el negocio, la Corte decretó como tales las que el demandante adjuntó a su demanda; además, en esta etapa se practicaron, a instancia de aquélla, las siguientes:

a) Copia auténtica de la partida de matrimonio civil de Juan de Narváez y Doris Steuer, sentada en la Notaría Primera de Bogotá el 9 de octubre de 1974;

b) Copias de las Escrituras públicas números 3344 y 5814 de 26 de mayo de 1951 y 9 de octubre de 1974, otorgadas ambas en la Notaría Segunda de Bogotá, mediante las cuales se protocolizaron los siguientes documentos: por la primera, las actas de los matrimonios civil y católico contraídos por los sujetos de este proceso el 7 y el 24 de octubre de 1947, respectivamente; y por la segunda, la copia de la sentencia de divorcio pronunciada el 18 de septiembre de 1969 por el Juzgado Nacional de Primera Instancia de la ciudad de Buenos Aires, y

c) Reconocimiento y autenticación de algunos documentos inicialmente allegados al proceso sin esas formalidades.

III

Consideraciones de la Corte

1ª *De la tesis de la soberanía del Estado, consagrada por la Constitución Nacional como poder de derecho originario y supremo, fluye como consecuencia obvia y natural el principio jurídico de que ni las leyes extranjeras ni las decisiones de jueces extraños tienen valor dentro del territorio nacional.*

El apuntado principio no es sin embargo absoluto: razones de variada índole, y más concretamente la necesidad de cumplir las obligaciones emanadas del derecho internacional han conducido siempre al legislador colombiano, como lo ha sido en la gran mayoría de los sistemas positivos universales, a limitar el rigor de ese postulado, a fin de que las disposiciones jurisdiccionales extranjeras pueden tener fuerza en el territorio nacional, y puedan, por consiguiente, ejecutarse dentro de él.

Con tal mira se consagra el instituto denominado exequatur, *también llamado* juicio de delibación *o* de homologación, *que consiste en suma en el requisito que debe llenar la sentencia dictada en un país, para tener cumplimiento en otro.*

2ª *Por razón de los deberes emanados de las relaciones internacionales, las que cada día son más crecientes, la mayoría de los Estados aceptan la validez de las sentencias ejecutoriadas que se dicten en otros países, siempre que reúnan los requisitos de legalidad que allí mismo se establecen, que no afecten el orden público ni la jurisdicción nacionales, y que en el país donde se pronunció la sentencia se reconozca igual valor a las del país en donde se la quiera hacer cumplir, o se haya estipulado en tratados públicos.*

Tal sistema es el que en el punto consagra la legislación colombiana. Determinando los efectos de las decisiones de jueces extranjeros, dice en efecto el artículo 693 del Código de Procedimiento Civil, que "Las sentencias y otras providencias que revistan tal carácter, pronunciadas en un país extranjero 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".

3ª *De acuerdo pues con lo estatuído positivamente en el texto legal transcrito, en lo que atañe a la ejecución de sentencias extranjeras nuestro derecho acogió el sistema de la reciprocidad diplomática, combinado con el de la reciprocidad legislativa.*

Según él, debe atenderse en primer lugar a las estipulaciones de los tratados que haya celebrado Colombia con el Estado de cuyos jueces provenga la sentencia que se pretende ejecutar en nuestro territorio nacional; y en segundo lugar, a falta de derecho convencional, se impone acoger las normas de la respectiva ley extranjera para darle al fallo la misma fuerza concedida por esa ley a los proferidos por jueces colombianos.

De manera que, cuando no hay tratado público, es indispensable que quede demostrado en el proceso respectivo que la ley del país, donde fue dictada la sentencia que se pretende cumplir en Colombia, le da el mismo valor a las sentencias de los jueces nacionales colombianos, o sea, que éstas admiten ejecución allí.

4ª *El Tratado sobre Derecho Procesal del Congreso Internacional Suramericano de Montevideo de 11 de enero de 1889, suscrito entre otros países por la República Argentina, dispone que las sentencias dictadas por autoridades de uno de los estados signatarios surtirán efectos en los otros, "con arreglo a lo estipulado en este Tratado, siempre que estén debidamente legalizadas".*

La fuerza legal que por el indicado tratado se reconoce a los fallos dichos no es sin embargo absoluta, desde luego que esa misma Convención Internacional establece en su artículo 6º: "Las sentencias y fallos arbitrales dictados en asuntos civiles y comerciales en uno de los Estados signatarios, tendrán en los territorios de los demás, la misma fuerza que en el país en que se han pronunciado, si reúnen los requisitos siguientes:

"a) Que la sentencia o fallo haya sido expedido por el Tribunal competente en la esfera internacional;

"b) Que tenga el carácter de ejecutoriado o pasado en autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha expedido;

"c) Que la parte contra quien se ha dictado, haya sido legalmente citada y representada o declarada rebelde;

"d) Que no se oponga a las leyes de orden público del país de su ejecución" *(subraya la Corte).*

El referido Tratado fue aprobado por la Argentina mediante la Ley 3192 de 1894, tal cual se ha demostrado idóneamente en este proceso, y a él adhirió "en todas sus partes" Colombia, según se infiere de lo preceptuado por el artículo único de la Ley 69 de 11 de noviembre de 1920. Y como dicho pacto internacional se halla hoy vigente en estos dos países, según lo acreditan las certificaciones que en el punto expidieron los Ministerios de Relaciones Exteriores de Colombia y de Relaciones Exteriores y Culto de la Argentina, tiene que seguirse que la primera exigencia legal para reconocer en nuestro país validez a las sentencias de jueces argentinos, o sea la reciprocidad diplomática se encuentra presente, y ya que de otra parte, la que aquí se pretende ejecutar se halla debidamente ejecutoriada, según las leyes argentinas, pues así lo certifica el secretario del juez que la profirió.

5ª *No obstante lo anterior, estima la Corte que relativamente a la sentencia proferida por el Juzgado Nacional de la Primera Instancia en lo Civil de Buenos Aires, para decidir la demanda de divorcio del matrimonio de Juan de Narváez y Doris Steuer, no se dan cita todos los presupuestos indicados por el artículo 694 del Código de Procedimiento Civil y que por consiguiente no es viable concederle el* exequatur *deprecado. En efecto:*

Como ya está visto, la fuerza legal que por reciprocidad diplomática se reconoce en Colombia a las sentencias proferidas por los jueces de los países firmantes del Tratado de Montevideo de 1889 no es absoluta, desde luego que en esta misma convención internacional se subordinan los efectos de los fallos extranjeros, entre otros factores, a que "no se opongan a las leyes de orden público del país de su ejecución".

En congruencia con lo así dispuesto por el artículo 5º del Tratado sobredicho, el artículo 694 del Código de Procedimiento Civil Colombiano establece que para que la sentencia extranjera surta efectos en el país, deberá reunir, entre otros, "los siguientes requisitos:

"1. Que no verse sobre derechos reales constituidos en bienes que se encontraban en territorio colombiano en el momento de iniciarse el proceso en que la sentencia se profirió.

"2. Que no se oponga a leyes u otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuadas las de procedimiento.

"3. . . . . .

"4. Que el asunto sobre el cual recae, no sea de competencia exclusiva de los jueces colombianos . . .".

6ª *La sentencia proferida por los jueces argentinos y cuya ejecución en Colombia se pretende, decretó "la separación personal de los esposos con los mismos efectos que el divorcio por culpa de ambos"; aceptó "el acuerdo que antecede relativo a los hijos menores del matrimonio"; y dispuso además "la liquidación de la sociedad conyugal, artículo 1291 del Código Civil, la que se liquidará en la forma convenida...".*

Si bien es verdad que tanto la acción de divorcio como la de separación de cuerpos, en sí mismas consideradas, son acciones personales, no lo es menos que la prosperidad de ellas se proyecta con nítida evidencia en ciertos derechos reales de los cónyuges, como lo es el atinente a la propiedad de los bienes sociales y su distribución. En consecuencia, la decisión de un tribunal extranjero en la que, como consecuencia de un decreto de divorcio, se dispone la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, incluyendo en esta distribución bienes ubicados en Colombia, no versa exclusivamente sobre derechos personales y por tanto no puede cumplirse en este país, por expresa prohibición contenida en el numeral 1 del citado artículo 694.

Ha dicho ya la Corte que "Nuestro Código Civil acepta lo que los comentadores de derecho internacional privado denominan estatuto real, conforme al cual tanto los bienes muebles como los inmuebles del territorio nacional, se rigen por la ley local y sea cual fuere la nacionalidad del propietario de bienes situados en Colombia, las leyes de este país serán las que se apliquen para determinar las diferentes clases de aquéllos,

los medios de adquirirlos, su posesión, enajenabilidad absoluta o relativa, y en general, todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles" (LII, 812).

Es preciso advertir, por otra parte, que aún prescindiendo del decreto de divorcio contenido en ella, la sentencia del Juzgado Nacional de Primera Instancia de Buenos Aires atañe al estado civil de las personas por cuanto también dispone la separación de cuerpos y de bienes de quienes están unidos por los vínculos del matrimonio (civil y católico), y por ende se refiere a cuestiones de orden público, que, tratándose de colombianos residentes o domiciliados en país extranjero "permanecerán sujetos a" las leyes de su país, según lo pregona el artículo 19 del Código Civil.

Las disposiciones referentes al estado civil, así como las atinentes al régimen de la propiedad se consideran en cada nación como de orden público por hallarse establecidas en interés general. Por lo tanto, cualquier sentencia extranjera que afecte, ora el estatuto personal (artículo 19 del Código Civil) o ya el estatuto real (artículo 20 ibídem), incide a la vez en las normas de la jurisdicción nacional colombiana y por eso no pueden cumplirse en el país.

7ª *De las anteriores consideraciones brota la conclusión de que la solicitud de* exequatur *que aquí se considera es legalmente improcedente; y que, por tanto, dicho pedimento debe negarse.*

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 CONCEDE EL EXEQUATUR a la sentencia pronunciada el 18 de septiembre de 1969 por el Juzgado Nacional de Primera Instancia de Buenos Aires, República Argentina, que decretó, "con los mismos efectos que el divorcio por culpa de ambos", la separación personal de los esposos Juan Salvador de Narváez y Doris Anita Steuer; homologó el acuerdo de éstos "relativo a los hijos menores del matrimonio"; y dispuso además la liquidación de la sociedad conyugal formada por ellos.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

Alberto Ospina Botero, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Ricardo Uribe-Holguín.

Carlos G. Rojas Vargas
Secretario General.

LAUDO ARBITRAL

Responsabilidad del Tribunal de arbitramento. Los árbitros responden por los daños que causen a las partes, siempre que decidan en derecho.

Competencia en procesos de responsabilidad civil que se sigan contra los árbitros.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., mayo 29 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

Decídese el recurso de casación interpuesto por ambas partes contra la sentencia de 26 de noviembre de 1976, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario.

I
Antecedentes

Los hermanos Abraham, Walter, Sam y Saúl Kardonski, con anterioridad al 18 de diciembre de 1968, tenían estrechas relaciones comerciales con Mordco Peicher, ciudadano panameño como ellos, pero con residencia principal en la ciudad de Lima. Su recíproco conocimiento los llevó a constituir varias sociedades comerciales, unas con domicilio en ciudad de Panamá y otras en la ciudad de Lima, de todas las cuales eran los únicos socios. Las compañías, por algún tiempo y con el beneplácito unánime desarrollaban normalmente su objeto social, hasta cuando empezaron diferencias entre Peicher de una parte y, de otra, los hermanos Kardonski. Resolvieron entonces que Peicher cediera a los Kardonski su interés social en las compañías con domicilio en Panamá y que éstos, a su vez, lo cedieran a Psicher en las avecindadas en el Perú. Como no fue posible llegar a un arreglo directo en los puntos en que aquellos diferían sobre el precio del interés cedido por uno y otros, convinieron someter sus disentimientos a la decisión de árbitros que fallarían "verdad sabida y buena fe guardada", obrando en conciencia según lo que estiman "justo y equitativo" y que al constituirse en tribunal tendrían como sede de éste la ciudad de Bogotá. El compromiso se consignó en documento que suscribieron, en ciudad de Panamá, el 18 de diciembre de 1968 y que, en fotocopia, obra a folios 1 y siguientes del cuaderno 3º.

Como los dos árbitros inicialmente designados no pudieron decidir conjuntamente, se integró definitivamente el Tribunal con Ira L. Paret, Julio Seidner y Herbert Krisch, quienes el 5 de mayo de 1970 profirieron el laudo respectivo.

II
El litigio

1. En demanda admitida por el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá, Abraham, Walter, Saúl y Sam Kardonski llamaron a proceso ordinario a Ira L. Paret, Julio Seidner, Herbert Krisch y Mordco Peicher para que se declarase:

"1º Que fue absolutamente nula la constitución del Tribunal de Arbitramento referido;

"2º Que fueron inexistentes o, en subsidio, absolutamente nulas todas sus actuaciones;

"3º Que el laudo arbitral que ese tribunal pronunció es inexistente o, subsidiariamente, nulo de manera absoluta; en subsidio de las dos peticiones anteriores, que es nula la decisión de poner a cargo de los Kardonski la suma de US$ 40.000 por concepto de intereses de las letras expedidas a raíz de la liquidación provisional, pues a los árbitros no se les dio facultad para ello;

"4º Que el laudo aún no está ejecutoriado por no haber sido legalmente notificado;

"5º Que por razón de acogimiento de cualquiera de las anteriores peticiones, el laudo no obliga a los Kardonski, ni puede ser ejecutado;

"6º Que las cartas y el cable dirigido por los señores Ira L. Paret, Herbert Krisch y Julio Seidner, al Banco de Colombia, sucursal Panamá, carecen totalmente de valor, son jurídica y procesalmente inexistentes, o, en subsidio absolutamente nulos, en cuanto a las decisiones u órdenes que por ellos impartieron dichos señores al Banco;

"7º Que los señores Ira L. Paret, Herbert Krisch y Julio Seidner son responsables de la totalidad de los perjuicios materiales y morales objetivados y subjetivos sufridos hasta la fecha y que continúen sufriendo posteriormente los demandantes señores Kardonski, como consecuencia de los hechos expuestos en la demanda, cuyo monto se determinará en el proceso o en incidente posterior a la sentencia;

"8º Que, en consecuencia, se condene a dichos señores Paret, Krisch y Seidner, a pagar, en Bogotá, a los demandantes señores Kardonski, en forma solidaria o, en subsidio, por partes iguales, los mencionados perjuicios, dentro de la ejecutoria de la sentencia, si ésta fija su cuantía, o del auto que posteriormente los liquide".

2. La causa para pedir fúndase, fuera de los hechos que se dejaron relatados en el capítulo de antecedentes, en los episodios siguientes: Mordco Peicher y los Kardonski, para resolver sus diferencias, suscribieron en la ciudad de Panamá, el 18 de diciembre de 1968, un "compromiso arbitral", en cuya cláusula 4ª se dispuso que los dos arbitradores serían nombrados uno por cada parte y que los puntos en que éstos discreparan serían desatados por tres árbitros designados por la comunidad hebrea de Bogotá, ciudad que fue señalada como sede del Tribunal de Arbitradores. Como los árbitros designados por las partes no pudieron llegar a ningún acuerdo, fueron elegidos Ira L. Paret, Julio Seidner y Herbert Krisch, quienes el 20 de febrero de 1970, en Bogotá y en presencia de Samuel Finkielztein, Jorge E. Illueca, Sam Kardonski y Mordco Peicher, se constituyeron en Tribunal de Arbitramento, de lo cual se levantó el acta respectiva. En esa ocasión, ni en ninguna posterior se acordó fecha para realizar la primera audiencia de trámite, ni se reguló el que se debía seguir, "ni se cumplieron las normas de orden público que determinan el trámite de estos procesos en Colombia" (artículos 1214 a 1224 del Código de Procedimiento Civil); nunca se eligió presidente del tribunal ni se designó secretario; las partes nunca recibieron notificación de providencia en que se fijara el momento en que debían comparecer ante el Tribunal, ni fueron asistidas por apoderado. Con fecha del 5 de mayo de 1970 se pronunció laudo que constituye la única actuación, pues anteriormente no se dictó providencia alguna, ni se levantó acta de audiencia, ni se realizó otra actividad procesal. El laudo no fue notificado personalmente a los demandantes, ni siquiera en la forma autorizada por el artículo 1224 del Código Judicial. Como los árbitros, según el documento que recoge el compromiso arbitral, para decidir tenían sólo 30 días que fueron prorrogados hasta el 15 de mayo, de esta fecha en adelante ya no podían seguir procediendo como tales, o mejor, desde el pronunciamiento del laudo, pues desde entonces perdían la calidad de que estaban investidos. No obstante, los tres árbitros, al día siguiente de dictado el laudo, como lo expresa la demanda, enviaron al Banco de Colombia, sucursal de Panamá, una carta con la cual pretendían reformar lo dicho en ese laudo, con perjuicio gravísimo para los demandantes, en la cual ordenaron al Banco de Colombia, sucursal Panamá, "que de los fondos a que se refiere esta carta de crédito irrevocable se deposite la suma de doscientos ochenta y tres mil novecientos setenta dólares (US$ 283.970), en una cuenta que deberá ser abierta a favor del señor Mordco Peicher en esa institución bancaria, cuyo importe quedará retenido en el Banco de Colombia en Panamá hasta tanto ese Banco reciba aviso de los suscritos dirimentes de que el referido señor (aquí falta un renglón) US$ 283.970, por haber demostrado dicho señor Peicher ante este Tribunal la cancelación de las garantías constituidas ante Winget Syncro de Inglaterra y Manufactures de Filesnisoles Turus (MAFIT) de Francia, por Peikard, Zona Libre, S. A. a favor de la Compañía de Productos Electromecánicos S. A.".

Salta a la vista que con dicha carta se "desconoce y viola lo resuelto en el laudo, pues éste no dispuso constituir ningún depósito de inmediato a favor de Peicher, sino que el Banco de Colombia, sucursal de Panamá le pagara a aquél la suma referida, una vez que él probara haber cancelado las garantías ante el mismo Tribunal".

Con fecha 26 de mayo de 1970, cuando el término para ejercer sus funciones estaba vencido, los árbitros enviaron también el siguiente cable:

"Bancolomb. Panamá. Refiriéndonos nuestra carta mayo 6 dándoles instrucciones sobre traslado fondos garantía bancaria de Kardonski a cuenta corriente Peicher restringida queremos aclarar contenido dicha carta en sentido de que

los *firmantes dirimentes de la misma podrán disponer en cualquier momento de dichos fondos parcial o totalmente* para pagar a hermanos Kardonski *en caso Peicher no cumpla requisito de pago o relevación garantía* avaluadas por hermanos Kardonski y a la vez éstos efectúen pago. Rogamos acusar recibo este cable a AIM carrera 20 número 37-54 Bogotá. Próximo correo llevará confirmación este cable y contenido. Dirimentes Herbert Krisch, Ira L. Paret Julio Seidner''.

Y con fecha 1º de julio de 1970 dirigieron una tercera comunicación al Banco de Colombia, sucursal de Panamá, ''para que se entreguen de inmediato al señor Mordco Peicher o a su orden la cantidad de doscientos ochenta y tres mil novecientos setenta dólares (US$ 283.970)''; no obstante que las garantías otorgadas en beneficio de Peicher, que gravaban a los demandantes como socios de ''Peickard Zona Libre S. A.'', cuya cancelación se ordenó en el punto 4º del laudo, como condición para que el Banco de Colombia, sucursal de Panamá, pudiera pagar a Peicher la suma mencionada, seguían vigentes en la fecha en que se dirigió esta última carta y siguen vigentes hoy.

Con base en esta última carta de los árbitros, Peicher demandó ejecutivamente al Banco de Colombia, sucursal de Panamá. Entonces, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Panamá, por auto de 8 de junio de 1970, ordenó al Banco que consignara, a órdenes de aquél, la suma de US$ 283.970, más la de US$ 23.384.30, por concepto de costas, lo que cumplió el banco, tomando el dinero de la cuenta corriente de los señores Kardonski o su sociedad, consumándose así gravísimo perjuicio para éstos.

La totalidad de tales inversiones constituye también un grave perjuicio que han sufrido los señores Kardonski.

Los demandantes tuvieron grandes erogaciones por concepto de honorarios a los árbitros, gastos del proceso, gastos de auditoría, investigaciones, avalúos de bienes en Perú, etc., que constituyen perjuicios de los que ''son responsables solidarios los tres señores que actuaron como árbitros dirimentes, Paret, Krisch y Seidner, como también de los que se están sufriendo por lucro cesante y daño emergente en Panamá, por motivo del proceso ejecutivo que aquellos señores facilitaron con su carta del 1º de junio pasado; como también de los perjuicios morales de todo orden'', estimados en más de dos millones de pesos ($ 2.000.000) ''sin contar la pérdida que pueda sobrevenir de los US$ 283.970 y US$ 23.384.30, en el supuesto de que las sumas consignadas por el Banco de Colombia, sucursal de Panamá, a órdenes del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de esa ciudad, sea entregada a Peicher; y sin tener en cuenta igualmente los perjuicios que puedan producirse por la no cancelación de las garantías dadas por Peikard, Zona Libre, S. A., antes de dar los dichos señores su orden del 1º de junio pasado''.

Los árbitros no tuvieron en cuenta que Peicher se había obligado a cancelar previamente las garantías que gravaban a Peikard, Zona Libre S. A. a la fecha del laudo, según documento suscrito por Mordco Peicher, y que reza:

''Tengo el agrado de confirmar a ustedes, por medio de la presente, que me comprometo a relevar a Peikard, Zona Libre, S. A. de la garantía que tiene constituida a nuestro favor en relación con el financiamiento de la nueva maquinaria de la Compañía de Productos Electromecánicos S. A. (Coprelsa), y que al efecto hará los arreglos del caso para reemplazar esa garantía por otra *para liberarlos a ustedes con efecto a la fecha en que se dicte el fallo arbitral* a que se refiere el compromiso a que he llegado en esta fecha con los señores Zalman, Welvel, Abraham y Saúl Kardonski''.

Finalmente, el laudo condena a lo que no estaba pedido ni sujeto a su consideración, al imponerles a los Kardonski el pago de US$ 40.000 por intereses sobre letras dadas como simple garantía.

3. Notificado legalmente el auto admisorio de la demanda, manifestada oposición de los demandados, y tramitada la primera instancia, se dictó por el juez *a quo* fallo en que dispuso:

''*Primero.* Declarar que la constitución del tribunal arbitral pará cumplir el compromiso arbitral pactado por los señores Kardonski y el señor Mordco Peicher, que tuvo lugar en Bogotá, fue absolutamente nulo.

''*Segundo.* Declarar que la totalidad de las actuaciones del mencionado tribunal arbitral, fueron jurídica y procesalmente absolutamente nulas.

''*Tercero.* Declarar que el laudo arbitral proferido por el mencionado tribunal, es jurídica y procesalmente absolutamente nulo.

''*Cuarto. Que* el mencionado laudo no está legalmente notificado.

''*Quinto.* Que las cartas y el cable dirigidos por los señores Ira L. Paret, Herbert Krisch y Julio Seidner, al Banco de Colombia, sucursal de Pa-

namá, carecen totalmente de valor, son jurídica y procesalmente inexistentes y absolutamente nulos, en cuanto a las decisiones y órdenes que por ellos impartieron dichos señores al Banco.

"*Sexto.* Condenar a los demandados Ira L. Paret, Herbert Krisch y Julio Seidner, por partes iguales, al pago de perjuicios, a favor de los demandantes, como consecuencia de los hechos expuestos en la demanda, pago que deberá hacerse dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria de la providencia que los liquide.

"*Séptimo.* Condenar a los demandados a pagar las costas del presente proceso. Tásense".

De esta decisión apelaron ambas partes. El recurso fue desatado, con un voto disidente, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en sentencia de 26 de noviembre de 1975, por medio de la cual decidió:

"1º Confirmar los ordinales primero, segundo, tercero y quinto de la sentencia apelada de fecha 30 de julio de 1975, dictada en este proceso por el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá.

"2º *Revocar* el ordinal cuarto de la misma sentencia, por estar la declaración que allí se mencionaba incluida en los pronunciamientos de los tres primeros ordinales.

"3º *Revocar* el ordinal sexto de la sentencia apelada y en su lugar abstenerse de proveer en el fondo sobre la cuestión allí tratada por carecer de competencia funcional.

"4º *Reformar* el ordinal séptimo de la sentencia apelada en el sentido de excluir de la condena en costas al demandado señor Mordco Peicher".

Demandantes y demandados interpusieron, entonces, el recurso de casación que ahora se resuelve.

III

Fundamentos del fallo del ad quem

De los presupuestos del proceso expresa el Tribunal que no existe reparo en lo tocante con la demanda en forma, la capacidad para ser parte y la para comparecer al proceso, desde luego que el libelo presentado llena las formalidades requeridas para los de su estirpe y como quiera que quienes actúan como demandantes y demandados son todos personas naturales, capaces, que, de otro lado, están asistidas por abogados inscritos. El presupuesto de la competencia también lo halla acreditado el Tribunal, salvo en el punto que más adelante se concretará.

Luego de hacer un resumen de los temas materia del compromiso arbitral que los demandantes y Mordco Peicher suscribieron en la ciudad de Panamá el 18 de diciembre de 1968 y de precisar las facultades que, por el mismo, las partes otorgaron a los arbitradores, el fallador de segundo grado estudia la naturaleza jurídica del "compromiso como instituto jurisdiccional".

Luego de interesantes consideraciones sobre este tema específico, entra el Tribunal a sostener que, para efectos de la competencia para decidir procesos por responsabilidad civil, la ley en el artículo 675 del Código de Procedimiento Civil, asimila los jueces a los árbitros, por lo cual el *a quo* carecía de competencia para resolver la pretensión de perjuicios por responsabilidad de éstos en la ejecución de funciones como tales, no así para desatar la de nulidad, como quiera que habiéndose pronunciado el laudo en esta ciudad, por árbitros domiciliados aquí y designados por entidades cuyo vecindario está en el mismo lugar, la competencia sí era suya.

Después, en lo tocante con las causales de nulidad invocadas en la demanda, expresa: "el juzgado, en realidad, es competente para tramitar, conocer, y decidir de uno solo de los aspectos sometidos a su jurisdicción en procura de decisión judicial, y éste, como es obvio es el de las nulidades imploradas sobre la instalación del Tribunal de Arbitramento, la actuación de éste y el fallo con que se remató el acto jurídico acometido del compromiso, mas no podría ser competente para decidir sobre causas de responsabilidades contra los arbitradores, a que también alude la demanda incoactiva de las pretensiones, cuenta habida, según se ha visto, de que ese conocimiento corresponde a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en única instancia, por virtud del nuevo Código de enjuiciamiento civil que entró a regir en tanto que el proceso en comento sólo pocos días contaba de iniciado en legal forma. Sobre esto no hay pues discusión alguna".

Más adelante el fallo reafirma:

"Cierto es que la demanda en este proceso y el traslado a los demandados del auto admisorio tuvieron lugar antes de entrar en vigencia el actual estatuto procedimental, y, en principio, podría afirmarse que en tales circunstancias, el procedimiento aplicable para todas las pretensiones aludidas es el establecido por la Ley 105 de 1931 bajo cuyo imperio se surtieron las actuaciones iniciales del proceso, parte de que en su vigencia se tramitó y decidió el arbitramento objeto del presente pleito; empero, es bien sabido que en materia de competencia el principio reinante en la doctrina y la jurisprudencia es el de su aplicación inmediata, ya que en ello está de por me-

dio el interés público y no se sujeta al arbitrio de los particulares, no constituye un derecho adquirido ni está en el personal poder decisorio del juez''.

Después el fallador dice:

''Con fundamento en lo hasta aquí relatado y apreciadas en conjunto las pruebas practicadas está demostrado que los arbitradores pretermitieron el procedimiento legal establecido en su labor encomendada y, por lo mismo, es nula la actuación tanto desde el acto mismo de la instalación del Tribunal, cuanto de lo realizado en adelante y nulo también, por consecuencia, el fallo proferido en tales circunstancias. Por lo demás, nulo de la misma manera debe ser cualquiera operación, acto o diligencia desarrolladas por tales arbitradores por causa y con ocasión del laudo arbitral comentado con posterioridad al 5 de mayo de 1970, fecha para la cual había terminado para éstos la función jurisdiccional acometida. Todo por la circunstancia, se repite, de que no fue observado el trámite ordenado por los artículos 1214 y siguientes del Código Judicial de 1931, bajo cuya vigencia se tramitó el arbitramento en cuestión, no obstante que se afirma por el escrito de 12 de abril de 1970 (folio 87, cuaderno 4), autorizado por los mismos arbitradores, que las partes fueron oídas y suministraron a los árbitros los medios de prueba que estimaron necesarios, aparte de que se fijaron reuniones que debían realizarse semanalmente, con lo cual podría darse la sensación de que hubo reuniones y deliberaciones idóneas y previas al laudo, empero, lo cierto es que dentro del acervo probatorio sólo aparece la aludida acta de 20 de febrero de 1970 de la que no emerge luz alguna que aclare la situación planteada. En dicha constancia, como así puede llamarse dicho escrito, se deja entrever que el procedimiento adoptado por los arbitradores no fue ninguno especial, sino que resultara de las costumbres religiosas hebreas para esta clase de negocios, en lo cual se agrega en dicho documento han estado de acuerdo no sólo las dos partes interesadas en el juicio, sino los abogados que han intervenido en la actuación. Pero, como se repite, en el expediente no aparece acreditado el que se haya dado cumplimiento a las distintas formalidades a que alude la ley arbitral, y por tanto cabe tener dicho escrito como constancias dejadas por los mismos arbitradores en torno al proceso con las cuales sólo deja ver que nada de ello había acaecido desde el momento en que se instaló el Tribunal de acuerdo con el acta número 20 de febrero de 1970, citada, pues no se registra acta alguna en la que conste que se hubieran citado a las partes dentro del proceso arbitral''.

Para terminar, el *ad quem* reafirma su posición de que debe inhibirse para resolver lo atinente a la pretensión de perjuicios, pues considera que a partir de la vigencia del actual Código de Procedimiento Civil, es a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, y no a los jueces civiles de Circuito, a quienes compete conocer de los procesos de responsabilidad civil por actuaciones de los árbitros.

IV

El recurso de casación y consideraciones de la Corte

Tanto la parte demandante, como los demandados Ira L. Paret, Julio Seidner y Herbert Krisch sustentaron el recurso.

La demanda de estos últimos contiene tres cargos: uno con estribo en la causal quinta de nulidad y los restantes con soporte en la primera. La de los demandantes Kardonski en cambio, contiene un solo cargo, formulado en el marco de la causal primera.

Por fundarse en errores *in procedendo,* consistentes en falta de jurisdicción, en carencia de competencia y haberse seguido trámite inadecuado, se despachará en primer término el cargo inicial de los demandados. Luego se estudiará el cargo segundo de los mismos. Y, finalmente, se decidirán conjuntamente, ya que prosperan, el cargo único de los demandantes y el tercero de los demandados.

Cargo primero de la demanda de Ira L. Paret, Julio Seidner y Herbert Krisch

Se hace consistir en que el proceso es nulo por ofrecerse en él las causales de nulidad consagradas en el artículo 152-1-2 y 4 del Código de Procedimiento Civil en relación con los artículos 156, 157, 672, 676 y 699 del mismo estatuto, ''por carencia de jurisdicción y competencia y tramitación mediante procedimiento distinto del que legalmente correspondía, a partir del 1º de julio de 1971, fecha en que comenzó a regir el actual Código de Procedimiento Civil''.

En sustento dice el censor que el trámite del arbitramento se cumplió íntegramente bajo la vigencia del Código Judicial; que, en cambio, este proceso de nulidad, aunque se inició bajo la vigencia del mismo Código, se tramitó, parte de su primera instancia y toda la segunda, estando ya en vigor el nuevo Código de Procedimiento

Civil; que habiendo existido tránsito de legislación procesal, al presente proceso debían haberse aplicado desde el 1º de julio de 1971, con las salvedades indicadas en su artículo 699, todas las disposiciones del nuevo estatuto de enjuiciamiento civil, por lo cual el competente para conocer en única instancia de lo relativo a la anulación del laudo era el Tribunal Superior.

Como premisa inicial de su impugnación dice el recurrente que la condición principal de un proceso en que se demanda la nulidad de otro, es que no ostente el mismo vicio que predica del anterior; que el caso *sub lite* está viciado de nulidad porque la jurisdicción no tiene competencia para conocer y decidir de este proceso, y porque, además, se incurrió en vicio por trámite inadecuado, desde luego que, a partir de la vigencia del Código de Procedimiento Civil, compete a los Tribunales Superiores del Distrito Judicial la demanda de anulación de proceso arbitral, siguiendo el trámite especial que señala el artículo 672 de ese estatuto. Que, en consecuencia, el vicio se ofrece tanto porque el *a quo* carecía de competencia para decidir sobre la responsabilidad civil de los árbitros, como porque tampoco podía él conocer de la nulidad de un proceso arbitral, materia reservada al conocimiento de los tribunales. Que de otro lado, existió falta de jurisdicción, pues los árbitros no la tuvieron, como quiera que "las partes no son ni nacionales, ni domiciliadas o residentes en el territorio colombiano; en que los bienes disputados tampoco están ni han estado en el espacio territorial del país; en que las recíprocas obligaciones de las partes no debían satisfacerse en Colombia, en que los intereses en disputa no se vinculen de ninguna manera al ámbito nacional".

La Corte considera

1. El Estado tiene como una de sus principales funciones la de prestar el servicio de justicia, lo que hace de manera general y permanente a través de la Rama Jurisdiccional del Poder Público. Esta facultad general de dispensar el derecho a través del proceso, haciendo actuar la ley, es decir, de administrar justicia, es lo que se denomina jurisdicción. La jurisdicción, por tanto, es facultad común a todos los jueces, pues en ellos está radicada, en principio, esa facultad general. Sin embargo, como sería contrario a las normas de una correcta división del trabajo y concretando el tema exclusivamente al ramo civil, que todo juez, cualquiera que fuese su categoría, pudiera ejercer concretamente aquella facultad a todo lo largo y ancho del suelo colombiano; como las partes del proceso no siempre son particulares, sino que pueden serlo el mismo Estado y las demás personas morales de derecho público, o personas naturales con rango superior, como sucede con los agentes diplomáticos extranjeros; como la materia sometida a la composición de los jueces no es siempre la misma, sino que varía desde los más pequeños intereses privados hasta los más altos de la familia en que está claramente interesado el orden público jurídico de la nación; por cuanto no todas las controversias tienen un mismo valor, y, en fin, desde luego que según su categoría, los jueces no deben tener las mismas funciones, brota con fuerza ineludible la necesidad de precisarle a cada uno cuál es la medida o el límite territorial o funcional dentro del cual, ya de manera concreta, puede ejercer esa función general de administrar justicia, llamada jurisdicción. Entonces, la precisa potestad que tiene un juez para ejercer, por autoridad de la ley en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde al Estado, como lo definía el artículo 143 del Código Judicial, constituye su competencia.

2. *El principio sentado en el artículo 12 del Código de enjuiciamiento civil, relativo a que todo asunto que no está atribuido por la ley a otras jurisdicciones, corresponde a la civil, también aparece acogido en el específico campo de las competencias cuando se expresa en el artículo 16-12 que los jueces de Circuito Civil conocen, en primera instancia, de los procesos civiles que no estén atribuidos a otro juez. La plenitud hermética de la ley opera, pues, tanto en la esfera general de la jurisdicción como en la específica de las competencias: lo que no esté atribuido a otra jurisdicción, corresponde a la civil, y los asuntos civiles que no estén adscritos a otro juez, son de competencia del civil del Circuito. Como secuela de este principio no puede existir vacío alguno ni en la órbita de la jurisdicción, ni en la de las competencias; en el punto existe un campo pleno, hermético, en el que están encerrados todos los casos que puedan presentarse.*

3. *El nuevo Código de Enjuiciamiento Civil consagró en norma positiva, por primera vez de manera expresa, la específica responsabilidad civil de "los magistrados y jueces ... por los perjuicios que causen a las partes en los siguientes casos:*

"1. *Cuando procedan con dolo, fraude o abuso de autoridad.*

"2. *Cuando omitan o retarden injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto.*

"3. *Cuando obren con error inexcusable, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer.*

"*La responsabilidad que este artículo impone se hará efectiva por el trámite del proceso ordinario ...*".

Desde luego que los árbitros ejercen, aunque siempre de manera temporal, funciones jurisdiccionales, es claro que cuando están facultados para decidir en derecho deben responder por los daños que puedan causar a las partes, responsabilidad que, de otro lado, les impone expresamente el artículo 675 del Código de Procedimiento Civil al establecer que tienen los mismos deberes, poderes, facultades y responsabilidades que para los jueces se consagran en los artículos 37 a 40 y que responden de los perjuicios que causen a las partes por el incumplimiento de sus funciones.

4. *Y en caso de que los árbitros hayan incurrido en esa responsabilidad civil, ¿ante qué autoridad deben ser demandados? ¿Cuál es el juez competente para desatar la demanda en que tal responsabilidad se les deduzca?*

El actual Código de Procedimiento Civil por primera vez atribuyó a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia la competencia para conocer de los procesos de responsabilidad, de que trata su artículo 40, contra los Magistrados de la propia Corte y de los Tribunales cualquiera que fuere la naturaleza de aquéllos (artículo 25-6) y atribuyó a los Magistrados de Tribunales Superiores de Distrito Judicial la de conocer, en única instancia, de los procesos sobre responsabilidad de que trata el artículo 40, contra los jueces cualquiera que fuere la naturaleza de ellos (artículo 26-2).

Esta competencia funcional no cobija a los árbitros comoquiera que aunque actúan transitoriamente como jueces y se desenvuelven como cuerpo colegiado, ni son propiamente Magistrados de Tribunal ni son jueces de los que forman el llamado poder judicial. Los árbitros, si bien es cierto desempeñan ocasionalmente funciones jurisdiccionales, no pueden ser catalogados, dentro del esquema de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, ni como jueces, ni como Magistrados. Son una categoría especial de la que se vale el Estado para dispensar, por voluntad expresa de las partes que así lo pacten, el servicio de la justicia, dando de esta manera a los contendientes la oportunidad de señalar sus propios jueces y obtener una decisión más rápida. El artículo 675 precitado, de manera minuciosa, citando las materias y los artículos que las regulan, expresamente extendió a los árbitros los deberes, poderes, facultades y responsabilidades de los jueces, pero guardó absoluto silencio en determinar cuál es el juez competente para desatar la demanda cuando se les llame a juicio por responsabilidad civil nacida del incumplimiento de sus funciones.

Síguese entonces que si en los artículos 25 y 26 del Estatuto de Enjuiciamiento, expresamente se determinó qué juez debe conocer de los procesos de responsabilidad en que incurran, ya los Magistrados de la Corte Suprema o los de los Tribunales, ya los jueces de cualquiera categoría, atribuyendo la competencia para los primeros a la Sala de Casación Civil de la Corte y el conocimiento de los segundos a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial —Sala Civil—; y si, de otro lado, explícitamente no se determinó el funcionario competente para conocer de esos mismos procesos cuando los demandados son quienes actuaron como árbitros, la competencia entonces la tienen los jueces civiles del Circuito, en virtud de lo dispuesto por el artículo 16-12 del Código de Procedimiento Civil que expresamente se la otorga para conocer, en primera instancia, de los procesos civiles que no estén atribuidos a otro juez.

5. *De lo expuesto fluye que, tanto frente al Código Judicial derogado como el de Procedimiento Civil vigente, la competencia para conocer de los procesos de responsabilidad civil adelantados contra los árbitros ha sido del juez civil del circuito en primera instancia, y, en segunda, de la Sala civil de decisión del Tribunal Superior respectivo. Por ende, tanto los procesos iniciados antes de entrar en vigor este último estatuto como los suscitados luego, se tramitan en primera instancia ante el juez civil del Circuito y, en segunda, ante la Sala Civil del correspondiente Tribunal Superior, puntualizando que en una y otra época el trámite propio es el del proceso ordinario.*

6. *Trasladando, pues, estos principios al caso* sub judice, *se tiene que corresponde a la jurisdicción civil colombiana la facultad de resolver sobre la anulación del laudo proferido por Tribunal de Arbitramento que tuvo como sede y donde además desarrolló toda su actuación, el Distrito de Bogotá, capital de la República. Y la competencia para decidir del recurso de anulación del laudo, la tiene hoy el Tribunal Superior del Distrito Judicial que corresponde al lugar que fue sede del Tribunal de Arbitramento, como de ma-*

nera expresa lo estatuye el artículo 672 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, durante la vigencia del Código Judicial, la competencia para conocer de la demanda de nulidad del laudo la tenía, en primera instancia y por aplicación de las reglas generales, el juez civil del circuito del lugar donde se había proferido.

Por tanto, no se ofrecen en la especie de esta litis las dos causas de nulidad del proceso consagradas en el artículo 152-1 y 2, pues en nada se modifica la jurisdicción ni se cambia la competencia, en el punto, por el hecho de que las partes que celebraron el compromiso no sean nacionales, ni con domicilio o simple residencia en el territorio patrio; ni porque los bienes litigados estén situados en el exterior y allí debieran satisfacerse las recíprocas obligaciones de las partes; ni, en fin, porque los intereses en disputa no estén vinculados al ámbito nacional.

7. Y tampoco se ofrece la causa de nulidad estatuida en el artículo 152-4, desde luego que si al presentarse la demanda introductoria de este proceso, la acumulación de pretensiones que ella contiene estaba conforme con los dictados de la ley procesal vigente a la sazón, el hecho de que posteriores normas de procedimiento atribuyeran a otro juez el conocimiento de una de las pretensiones allí contenidas, conservando la competencia inicial de las otras, no podría escindir la causa de tal manera que sobre una misma demanda se pudieran dictar dos fallos por diferentes jueces. Si al trabarse la relación jurídico-procesal, estaba conforme con los dictados del artículo 209 del Código Judicial, la acumulación de pretensiones que encierra la demanda con que se inició este proceso, desde luego que el juez civil del circuito era entonces el competente para conocer de todas ellas, que por seguir cada una el mismo procedimiento, el ordinario, podían sustanciarse bajo una misma cuerda, y, finalmente, que no eran contrarias o incompatibles entre sí, necesariamente síguese que por el hecho de que el nuevo Código de Enjuiciamiento Civil haya atribuido a las salas civiles de los Tribunales el conocimiento del nuevo recurso de anulación de los laudos y haya señalado procedimiento especial para su decisión, no puede arrebatarse al juez civil del circuito el sólo conocimiento de la pretensión de nulidad del laudo, pues no se varió su competencia para desatar las demás pretensiones acumuladas en la demanda, en virtud de los efectos producidos en el pasado por el fenómeno de la acumulación, lo que constituye un hecho procesal irrevocablemente consumado que tuvo el poder de radicar en el juez de circuito la facultad para desatar todas las pretensiones acumuladas. Muy distinto sería el caso, si la nueva ley hubiera atribuido a otra autoridad el conocimiento de todas las pretensiones acumuladas, pues en tal evento, que entrañaría cambio total de competencia, menester sería pasar el negocio a quien la nueva norma procesal señalara como competente.

Tratándose pues de demanda única en que legalmente se acumularon varias pretensiones, mientras el juez que conoció oportunamente de todas ellas y frente al cual se trabó debidamente la relación jurídico-procesal conserva la competencia para decidir al menos una de esas pretensiones acumuladas, el hecho de que una nueva ley cambie la competencia para conocer de algunas de ellas o varíe el procedimiento también de algunas, no impide que el primitivo juez pueda fallarlas todas en una sola sentencia, precisamente porque las distintas pretensiones aparecen acumuladas en una sola demanda que ha dado origen a un único proceso, el cual, en razón de su unidad, exige que sea decidido por el mismo juez y no por los varios que, al momento de su resolución, tengan competencia para dirimir las distintas pretensiones que, al trabarse la relación jurídico-procesal, habían sido ya acumuladas de conformidad con la ley vigente a la sazón.

Es indispensable concluir, entonces, que en este proceso tampoco se siguió un procedimiento distinto, a pesar de que a partir de la vigencia del nuevo Código de Enjuiciamiento Civil, el recurso de anulación de un laudo tiene el trámite especial señalado por el artículo 672 *in fine* del Código de Procedimiento Civil.

Por lo expuesto se ve que no puede prosperar este primer cargo.

Cargo segundo de los demandados.

Atácase la sentencia por haber incurrido en error de hecho, por lo cual, y por falta de aplicación, violó indirectamente el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil y los artículos 1625, 2469 y 2483 del Código Civil, por falta de apreciación de las siguientes probanzas:

"a) Las piezas debidamente autenticadas del juicio ejecutivo adelantado por Mordco Peicher contra el Banco de Colombia en Panamá (folios 69 y siguientes del cuaderno 6);

"b) El oficio de 29 de julio de 1970 dirigido por el Juzgado Primero del Circuito de Panamá al Juzgado Cuarto del Circuito de esa misma ciudad, sobre 'formal secuestro' del Certificado de Garantía número 8534 por US$ 415.874, expedido por el Banco Nacional de Panamá, suma

que estaba a la orden del Juzgado Cuarto del Circuito en el ejecutivo de Peicher contra el Banco de Colombia, y cuyo secuestro se ordena por el Juzgado Primero del Circuito en el juicio de 'Peikard, Zona Libre, S. A.' contra Peicher (folio 113, cuaderno 6);

"c) El escrito de transacción y desistimiento conjunto elevado por los apoderados de Mordco Peicher y 'Peikard, Zona Libre, S. A.', al Juzgado Primero del Circuito de Panamá el 5 de febrero de 1971 (folio 140, cuaderno 6);

"d) El escrito de transacción y desistimiento conjunto elevado por los apoderados de Peicher y del Banco de Colombia en Panamá (cuyos costos en el litigio eran cubiertos por los hermanos Kardonski (véase folio 184, cuaderno 3), ante el Juzgado Cuarto del Circuito de Panamá el 5 de febrero de 1971, con la orden de entrega a dicho Banco de los US$ 315.874.30 de que se trata en el literal b) anterior (folio 141, cuaderno 6);

"e) Providencia proferida el 8 de febrero de 1971 por el Juez Cuarto del Circuito de Panamá, mediante la cual se admite el desistimiento por transacción del ejecutivo de Peicher contra el Banco de Colombia (cuya oposición era auspiciada por los hermanos Kardonski, folio 184, cuaderno 3), se ordena la entrega a este Banco de la suma de US$ 315.874.30 y se dispone a archivar el expediente (folio 143 y vuelto, cuaderno 6);

"f) El oficio de 19 de febrero de 1971 dirigido por el Juzgado Cuarto del Circuito de Panamá al Banco Nacional de allí, en que le comunica a éste la providencia del literal e) anterior, y le ordena la entrega de US$ 315.874.30 a los apoderados del Banco de Colombia (folio 482, cuaderno 6);

"g) La comunicación dirigida por el Gerente General del Banco de Colombia en Panamá al Juez Cuarto del Circuito de esa ciudad, fechada el 18 de julio de 1973 (folios 180 a 184 del cuaderno 3), y

"h) Certificación del Rabino Sion Levy, de la Comunidad Judía de Panamá, expedida el 22 de abril de 1971, sobre 'acuerdo amigable' entre Peicher y los Kardonski (folio 1, cuaderno 4)".

Expresa el recurrente que la falta de apreciación de las pruebas enlistadas indujo al Tribunal a cometer el error de no ver que "los contendores Kardonski y Peicher zanjaron en Panamá todas sus diferencias derivadas del arbitramento de Bogotá"; que al no concluir de las probanzas indicadas que las partes celebraron una transacción que extinguió las obligaciones recíprocas, con ello cometió el yerro fáctico denunciado. Dice luego el recurrente que como el Banco de Colombia en Panamá incumplió la orden de entregarle US$ 283.970 (según lo que disponía la cláusula 13 del compromiso arbitral y el punto 4º del laudo), Mordco Peicher, el 5 de junio de 1970, instauró acción ejecutiva contra el dicho Banco en el Juzgado Cuarto del Circuito de Panamá que libró mandamiento de pago. El Banco, entonces, como garantía del mandamiento deposita un cheque por valor de US$ 315.874.30 que luego es "formalmente secuestrado" por cuenta del Juzgado Primero y por cuenta de la ejecución que allí adelanta "Peikard, Zona Libre S. A.", de propiedad de Kardonski, contra Mordco Peicher. "Como culminación de los anteriores procesos, los apoderados elevan el 5 de febrero de 1971 sendos escritos de desistimiento en vista de que 'las partes han zanjado todas sus diferencias', dirigidas a los Juzgados Primero y Cuarto del Circuito de Panamá. En dichos escritos se expresa textualmente:

"Desistimos así mismo de todos los incidentes y recursos ... y *renunciamos a toda reclamación en concepto de perjuicios, costas, gastos e interés o de cualquiera naturaleza.*

"Y, además, como resultado de la anterior transacción y desistimiento, acuerdan y manifiestan (en el escrito elevado al Juzgado Cuarto del Circuito) que: 'deberá entregarse al Banco de Colombia S. A. la suma de B/315.874.30, originalmente depositada en este juzgado por dicho Banco y que se encuentra actualmente secuestrada a órdenes del Juzgado Primero del Circuito de Panamá, a quien se ha solicitado por los apoderados de Peikard, Zona Libre S. A. y de Mordco Peicher, en escrito cuya copia se acompaña, oficiar al Banco Nacional de Panamá para que haga entrega al Banco de Colombia S. A., de la expresada suma de B/315.874.30', folios 140 y 141, cuaderno 6).

"Por auto de 8 de febrero de 1971 el Juzgado Cuarto del Circuito de Panamá admite el desistimiento, ordena la entrega de B/ 315.874.30 al Banco de Colombia y manda archivar el expediente (folio 143 y vuelto, cuaderno 6); la orden de entrega o más bien la devolución de dicha suma al Banco de Colombia es impartida por oficio del 19 de febrero de 1971 (folio 482, cuaderno 6), devolución reconocida por el Banco de Colombia en Panamá (folios 183 y 184, cuaderno 3).

"Finalmente, en busca de la paz de sus conciencias, los Kardonski y Peicher se ponen defi-

nitivamente el orden ante la faz de su religión, y el 22 de abril de 1971, solemnemente y ante el Rabino Sion Levy de la Comunidad Judía de Panamá, celebran 'arreglo amigable', y para que sea guardián de esta composición definitiva nombran a aquél eminente guía de su credo (folio 1, cuaderno 4)''.

De lo expuesto concluye el censor que entre los hermanos Kardonski y Mordco Peicher se transigieron todas sus diferencias, lo que motivó el desistimiento a que se ha hecho alusión, lo cual sería la verdad *real,* a pesar de que en los arreglos sólo intervinieron el Banco de Colombia y Peikard, de un lado, y Peicher de otro, sin olvidar que los Kardonski son los dueños de la firma Peikard, Zona Libre S. A.

Para rematar el cargo, el impugnante expresa: ''La transacción de Panamá en suma, de todas las diferencias existentes el 5 de febrero de 1971 entre los Kardonski y Peicher, necesariamente abarcó las diferencias de este juicio, el cual, por sustracción de materia, se vio desde entonces absolutamente desprovisto de *causa petendi,* puesto que esta causa de lo pedido no era otra cosa que una porción de las diferencias zanjadas. Este juicio, por ende, desde el 5 de febrero de 1971 es una categoría procesal extinta, aunque insepulta por la improvidencia de los juzgadores de instancia.

''Esto es lo que proclaman a porfía las pruebas dejadas de estimar por el sentenciador secundario. Esto es lo que, desbrozando sin mayores esfuerzos la capa exterior de apariencia formal, puede descubrirse como realidad objetiva, como *verdad real.* A pesar de que en la transacción de Panamá no intervengan aparentemente los Kardonski, ellos fueron los que en realidad 'zanjaron todas sus diferencias' con Peicher; y a pesar de que, formalmente, los árbitros Paret, Seidner y Krich tampoco participaron en dicho arreglo, los efectos de éste inciden directa e inexorablemente sobre ellos, aniquilando la *causa petendi* de un proceso en que eran demandados, y, por consiguiente, exonerándolos automáticamente de tal calidad por la extinción misma del proceso. Esto es, además, lo que demuestra el documento (de folio 1º, cuaderno 4), suscrito el 22 de abril de 1971 en presencia del Rabino Sion Levy de la Comunidad Judía de Panamá, reiterativo de un 'acuerdo amigable' en este caso convalidado y sacralizado bajo los signos espirituales de la religión hebrea, que desde tiempos inmemoriales auspicia una justicia de paz cimentada en los valores de la tradición histórica más sólida y venerable del Occidente civilizado.

''En resumen, la falta de apreciación de las pruebas preindicadas determinó el error de hecho consistente en no concluir que, por transacción, la *causa petendi* del ordinario *sub judice* había desaparecido, con lo cual el fallador de segundo grado violó, por falta de aplicación, el artículo 2459 del Código Civil sobre el contrato de transacción, cuyas hipótesis corresponden a los arreglos de Panamá por los cuales los litigantes 'zanjaron todas sus diferencias', inclusive las del presente juicio ordinario; el artículo 2483 ibídem que le atribuye a la transacción el efecto de cosa juzgada, y el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil que, de haber sido aplicado por el *ad quem,* probado como está el hecho de la transacción, habría determinado el reconocimiento oficioso de la excepción correspondiente, la revocatoria total del proveído del inferior y la declaratoria de la terminación del proceso por sustracción de materia''.

La Corte considera

Este segundo ataque está llamado también al fracaso, porque si los escritos de transacción y desistimiento, presentados ante los jueces civiles, Primero y Cuarto, del Circuito de Panamá, se referían solamente a los procesos de ejecución que ante ellos se adelantaban, no existe base plausible, y menos fundamento manifiesto, para concluir que entrañan también desistimiento y transacción de este proceso ordinario, de que ahora conoce la Corte. Y esta conclusión resalta con más brillo si se advierte que en tales arreglos, como expresamente lo aceptan los mismos recurrentes en el cargo que se despacha, los Kardonski, que son los demandantes en este proceso ordinario, no tuvieron intervención personal directa, puesto que desistimientos y transacciones fueron acordados exclusivamente por el Banco de Colombia y Peikard Zona Libre S. A., de un lado, y, del otro, Mordco Peicher, sin que figuren como partes los demandantes Kardonski, personas distintas a las desistentes, aunque son las socias de la firma Peikard, Zona Libre S. A.

Por tanto, ningún yerro fáctico evidente cometió el Tribunal al concluir en este punto de un modo diferente a como pretende el censor.

Cargo único de los demandantes.

El ataque, formulado en la órbita de la causal primera, fúndase en ''quebranto directo de los artículos 40 y 699 del Código de Procedimiento Civil, por aplicación indebida; el 26 de la Constitución por falta de aplicación, lo mismo que los artículos 1604, 1612, 1613 y 1614 del Código Ci-

vil, o si se considera que trátase de responsabilidad extracontractual, los artículos 2341, 2343, 2344 y 1612 del Código Civil, por falta de aplicación, y los artículos 1º y 4º de la Ley 153 de 1887 y 1228 del Código Judicial, por indebida aplicación".

Alega el impugnante que el artículo 40 del actual Código de enjuiciamiento no es aplicable a jueces y Magistrados y menos a los árbitros, por actuaciones anteriores a la vigencia del Código Procesal, pues ello entrañaría concederle efectos retroactivos que no tiene; que como ese artículo contiene una norma punitiva, debe interpretarse de modo restrictivo, y no puede extenderse su aplicación a los árbitros no contenidos en su enumeración taxativa; que como este proceso se inició antes de la vigencia de aquella norma, no puede ser aplicado, ya que la competencia la siguen teniendo quienes la ejercían al momento de trabarse la relación procesal; que constituiría injusticia "imponerle a los demandantes la carga procesal de demandar ante quien no tenía entonces competencia, dentro del término de caducidad que no existía entonces y que ni siquiera contado a partir de la vigencia del actual Código de Procedimiento Civil podía ser utilizado por él, puesto que el actual proceso estaba en curso y como se trataba de una acumulación de pretensiones permitida por la ley al momento de la *litis contestatio,* tampoco era posible ordenar su remisión por el juez del circuito, en julio de 1971, al Tribunal Superior, porque era imposible escindir la causa para que unas pretensiones continuaran tramitándose ante el juez del circuito y otras ante el Tribunal en una instancia".

Cargo tercero de los demandados.

Denúnciase en él violación directa, por falta de aplicación, de los artículos 4º, 26 ordinal 2, 37 ordinal 8, 40, 152 ordinal 2, y 155 del Código de Procedimiento Civil, en relación con los artículos 1602, 1603, 2142 y 2157 del Código Civil.

Dice el censor que está de acuerdo con el fallador de segundo grado en cuanto a que los jueces civiles del circuito no son competentes para conocer de proceso de responsabilidad de los árbitros, pues tal competencia es privativa de los Tribunales Superiores del Distrito Judicial, según se deduce del contenido de los artículos 26-2 y 675 del Código de Procedimiento Civil y 76 del Código Judicial, que por tanto, el *ad quem* violó el artículo 152-2 por falta de aplicación, pues no obstante concluir que el *a quo* carecía de competencia para decidir el proceso de responsabilidad civil de los árbitros, no declaró la condigna nulidad, sino una inhibitoria de ese punto. Que si no se olvida que la competencia la tienen hoy los tribunales, debió dictarse sentencia de segunda instancia absolviendo a los árbitros porque obraron correctamente, ya que si el compromiso celebrado por los Kardonski con Peicher autorizaba expresamente a los árbitros para fallar "sin fórmula ni aparato de juicio", la nulidad por quebrantamientos de normas del debido proceso no puede ser alegada por los Kardonski, pues fueron ellos los que dieron origen a la misma; que, igualmente, si los compromitentes convinieron en que, dictado el laudo, los árbitros debían hacer las gestiones pertinentes para su cabal cumplimiento, las actuaciones de éstos, realizadas después de proferido el laudo, aunque sean constitutivas de nulidad, no pueden generar indemnización de perjuicios en favor de los Kardonski, pues fueron ellos los que, en el compromiso, cometieron ese encargo a los compromisarios, quienes al actuar en esta materia, no obraron ya como árbitros, sino como mandatarios de los Kardonski y de Peicher; que si, proferido el laudo, los árbitros dispusieron de las garantías, ello fue en desarrollo del mandato que se les confirió en el compromiso, que contiene también cláusula en que se le exonera de toda responsabilidad, daño o perjuicio por tal concepto.

La Corte considera

Por algunas de las razones expuestas al despachar el cargo primero de nulidad, fluye que deben prosperar los dos cargos antes extractados, desde luego que si, como se dejó demostrado antes, la competencia para conocer de los procesos de responsabilidad civil contra los integrantes de Tribunal de Arbitramento, la tienen en primera instancia, hoy como ayer, los jueces civiles del circuito y no la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial respectivo, a la que sí compete desatar la segunda instancia, menester será casar la sentencia recurrida en cuanto se inhibió de dirimir la pretensión dirigida a obtener la condena de los árbitros al pago de los perjuicios ocasionados por sus actuaciones ilegales. Las demás resoluciones del Tribunal, por no haber prosperado los ataques contra ellas, serán reproducidas textualmente.

Sentencia sustitutiva

Delimitado el campo en que podrá moverse la Corte como juzgador de instancia, que no es otro que el de resolver si los demandados deben resar-

cir perjuicios a los demandantes y en qué cuantía, conviene con tal propósito considerar:

Es innegable que la actividad judicial, tanto la que realizan los jueces que integran el poder judicial como la que transitoriamente llevan a cabo los árbitros, puede ser fuente de daños para las partes, como lo establecen hoy expresamente los artículos 40 y 675 del Código de Procedimiento Civil y como lo establecían antes los artículos 1225 del Código Judicial y, en general, el 2341 del Código Civil.

En tratándose de actuaciones de árbitros conviene precisar que no es idéntica la responsabilidad cuando estén facultados para fallar en conciencia que cuando la sentencia debe ser pronunciada en derecho, y que no es lo mismo que el daño se produzca como consecuencia directa de actuación u omisión autónoma de los árbitros, a que se genere en actuación u omisión razonablemente provocada por el proceder de quien alega el daño.

En el caso de esta litis los demandantes han solicitado que los árbitros sean condenados solidariamente a pagarles los perjuicios materiales y morales que han padecido por los hechos expuestos en la demanda, es decir, porque el Tribunal de Arbitramento al instalarse no señaló día y hora para la primera audiencia de trámite, ni designó presidente ni secretario; ni adelantó trámite alguno escrito, ni, en general, cumplió con las normas de orden público que señalan el procedimiento que debe emplearse en esta clase de Tribunales, ni notificaron el laudo; porque los árbitros, a pesar de haber cesado en sus funciones con el pronunciamiento de éste el 5 de mayo de 1970, al día siguiente "en forma abusiva, ilegal, arbitraria y absolutamente nula" continuaron tomando disposiciones "con perjuicio gravísimo" para los demandantes, como se dejó relatado al resumir la causa petendi.

Frente a lo anterior, se observa que, en el documento que recoge el "compromiso arbitral", celebrado por los Kardonski con Peicher (folios 1 a 8 del cuaderno 3), de consumo convinieron que los árbitros deberían fallar "conforme a su conciencia, sin fórmula ni aparato de juicio" (cláusula 5ª); que los árbitros "tendrán en cuenta el convenio firmado por Peicher y los hermanos Kardonski" en la fecha de suscripción del compromiso (cláusula 9ª); que el laudo debería ser pronunciado "verdad sabida y buena fe guardada" (cláusula 11); que "una vez dictado el fallo arbitral desistirán de todos los juicios y acciones, sin el pago de costas o de perjuicios a cargo de ninguna de las partes" (cláusula 12); que las garantías recíprocas que, para asegurar el cumplimiento del laudo, debían otorgar las partes, quedarían "a disposición del Tribunal Arbitral para que disponga de ellas de acuerdo con el fallo que dicte" (cláusula 13).

De la sola confrontación de la demanda con el documento de compromiso resulta que son los mismos demandantes, que ahora se duelen de ello, quienes convinieron con Peicher que los árbitros actuaron "sin fórmula ni aparato de juicio", procediendo sólo conforme a su conciencia, "verdad sabida y buena fe guardada", y que, del mismo modo, ellos fueron quienes ordenaron a los árbitros que, una vez dictado el laudo y con el propósito de lograr su inmediato cumplimiento, dispusieran de las garantías a que aludía la cláusula 12 del compromiso.

Resulta pues exhorbitante, por lo menos, que quienes dieron instrucciones a los árbitros para que actuaran libremente "conforme a su conciencia, sin fórmula ni aparato de juicio", reclamen indemnización de perjuicios contra los que procedieron según sus mandatos, y que los mismos piden resarcimiento de perjuicios porque los árbitros, después de haber cesado en sus funciones, pues los agotaron con el proferimiento del laudo, hayan dictado varias órdenes disponiendo de la garantía que, para asegurar el cumplimiento del laudo, otorgaron los hermanos Kardonski y que dejaron a órdenes del Tribunal "para que disponga de ella de acuerdo con el fallo que dicte", según reza la cláusula 13 del compromiso. De consiguiente, si el laudo dedujo a cargo de los Kardonski y en favor de Peicher un saldo de US$ 283.970 que debía cancelarse "con la garantía bancaria otorgada por éstos", bajo la condición que el laudo señala en su punto 4º, y si los mismos condenados expresamente facultaron a los árbitros para que, después de dictado el laudo, dispusieran de la garantía que habían constituido, de tal modo que se cumpliera el fallo, no es posible que ahora los Kardonski, quienes concedieron esa precisa potestad a los árbitros, reclamen perjuicios porque éstos después de otorgar el laudo, ordenaron al Banco de Colombia en Panamá, en cartas de 6 de mayo y 1º de junio, que, a nombre de Mordco Peicher, se abriera cuenta con US$ 283.970, tomados de la garantía que por 300.000 dólares habían prestado allí los Kardonski, suma de la que aquél no podría disponer mientras no cumpliera la condición impuesta por el laudo (folios 43, 46, 48 y 50 del cuaderno 3).

Viene de lo anterior que por cuanto los demandantes autorizaron, o mejor ordenaron la inme-

*diata realización de los hechos que ahora alegan como fuente de perjuicios, no tienen derecho a indemnización. Por ende, los árbitros deben ser absueltos en este punto. Ya la Corte había tenido oportunidad de enseñar en sentencia de 26 de octubre de 1972 (*Gaceta Judicial *CXLIII, página 229) que, según la doctrina contenida en el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, no todo error, cualquier error, es fuente de responsabilidad de los jueces: "Muy sabia resulta la disposición de exigir que el error sea de abolengo de los inexcusables, pues siendo propio de la naturaleza humana el errar, la ocurrencia de simples equivocaciones al administrar justicia no puede descartarse. Si la comisión de yerros, sin calificativo alguno, pudiera servir de estribo a procesos de responsabilidad contra los jueces, tales contiendas judiciales proliferarían de una manera inusitada; podría menguarse ostensiblemente la independencia y libertad que aquellos tienen para interpretar la ley, y se abriría ancha brecha para que todo litigante inconforme con una decisión procediera a tomar represalia contra sus falladores, alegando simples desatinos en faena tan difícil como lo es la de dar a cada uno su derecho.*

"El error a que se refiere el numeral 3 del artículo 40 del Código de Procedimiento Civil ha de entenderse como equivocación o desacierto que puede dimanar de un falso concepto sobre lo que una cosa es realmente o de ignorancia de la misma. De modo pues, que la responsabilidad civil de jueces o magistrados puede originarse en una equivocación, sea que ésta haya tenido como causa un conocimiento falso de hechos o de normas legales o un completo desconocimiento de los mismos.

"Pero es claro que la simple equivocación no es fuente de responsabilidad, desde luego que exígese que el desatino sea de aquellos que no pueden excusarse, que quien lo padece no pueda ofrecer motivo o pretexto válido que sirva para disculparlo.

"Y, además, como antes se insinuó, la mera demostración de que el funcionario obró con error inexcusable no es base suficiente para deducir la responsabilidad civil de quien lo cometió. Para que ésta pueda imputarse, menester es también que se haya causado perjuicio a una de las partes y que exista relación de causa a efecto entre el error inexcusable y el daño sufrido por el litigante. Por esto mismo debe aparecer acreditado que ese error fue determinante de la decisión en el sentido que causó el perjuicio, ya que si ésta, aun en el evento de que no hubiera existido el dicho error, se hubiera pronunciado con idéntico contenido, entonces no habría lugar a responsabilidad del fallador, pues el factor determinante del pronunciamiento no sería el yerro inexcusable. Del mismo modo, si la causa exclusiva de este dimana de acto u omisión de quien luego lo invoca como fuente de indemnización en su pro, siendo su obrar o su omitir lo que dio causa a que el juez incurriera en él, en tal caso tampoco se podría deducir responsabilidad judicial, pues nadie puede sacar provecho del error a que éste fue inducido por aquél".

Los árbitros, en consecuencia, deben ser absueltos del cargo de perjuicios. Y por las mismas razones y por cuanto la demanda introductoria sólo se acoge parcialmente, no se hará condenación en costas.

A 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 26 de noviembre de 1976, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario suscitado por Abraham Kardonski y otros, frente a Ira L. Paret y otros, y, en su lugar, actuando como Tribunal de instancia,

Resuelve:

Primero. CONFIRMAR los ordinales primero, segundo, tercero y quinto de la sentencia apelada de fecha treinta de julio de mil novecientos setenta y cinco, dictada en este proceso por el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá.

Segundo. REVOCAR el ordinal cuarto de la misma sentencia, por estar la declaración que allí se menciona incluida en los pronunciamientos de los tres primeros ordinales.

Tercero. REVOCAR el aparte sexto de la sentencia apelada y, en su lugar, absolver a los árbitros demandados por los perjuicios cuya indemnización piden los demandantes.

Cuarto. REVOCAR el ordinal séptimo de la sentencia apelada.

Sin costas en el recurso de casación porque prosperaron ambas demandas (artículo 375 *in*

fine del Código de Procedimiento Civil). Y como la introductoria del proceso sólo fue acogida parcialmente, no se hace condenación en costas de las dos instancias (artículo 392-5).

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

Alberto Ospina Botero, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Ricardo Uribe-Holguín.

Carlos G. Rojas V.
Secretario.

PRESCRIPCION ADQUISITIVA

El modo de adquisición del dominio de los terrenos baldíos es la ocupación, modo que se consuma ipso facto **desde el momento en que el colono establece cultivos o introduce ganados por el término legal.**

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., junio 5 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe-Holguín.*

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en este proceso ordinario de Flor de Liz, Fidela y José Miller Cleves Lozada contra Alicia Huergo Benítez viuda de Cleves, en su propio nombre y como representante legal de su hija menor Alicia Cleves Huergo.

I
Antecedentes

1. Las súplicas de la demanda originaria del proceso, resumidas, son las siguientes:

a) Que del inventario y avalúo de los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal que formaron Sergio Cleves Sánchez y Alicia Huergo Benítez, según la correspondiente diligencia practicada en el proceso sucesorio del 1º al 13 de marzo de 1974, se excluya, por ser bien propio del causante, la finca denominada "La Cabaña", cuya ubicación, área aproximada y linderos se indican;

b) Que, de consiguiente, se ordene incluir en el inventario y avalúo de los bienes que forman el activo de la sucesión de Sergio Cleves Sánchez ese inmueble, como bien propio de éste, y

c) Que se condene a la parte demandada en las costas del proceso.

2. Los hechos constitutivos de la *causa petendi* pueden sintetizarse así:

a) Antes de contraer matrimonio con Alicia Huergo Benítez, Sergio Cleves Sánchez había reconocido como hijos naturales suyos a los tres demandantes, quienes por lo tanto son sus herederos, concurrentes con la hija legítima del causante, Alicia Cleves Huergo;

b) Cleves Sánchez falleció el 11 de julio de 1973, e iniciado el correspondiente proceso de sucesión ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Neiva fueron reconocidas en él, como partes interesadas, la cónyuge sobreviviente, con derecho a gananciales, y la hija legítima, como heredera;

c) El 13 de marzo de 1974 se practicó la diligencia de inventario y avalúo de bienes, y en ella se incluyó indebidamente, como perteneciente al haber de la sociedad conyugal disuelta, el predio "La Cabaña", que es bien propio del causante;

d) Mediante auto del 27 de enero de 1975, pronunciado cuando ya no cabía promover el incidente de exclusión de bienes de que trata el artículo 601 del Código de Procedimiento Civil, el juzgado reconoció a Flor de Liz y Fidela Cleves Lozada como herederas del causante, en su condición de hijas naturales de éste. Y por auto posterior, del 13 de octubre del mismo año, reconoció como tal, en la misma condición, a José Miller Cleves Lozada;

e) Por la Escritura número 507, otorgada en la Notaría Primera de Neiva el 4 de julio de 1942, Sergio Cleves Sánchez había adquirido, por compra a Roberto Molina G., mucho antes de contraer matrimonio con Alicia Huergo Benítez —el cual se celebró el 7 de noviembre de 1953—, "todos los derechos y acciones de Rosa María Trujillo y Rodolfo Araújo que les pudieran corresponder en la sucesión de Félix Araújo, en su condición de cónyuge sobreviviente la primera y en carácter de hijo legítimo el segundo, radica-

das dichas cuotas sobre la finca denominada 'La Cabaña', expresando el comprador, en la misma escritura, "encontrarse en posesión material de los bienes adquiridos"; y posteriormente, por la Resolución número 02221 de 1963, el Incora le adjudicó a él como baldía esa finca;

f) "Por arrancar el título o causa de adquisición y la posesión material de la finca 'La Cabaña' con mucha anterioridad a la constitución de la sociedad conyugal del causante con la cónyuge sobreviviente, es lo que determina que este inmueble objeto del proceso pertenezca exclusivamente al patrimonio propio del causante. Pues, el verdadero título y real causa de adquisición del predio 'La Cabaña' tienen su origen en la Escritura pública número 507, ya citada, y según los términos de este título el comprador Cleves Sánchez ya ejercía la posesión material de este inmueble y en estos motivos el Incora encontró razones para considerar a Cleves Sánchez como ocupante y poseedor de esta finca en tiempo aproximado de 25 años, como lo anota en la inspección ocular y en la resolución administrativa de adjudicación que en copia auténtica se acompañan, legalmente formalizadas en el año de 1963, lo que indica que los actos posesorios y de ocupación se remontan más allá del año de 1942".

3. La demandada, en su doble carácter, contestó el libelo manifestando oponerse a las pretensiones de los actores, aceptando algunos de los hechos y negando otros.

4. El Juez Tercero Civil del Circuito de Neiva, quien conoció del proceso en la primera instancia, lo falló declarando no acceder a las súplicas de la demanda e imponiendo las costas a la parte demandante.

5. Apelada esta decisión por la parte desfavorecida, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, mediante la sentencia acusada ahora en casación, la confirmó en todas sus partes, sin costas en la segunda instancia, por no haberse causado.

II

Motivación del fallo impugnado

1. Luego de breve referencia a los presupuestos procesales, que encuentra reunidos, y de advertir que la pretensión de que se excluya un bien del inventario practicado en un proceso sucesorio es viable por la vía ordinaria, observa el sentenciador que "Habida consideración de las fechas de la celebración del matrimonio Cleves-Huergo y de la inscripción de la resolución de adjudicación del fundo denominado 'La Cabaña', salta a la vista que transcurrieron más de diez años, entre el primer hecho y el segundo", lo que lo lleva a concluir que el inmueble fue adquirido durante la existencia de la sociedad conyugal.

2. En apoyo de esta conclusión, expone: "Ha sido jurisprudencia constante de la honorable Corte Suprema de Justicia y doctrina aceptada por los tratadistas que, cuando el artículo 65 del Código Fiscal Nacional establece que la propiedad de los baldíos se adquiere por su cultivo o por ocupación con ganado, 'de acuerdo con lo dispuesto en este Código', quiere solamente significar que el cultivo y la ocupación le dan al cultivador o colono un derecho a que se le adjudique el terreno, de conformidad con el procedimiento detallado en el artículo 79 y siguientes de dicho Código, y en las demás disposiciones que lo adicionan y reforman y concordantes con la anterior. De tal manera que ese derecho personal ha menester para convertirse en derecho *in re,* de título otorgado por la autoridad competente, designada en las disposiciones legales vigentes en el momento de la adjudicación (Casación, noviembre 25 de 1930, *Gaceta Judicial* número 1830). Así, pues, las disposiciones legales contenidas en el Código Fiscal Nacional, las Leyes 85 de 1920, 17 de 1917, 64 de 1915, 200 de 1936 y su Decreto reglamentario número 059 de 1938, etc. han de ser entendidas en el sentido de que confieren al cultivador o colono un derecho preferencial a la adjudicación, observando las prescripciones legales, derecho *ad rem* que para convertirse en derecho *in re* necesita ciertas formalidades gubernativas más la inscripción del dicho acto administrativo, en la oficina de registro correspondiente".

3. En seguida transcribe apartes de la sentencia del 24 de junio de 1935, mediante la cual la Corte sostuvo que la propiedad de los baldíos se adquiere por el modo de la ocupación, respecto de lo cual hay perfecta armonía entre las disposiciones pertinentes de los Códigos Civil y Fiscal. Y entendiendo fundarse en esta doctrina, afirma: "La ocupación de los terrenos baldíos da derecho personal (artículo 666 del Código Civil) al ocupante, colono o cultivador para reclamar del Estado la correspondiente adjudicación, previo el trámite establecido en las disposiciones legales pertinentes. Para que este derecho personal del colono o cultivador de terrenos baldíos se convierta en derecho *in re,* como bien lo dice la honorable Corte, ha menester del título otorgado por la autoridad del Estado competente para ello. Es decir, que sin la resolución de adjudica-

ción correspondiente debidamente inscrita, el colono no tiene el derecho real de propiedad sobre el terreno baldío ocupado con ganados o cultivado, careciendo, entonces, del derecho de dominio sobre el dicho predio (artículo 665 del Código Civil)''.

4. Sentado este corolario, dice que la cláusula de ''presunción de derecho'', que por mandato de la ley debe insertarse en las resoluciones de adjudicación, surte efectos contra terceros, de lo cual deduce que ''Al presumirse de derecho por la ley, que el terreno adjudicado al difunto Sergio Cleves Sánchez en la Resolución en comento número 02221 de 1963, denominado 'La Cabaña', es baldío, se hace inoficioso entrar a considerar la posible situación jurídica del causante frente a los derechos adquiridos por el mismo, en la sucesión ilíquida de Félix Araújo, la que a su vez tenía derechos radicados en el globo comunero de Otás, conforme lo muestra la Escritura pública número 507 de 4 de julio de 1942 de la Notaría Primera del Círculo de Neiva, en lo correspondiente a la posible identidad de los derechos de la comunidad universal ilíquida radicados, como se dice por la actora, en el fundo denominado 'La Cabaña', materia de esta litis, pues contra dicha presunción no cabe prueba en contrario (artículos 66 del Código Civil y 176 del Código Judicial)''.

5. A lo hasta aquí dicho agrega el Tribunal que ''Entre otros bienes el haber de la sociedad conyugal se compone de todos los que adquieran los cónyuges durante el matrimonio a título oneroso (numeral 5º, artículo 1781 del Código Civil). El bien denominado 'La Cabaña', tantas veces aquí citado, lo adquirió el cónyuge muerto durante el matrimonio a título oneroso, pues vinculó su esfuerzo personal, su trabajo, en la explotación económica de la heredad que le fue adjudicada como baldío por medio de la resolución comentada, explotación económica que de acuerdo con lo dicho por la misma resolución de adjudicación, según lo prevenido por el artículo 6º de la Ley 97 de 1946, debió tener como base una duración mínima de cinco años''.

6. Y con apoyo en todas estas premisas, sienta la siguiente conclusión: ''Luego, no habiendo sido el cónyuge difunto poseedor a título de señor y dueño, antes de la existencia de la sociedad conyugal, del fundo denominado 'La Cabaña', ni tratándose el fenómeno jurídico aquí estudiado, de institución siquiera análoga a la prescripción o a la transacción, sino que habiéndose configurado meramente un derecho personal o crédito preferencial del finado Sergio Cleves Sánchez frente al Estado, para convertir su derecho *ad rem* en *in re* mediante el título, el inmueble en comento, debe concluirse, es de la sociedad conyugal. Por lo dicho, aunque la ocupación del citado terreno baldío se hubiese efectuado con antelación superior a la de la fecha de su matrimonio, no por ello podría tenerse, a la luz de los artículos 1781 y 1792 del Código Civil, la heredad denominada 'La Cabaña', como un bien propio del causante''.

7. Por último, haciendo referencia a las demás pruebas aportadas al proceso, afirma:

''Conforme a lo considerado en los apartes precedentes de esta motiva, las deponencias de los testigos Carlos Fajardo Manchola, María Rojas viuda de Molina y Jesús María Fajardo, que aparecen en el cuaderno número 2, nada entrarían ellas a desvirtuar, si fueran eficaces e idóneas sus manifestaciones, con respecto a las aspiraciones de la actora. Pero sucede como bien lo analiza el señor juez de la primera instancia, solamente la testigo Rojas viuda de Molina hace relación a la explotación del fundo 'La Cabaña' por parte de Cleves Sánchez, pues los otros dos testigos, con lujo de detalles, dando las circunstancias de tiempo, modo y lugar, afirman que el finado Cleves Sánchez explotó fue la finca llamada 'La Vega' y no 'La Cabaña', haciendo surgir por lo menos la duda, como dice el *a quo*, de si lo explotado por el *de cujus* fue la finca denominada 'La Vega' o el fundo denominado 'La Cabaña'.

''La peritación rendida por los expertos a folios 6 a 6 vuelto del cuaderno número 2, carece de la debida fundamentación y precisión, para poderse apreciar.

''Las pruebas testimonial, de inspección judicial y la peritación, y la documental de la Escritura pública número 507 de 4 de julio de 1942 memorada, no tienen eficacia para desvirtuar lo situación jurídica del inmueble de la controversia, que se ha analizado a lo largo de esta motiva, por todas las razones de derecho aquí expuestas''.

III

La demanda de casación

Un solo cargo formula la parte recurrente, con fundamento en la causal primera.

Cargo único.

Está planteado así: ''... acuso la sentencia del Tribunal de infringir indirectamente, por falta de aplicación, los artículos 475, 673, 685, 762,

1310, 1388 y 1792 del Código Civil; 8º de la Ley 153 de 1887; 65, 66 y 67 del Código Fiscal (Ley 110 de 1912); 3º de la Ley 85 de 1920; 1º y 9º de la Ley 34 de 1936; 6º de la Ley 97 de 1946; 29 de la Ley 135 de 1961. Y por aplicación indebida del artículo 1781 del Código Civil. La violación de estas normas obedeció a los manifiestos yerros fácticos en que incidió el Tribunal en la apreciación de las pruebas que adelante puntualizo''.

Comienza el impugnador por poner de presente que las demandantes, con apoyo en la disposición del artículo 1388 del Código Civil, dedujeron sus pretensiones por la vía ordinaria, y no a través del incidente de que trata el artículo 601 del Código de Procedimiento Civil, porque cuando ellas fueron reconocidas como herederas en el proceso sucesorio de Sergio Cleves Sánchez ya había precluido la oportunidad para objetar el inventario por el trámite incidental.

Sentada esta premisa, advierte el recurrente que, con arreglo al artículo 1792 del Código Civil, ''La especie adquirida durante la sociedad no pertenece a ella aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de la adquisición ha precedido a ella'', como ocurre en los seis casos que a continuación, por vía de ejemplo, se citan en la norma, el primero de los cuales es este: ''No pertenecerán a la sociedad las especies que uno de los cónyuges poseía a título de señor antes de ella, aunque la prescripción o transacción con que las haya hecho verdaderamente suyas se complete o verifique durante ella''.

Y agrega el censor: ''Otro tanto acontece con la adquisición de un baldío, cuando los hechos que dieron lugar a su adjudicación —ocupación con cultivos o ganados— se iniciaron por uno de los cónyuges con anterioridad a su matrimonio, aunque el término señalado por la ley para obtenerla se hubiera completado durante la existencia de la sociedad conyugal, y aunque la resolución administrativa de adjudicación se hubiera pronunciado durante su vigencia. Dicho inmueble no pertenece a la sociedad por la potísima razón de que la causa de la adquisición —ocupación con cultivos o ganados— fue anterior a ella, que es la hipótesis contemplada en el artículo 1792 precitado para su aplicación''.

Sin embargo, observa, el Tribunal sostiene que la ocupación de baldío sólo confiere al ocupante un derecho personal para pedir que el bien se le adjudique en propiedad, derecho que no se convierte en real sino mediante la resolución de adjudicación; tesis que, a juicio de la censura, ''es evidentemente desacertada, puesto que la resolución administrativa de adjudicación no es constitutiva, sino meramente declarativa, desde luego que se limita a reconocer el derecho de dominio del cultivador sobre el terreno baldío, de la misma manera que la sentencia de pertenencia se limita a declarar que el poseedor es dueño del inmueble por haberlo adquirido por usucapión''.

En orden a demostrar este postulado, el recurrente transcribe los artículos 65 del Código Fiscal y 9º de la Ley 34 de 1936, y cita algunas sentencias en que la Corte ha sentado precisamente tal doctrina.

Previas las consideraciones anteriores, procede el impugnador a indicar los errores de hecho que imputa al Tribunal, así:

''a) No tomó nota el sentenciador' en efecto, de que la resolución de adjudicación (cuaderno 1, folios 26 y siguientes) expresa que Sergio Cleves S. solicitó 'que la administración expida a su favor *el título declarativo de dominio,* sobre el predio que ocupa denominado 'La Cabaña', con extensión aproximada de 40 hectáreas; que al peticionario debe considerársele cultivador, por cuanto el personal que practicó la diligencia de inspección ocular que ordena la ley 'comprobó que el predio solicitado en adjudicación está ocupado en una extensión no inferior a sus dos terceras partes, con cultivos legalmente aptos para obtener la incorporación de los baldíos al patrimonio de su aspirante'; que *la explotación económica data de veinticinco años* (no de cinco como parece entenderlo el Tribunal); y que la adjudicación 'queda amparada por la presunción de derecho establecida en el artículo 6º de la Ley 97 de 1946 por cuanto se demostró que el adjudicatario viene explotando económicamente el predio, desde hace veinticinco (25) años. Es decir, desde 1938. Por no haber percatado el sentenciador que la declaración de dominio que entraña la adjudicación de 'La Cabaña' a favor de Cleves se hizo con base en una explotación económica de *veinticinco años,* debidamente comprobada por el Incora, cercenó el real contenido de la resolución de adjudicación, incurriendo así en evidente yerro fáctico''.

''b) Tampoco tuvo en cuenta el Tribunal que en el acta de la inspección ocular practicada por el Incora el 26 de julio de 1963 (cuaderno 1, folios 37 y siguientes), que es un instrumento público, se expresa 'que después de haber practicado una detenida inspección ocular en dicho terreno (La Cabaña), dejamos constancia sobre los siguientes hechos *averiguados y observados personalmente:* ... el predio se encuentra explo-

tado en su totalidad, tiene casa en bahareque y techo de teja de barro, pastos para 25 reses. Tiempo de explotación: la inexistencia (sic) de vestigios visibles como palizadas, rastrojos, troncos y el estado de los cultivos indican que la ocupación de ésta *data aproximadamente de unos veinticinco años'*. Salta a la vista que se incurrió en un evidente 'lapsus' al escribir la palabra 'inexistencia' en lugar de 'existencia', pues que es de la *existencia* de vestigios visibles de la explotación, y no de su *inexistencia,* de donde lógicamente se deduce el hecho de que la ocupación data de veinticinco años. Pues bien, el *ad quem* alteró igualmente la objetividad del acta de la inspección ocular mencionada, al haber pasado por alto las expresiones contenidas en ella que me permití destacar, según las cuales los hechos que llevaron al Incora a concluir que la ocupación del predio data de veinticinco años, fueron 'averiguados y observados personalmente', con lo cual incurrió en nuevo y manifiesto error de hecho''.

''c) En yerro de la misma índole incidió el Tribunal respecto de los testimonios de Carlos Fajardo Manchola (cuaderno 2, folios 1 y 2) y de Jesús María Fajardo (ídem, folios 8 a 9 vuelto), al expresar que dichos declarantes, 'con lujo de detalles, dando las circunstancias de tiempo, modo y lugar, afirman que el finado Cleves Sánchez explotó fue la finca llamada La Vega y no La Cabaña', cuando lo cierto es que tales testimonios, ciertamente responsivos, se refieren indudablemente a La Cabaña, denominada anteriormente La Vega.

''El primero de ellos, en efecto, al ser preguntado si existieron negocios entre Sergio Cleves y Roberto Molina, dice que oyó que Roberto compró la finca 'La Vega' a Rodolfo Araújo; que Roberto Molina dizque la vendió a Sergio Cleves, *esta finca llama o la llamábamos nosotros 'La Vega', no sé si le habrán cambiado el nombre';* que en esa finca vivía Sergio Cleves con Susana Lozada, de la cual tenía unos hijos; que 'esa finca estaba situada a orilla del río Neiva lindando con el río y al frente la hacienda La Angostura (nótese que este lindero coincide exactamente con el costado sur de la finca 'La Cabaña', tal como se le identifica en la súplica primera de la demanda); los colindantes eran o son la mortuoria de Montenegro, por ese mismo lado la finca de Marcos Montenegro (coincide con el costado norte de la alindación de La Cabaña, donde se habla de los terrenos de los huérfanos de Montenegro); por el sur con la finca que era del hermano mío Jesús María, *no sé de quién sea hoy,* y Lázaro Cachaya (coincide con el costado oriental de La Cabaña, en el cual figuran Manuel Sánchez y Lázaro Cachaya); por el oriente con la carretera nacional que conduce a Hobo o sea la que va para el sur' (no indica quiénes sean los colindantes, que según la alindación de La Cabaña son los herederos de Sergio Cleves y Luciano Serrato). Ignora el declarante en qué época tomó Cleves posesión de esa finca, pero le consta que él sembraba y arrendaba eso para arroz, y tenía un ganado ahí, no me acuerdo durante cuánto tiempo estuvo explotando esa finca pero me parece que él murió ahí'; que no sabe si ellos le pondrían el nombre de 'La Cabaña', y que la última vez que visitó la finca 'hace bastantes años, pero no recuerdo cuánto tiempo hace, hará por ahí *unos treinta y cinco años a cuarenta años* no paso yo por ahí'.

''Como puede apreciarse, el testigo no dice enfáticamente que 'La Vega' y 'La Cabaña' sean dos fincas distintas, sino que él la conoció con el primer nombre y no sabe si la hubieran denominado después, 'La Cabaña', pero la alindación que da de aquélla coincide con la de ésta, con algunas pequeñas discrepancias, explicables por el tiempo transcurrido desde la última vez de la visita (35 ó 40 años); conviene observar que la venta de la finca a que alude el testigo, hecha a Sergio Cleves por Roberto Molina, quien a su turno la hubo de Rodolfo Araújo, es la que consta en la Escritura número 507 de 4 de julio de 1942, que obra a folios 22 y siguientes del cuaderno 2, que en ese instrumento figura con el nombre de La Cabaña y que según el concepto de los peritos (cuaderno 2, folio 60) es el mismo inmueble que se determina en la demanda, en la partida primera de los inventarios y avalúos y en la resolución del Incora. De suerte que si el Tribunal hubiera cumplido el deber que le impone el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, de apreciar las pruebas en conjunto, habría llegado necesariamente a la conclusión de que la finca 'La Vega' a que alude el testigo Carlos Fajardo Manchola es la misma que después se denominó 'La Cabaña'; que la ocupación con cultivos por parte de Cleves data de más de 35 años, que es el tiempo transcurrido desde la última vez que la visitó, y que seguramente fue cuando apreció la existencia de cultivos y ganados a que alude su declaración. Lo cual significa que esa ocupación se remontaría al año de 1941 (que coincide aproximadamente con el año en que compró los derechos sobre la misma a Roberto Molina: 4 de julio de 1942), pues su testimonio lo rindió en 1976''.

''d) Otro tanto ocurre con la declaración de Jesús María Fajardo, quien en lo pertinente depone: que Rodolfo Araújo le vendió a Roberto

Molina una finca que llamaban 'La Vega', y que éste vendió luego a Sergio Cleves; que dicha finca lindaba así: 'Por el Oriente con la comunidad del Globo de Otás; por el Sur con la María y Lázaro Cachaya (coincide con el lindero oriental de La Cabaña, según la demanda); por el Occidente, con río Neiva y la hacienda La Angostura de Matías Silva (igual al lindero sur de la Cabaña); y por el Norte, con Marcos Montenegro y una sucesión que le decían los huérfanos, que había sido de un Francisco Montenegro y Soledad Toledo (coincide con el lindero norte de La Cabaña)'; que Molina le entregó dicha finca a Cleves en 1940 (concuerda con el testimonio de Carlos Fajardo y con la escritura de venta); que tan pronto la compró, Sergio se fue a vivir en ella con Susana Lozada y sus tres hijos llamados Miller, Fidela y 'La Chata'; que Sergio 'cultivó arroz, tenía unas vacas que ordeñaba, tenía plátano y yuca, y de esto me di cuenta durante diez años continuos'.

"Al igual que el testigo anterior, éste no afirma que se trate de fincas distintas, sino simplemente que ellos la llamaban 'La Vega' pero la alindación que da de ella coincide sustancialmente con la denominada hoy 'La Cabaña'. Las discrepancias existentes se explican por el transcurso del tiempo. Si el sentenciador hubiera apreciado las pruebas en conjunto, al examinar la prueba pericial, los linderos de 'La Cabaña' que figuran en el libelo y en la Escritura número 507 de 4 de julio de 1942, habría llegado a la conclusión de que la finca 'La Vega' a que se refiere el testigo, es la misma que hoy se denomina 'La Cabaña', y que Cleves entró a ocuparla con cultivos y ganados desde 1940. De ahí que en dicha escritura hubiera declarado Cleves que se encuentra en posesión de ese inmueble".

"e) Tampoco tomó nota el Tribunal de que la identificación que de 'La Cabaña' se hizo en la inspección judicial practicada en primera instancia (cuaderno 2, folio 3 vuelto a 5), coincide sustancialmente con la dada por los testigos Fajardo al predio que ellos conocieron con el nombre de 'La Vega', pues las discrepancias obedecen a la actualización de los colindantes; ni que demandantes y demandadas manifestaron 'que la finca inspeccionada es la misma descrita en la súplica primera de la demanda y la misma adjudicada por el Incora al causante Sergio Cleves Sánchez' (folio 5), ni que los peritos que intervinieron en esa diligencia corroboran esta manifestación de las partes. Por no haber tomado en cuenta estos hechos, incurrió el sentenciador en evidente yerro fáctico, desde luego que alteró por cercenamiento la objetividad de esos dos medios probatorios. De no haber incurrido en ellos, habría concluido que las fincas que se determinan en la demanda, en la resolución del Incora, en la inspección judicial y en las declaraciones de Carlos y Jesús María Fajardo, corresponden a un mismo inmueble, conocido con el nombre de 'La Cabaña' ".

De todo lo cual concluye el recurrente:

"A causa de los manifiestos errores de hecho que dejé puntualizados, llegó el Tribunal a la conclusión equivocada de que 'La Cabaña' es un bien social y no un bien propio del causante Sergio Cleves, que, por lo mismo, no podía ser excluido de la partida primera del inventario de los bienes de la sociedad conyugal formada con Alicia Huergo. Y, consecuencialmente, esos mismos errores lo llevaron a quebrantar indirectamente, por falta de aplicación, los preceptos de derecho sustancial señalados en el encabezamiento del cargo ... Finalmente, a causa de los yerros fácticos mencionados violó igualmente el Tribunal, por haberlo aplicado sin ser pertinente, el artículo 1781 del Código Civil que señala los bienes que pertenecen a la sociedad conyugal, pues lo aplicó al inmueble 'La Cabaña', siendo así que por mandato expreso del 1792 C. C. dicho bien no forma parte del haber social por las razones antes apuntadas".

Consideraciones de la Corte

1. La tesis central que sirve de soporte a la sentencia acusada es la de que, conforme a doctrina de la Corte, la ocupación del terreno baldío por colono que pretenda ser adjudicatario del bien, confiere apenas *un derecho personal o crédito* del ocupante en frente de la nación, no el *derecho real de dominio,* el cual solamente adquiere el colono cuando se expide y se registra, a favor suyo, la resolución administrativa de adjudicación del terreno.

Esta tesis fue en efecto sostenida por la Corte en varias sentencias, entre las cuales cabe destacar las de fechas 1º de diciembre de 1930 (tomo XXXVIII, página 337), 31 de agosto de 1931 (*Gaceta Judicial* 1881, página 258) 6 de diciembre de 1933 (*Gaceta Judicial* 1895 A, página 73), 26 de mayo de 1934 (*Gaceta Judicial* 1892, página 136) y 14 de abril de 1943 (*Gaceta Judicial* 1996, página 441).

En la del 31 de agosto de 1931, por ejemplo, se dijo: "Empero, las disposiciones de que se trata (artículo 1º, Ley 61 de 1874, 1º Ley 84 de 1882) no se podían tomar aisladamente, o sea con prescindencia de otras que exigían la adjudicación por el Gobierno, o la posesión dada por una au-

toridad competente; han de ser entendidas, por tanto, en el sentido de que conferían al cultivador un derecho preferencial a la adjudicación, observando las prescripciones legales, derecho que para convertirse en derecho *in re* necesita de ciertas formalidades''.

2. *Sin embargo, conforme a posterior doctrina de la Corte, mediante la cual rectificó ese antiguo criterio sobre el asunto, los terrenos baldíos se adquieren por el modo de* la ocupación, *y la resolución por medio de la cual se adjudica uno de ellos no es título ni es modo, sino apenas* acto declarativo *de un derecho real de dominio preexistente, adquirido por la ocupación del terreno mediante la implantación en él de cultivos o ganados, hecha por el colono.*

Entre las muchas sentencias en que la Corte ha sentado la nueva doctrina, es conveniente reproducir en sus partes pertinentes las que siguen:

''La providencia de la administración que los adjudica (los baldíos) se reduce a reconocer el hecho preexistente de la ocupación. Tal providencia no es modo constitutivo porque el fenómeno que crea y confiere la propiedad es la ocupación, ya cumplida real y materialmente. Ni tampoco traslaticio; la inscripción en el Registro Público no transfiere en este caso, porque precisamente de antemano el dominio ingresa al haber del ocupante'' (1º de enero de 1963, tomo CI, páginas 44 y 45).

''En principio y con la natural salvedad de las tierras incluidas en las reservas de la nación, el destino económico-jurídico de los baldíos consiste en ser objeto propio de la adjudicación por el Estado, precisa y principalmente a quien demuestre haber adquirido el dominio del suelo mediante cultivos u ocupación con ganados. Así el artículo 65 del Código Fiscal estatuye que 'la propiedad de los baldíos se adquiere por su cultivo o su ocupación con ganados de acuerdo con lo dispuesto en este Código''. Y en armonía ordena el artículo 9º de la Ley 34 de 1936 que 'en las adjudicaciones de baldíos decretadas a título de cultivador, lo que transfiere el dominio tanto sobre el sector cultivado como sobre el adyacente que determinan las leyes respectivas, es el hecho del cultivo reconocido en la respectiva providencia de adjudicación'. Y es visible el celo del legislador en reconocer, garantizar y dejar siempre a salvo los derechos de cultivadores y colonos de tierras baldías. Quien, por consiguiente, incorpora su trabajo a los baldíos de la nación y los mejora con edificaciones, plantaciones o sementeras que acrecientan la riqueza pública, adquiere de inmediato el dominio del suelo, no por transferencia alguna, sino por el modo originario de la ocupación con que el ordenamiento protege y respalda al poseedor económico de tierras sin otro dueño que el Estado. La adjudicación posterior encaminada a solemnizar la titularidad, ha de basarse en la prueba que demuestre plenamente haberse cumplido en las condiciones legales el modo adquisitivo por ocupación'' (2 de septiembre de 1964, tomo CVIII, número 2273, página 239).

3. *Reiterando esta doctrina, afirma ahora la Corte que el modo de adquisición del dominio de terrenos baldíos es la ocupación, modo que se consuma* ipso facto *desde el momento en que el colono establece cultivos o introduce ganados por el término legal. Otra cosa son las obligaciones que su condición de propietario le impone, por motivos de orden social y económico, en cuanto a la utilización del terreno así adquirido. El acto administrativo de adjudicación no hace otra cosa sino reconocer la titularidad del derecho real en cabeza del ocupante, y su inscripción en el competente registro de la propiedad inmueble sirve de prueba de esa titularidad a partir del hecho de esa ocupación.*

De consiguiente, para determinar si la finca ''La Cabaña'' es bien propia del causante Cleves Sánchez, el único hecho que tenía que ser demostrado en este proceso era la fecha en que inició la ocupación de dicho predio a título de señor y dueño antes de celebrarse el matrimonio, no la fecha de la resolución del Incora, como erradamente lo entendió el Tribunal en la motivación de la sentencia impugnada (artículo 1792, ordinal 1º, Código Civil).

Ahora bien:

a) *Como el sentenciador dijo que Sergio Cleves Sánchez no fue ''poseedor a título de señor y dueño, antes de la existencia de la sociedad conyugal, del fundo denominado La Cabaña'', ignoró o pasó por alto el contenido de la resolución de adjudicación dictada por el Incora, así como el de la inspección ocular que la precedió, pruebas conforme a las cuales* la ocupación *de ese terreno baldío por Cleves Sánchez, con cultivos y edificaciones, tuvo lugar con mucha anterioridad a la existencia de la sociedad conyugal que éste formó con su mujer por el hecho del matrimonio, y consiguientemente lo tuvo también* la posesión *que adquirió sobre el bien, o sea la tenencia material del mismo con ánimo de señor y dueño, posesión que tomó al hacerse propietario en función de aquel modo. Incidió pues el Tribunal, por este aspecto, en los dos primeros erro-*

res de hecho que la censura le imputa. Lo que se refuerza al leer la escritura por la cual Cleves Sánchez compró, mucho antes de formarse la sociedad conyugal, derechos en el predio "La Cabaña".

b) *De otra parte, al sostener que los testigos Carlos y Jesús María Fajardo "afirman que el finado Cleves Sánchez explotó fue la finca llamada 'La Vega' y no 'La Cabaña' ", incurrió el sentenciador en nuevos y evidentes errores de hecho, comoquiera que tales testigos, apreciadas sus declaraciones en todo su contenido y en armonía con las demás pruebas que indica el recurrente, se refieren indiscutiblemente al mismo predio que Cleves Sánchez ocupó con cultivos y construcciones y que más tarde le fue adjudicado como baldío, dados los linderos que uno y otro declarantes especifican, los cuales, con ligeras variaciones explicables por el transcurso del tiempo, corresponden con los expresados en la resolución del Incora y en la demanda originaria de este proceso.*

Como consecuencia de los apuntados yerros de facto, el Tribunal quebrantó, por aplicación indebida, el artículo 1781 del Código Civil, cuyo ordinal 5º no era pertinente en el caso debatido, puesto que "La Cabaña" no fue adquirida por Cleves Sánchez durante su matrimonio, sino mucho antes". Y violó, por falta de aplicación, los textos del Código Fiscal Nacional y leyes complementarias que se citan en el encabezamiento del cargo, señaladamente los artículos 65 de dicho Código y 9º de la Ley 34 de 1936, conforme a los cuales los terrenos baldíos se adquieran por el modo originario de la ocupación y no por adjudicación del Estado, quien mediante el acto administrativo que expide a favor del colono ocupante no hace sino reconocer un derecho real preexistente.

El cargo, por lo tanto, prospera. Y la sentencia de reemplazo habrá de ser favorable a las pretensiones de las demandantes, quienes en este proceso ordinario, promovido por ellas con apoyo en la disposición del artículo 1388 del Código Civil, demostraron como quedó visto que el predio "La Cabaña" es bien propio del causante Sergio Cleves Sánchez, no de la sociedad conyugal que éste formó con Alicia Huergo Benítez por el hecho de su matrimonio.

En mérito de las razones expuestas, 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 objeto del recurso extraordinario, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, y procediendo como juzgador de instancia, REVOCA la que pronunció el Juez Tercero Civil del Circuito correspondiente, resolviendo en su lugar:

Primero. Por ser bien propio del causante Sergio Cleves Sánchez, exclúyese del inventario y avalúo de los que forman el haber de la sociedad conyugal disuelta que existió entre él y Alicia Huergo Benítez, erróneamente incluido en la diligencia de fecha trece (13) de marzo de mil novecientos setenta y cuatro (1974), practicada en el proceso sucesorio del mencionado Sergio Cleves Sánchez, que cursa en el mismo Juzgado Civil de Neiva, la finca denominada "La Cabaña", cuya ubicación, área aproximada, linderos, dependencias y anexidades aparecen indicados en la Partida Primera de dicha diligencia.

Segundo. En consecuencia, inclúyase en el inventario y avalúo, como bien propio del causante Sergio Cleves Sánchez, la referida finca denominada "La Cabaña", determinada conforme se expresa en el punto anterior.

Las costas de las dos instancias son de cargo de la parte demandada.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Alberto Ospina Botero, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Ricardo Uribe-Holguín.

Carlos G. Rojas Vargas
Secretario.

TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

Error de hecho y de derecho. Diferencias. Venta de mejoras: las mejoras, como inmuebles que son, su compraventa debe otorgarse por escritura pública y registrarse.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., junio 8 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

Se decide el recurso de casación interpuesto por los demandantes contra la sentencia de 29 de septiembre de 1977, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha en este proceso de pertenencia que contra personas indeterminadas instauraron Misael Celedón Murillo y Magolia Celedón de Fernández.

I
El litigio

1. Mediante libelo presentado el 28 de julio de 1975 al Juzgado Promiscuo del Circuito de Riohacha, los citados Celedón Murillo y Celedón de Fernández, afirmando que dirigían su demanda "contra persona incierta" porque en el Registro no figuraba alguna como titular de derechos reales sobre el bien, solicitaron que la justicia hiciera los siguientes pronunciamientos:

a) Que pertenece a ellos, por haberlo adquirido por el modo de la prescripción extraordinaria, el dominio de la finca "Varsovia", ubicada en la sección de Carraipía, corregimiento de Maicao, con cabida aproximada de 582 hectáreas y comprendida dentro de los siguientes linderos: "Por el Norte, con predios de María Barros y Juan Cambar; Sur, con predios de los herederos de Carlos Bustamante González; Este, con predios de la señora Nerys P. de Castro; y por el Oeste, con predios que son o fueron de Luis Viaco", y

b) Que se ordene la inscripción de la sentencia en el libro correspondiente de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de ese círculo notarial.

2. Como *causa petendi* de su pretensión, los solicitantes de la pertenencia hicieron las afirmaciones de hecho que sustancialmente quedan sintetizadas en las siguientes:

a) Que Carmelina Barros de Bustamante detentó materialmente, por un período superior a los veinte años, el inmueble atrás alindado y especificado, ejecutando en él actos posesorios, tales como "cercamientos, mejoras, cultivos de pancoger, pastos artificiales, cría de ganado mayor, aves de corral, casa de habitación", actos realizados todos por ella a sus propias expensas y sin reconocer dominio ajeno sobre la finca;

b) Que la mentada Barros de Bustamante, mediante documento privado por ellos suscrito en Riohacha el 27 de julio de 1975, transfirió "a título de venta" a favor de los demandantes Misael Celedón Murillo y Magola Celedón de Fernández, "el derecho de propiedad y posesión de las mejoras" por aquélla plantadas en la referida finca "Varsovia";

c) Que como los demandantes, a partir de entonces, continuaron la posesión a ellos así transmitida, tienen ahora "el goce material y el ánimo de señores y dueños del inmueble descrito en la demanda", y

d) Que "sumada la posesión que venía ejerciendo Carmelina Barros de Bustamante sobre el predio descrito ... a la que en la actualidad ejercen los demandantes", se obtiene un período superior a los veinte años, que es el exigido por la ley para la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.

3. Admitida que fue la demanda, por auto de 4 de agosto de 1975 el juzgado de la causa dispuso emplazar "a las personas que se crean con

derechos sobre el bien objeto de esta acción civil . . .".

No se presentó al proceso dentro del término de los emplazamientos, ni posteriormente, persona alguna de las que fueron llamadas públicamente; por consiguiente el juzgado designó a los demandados indeterminados curador *ad litem*, que, una vez posesionado del cargo, recibió notificación personal del auto admisorio de la demanda, habiendo guardado entonces y durante todo el trámite absoluto silencio.

4. Por auto de 2 de noviembre de 1976 el juzgado recibió el proceso a pruebas "por el término de cuarenta (40) días", providencia en la cual, además, dispuso practicar como tales las que se habían solicitado en la demanda.

Y agotada que fue toda la ritualidad de la primera instancia del proceso, el juzgado del conocimiento le puso fin con su sentencia de 27 de julio de 1977, mediante la cual acogió las súplicas de la demanda.

5. Por virtud de la consulta que para dicha providencia se ordenó, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, el que, luego del trámite debido, profirió su fallo de 29 de septiembre de ese mismo año, por el cual resolvió "*revocar* en todas sus partes la sentencia consultada . . .".

6. Contra lo así decidido por el Tribunal los demandantes interpusieron casación, recurso que por encontrarse agotado en su trámite procede hoy la Corte a decidir.

II

Los fundamentos del fallo del Tribunal

1. Para infirmar la declaración de pertenencia a él consultada, el sentenciador *ad quem* esgrime como única razón la de que las pruebas practicadas en el proceso no pueden ser apreciadas o estimadas, porque en su producción se violaron las normas legales reguladoras de la petición y práctica de ellas.

Dice, en efecto, que " . . . las pruebas de autos ni siquiera deben ser analizadas como fundamento del fallo consultado porque fueron el producto de un auto manifiestamente ilegal o constitutivo de un error de derecho al faltar gravemente a la regularidad impuesta por el artículo 174 y para obedecer como es debido al artículo 183 del Código Judicial que manda desestimar las pruebas ilegalmente producidas".

2. Explanando su tesis, asevera el Tribunal de Riohacha que el juez *a quo*, al proferir su auto de 2 de noviembre de 1976, por el cual recibió el proceso a pruebas por el término de 40 días para practicar en él las que allí determinó, infringió "claramente el régimen probatorio actual, que no divide la obtención de pruebas en dos etapas como lo hacía el Código Judicial derogado: término para recibir solicitudes de las pruebas y para practicarlas. El Código Judicial vigente establece que las pruebas se solicitarán en la demanda y en la contestación de la demanda y que se practicarán en el término legal asignado a cada clase de juicio. O sea, —agrega— en el caso examinado no se debió abrir el juicio a prueba, sino decretar las solicitadas en la demanda, para que fueran practicadas en cuarenta días . . .".

Cree pues el Tribunal que el juez de la primera instancia, al proferir el auto referido, "violentó las normas sobre la regularidad de la prueba porque dispuso un término adicional, ilegal para recibir solicitudes de pruebas, abriendo la causa para este efecto, sin tener en cuenta que el Código Judicial actual eliminó esta etapa del término probatorio, y sin decretarlas expresamente, que se practicarán en el mismo término de cuarenta días que le asignó a la apertura . . .".

3. Relacionando su anterior consideración con la preceptiva de los artículos 174 y 183 del Código de Procedimiento Civil, conforme a los cuales las pruebas sólo pueden ser apreciadas cuando ellas se hayan pedido y decretado oportunamente y en forma regular, concluye el Tribunal que como las aquí practicadas no lo fueron legalmente, ellas resultan "inapreciables"; y que, en tales circunstancias, "al carecer de fundamento probatorio la sentencia consultada, ésta debe ser revocada".

III

El recurso extraordinario

1. Como ya está dicho, contra la sentencia extractada interpuso casación la parte demandante. En la respectiva demanda y con fundamento en la primera de las causales que consagra el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, los recurrentes formulan un solo cargo al fallo de segundo grado.

Mediante él lo acusan de ser indirectamente violatorio, por falta de aplicación, de los artículos 762, 981, 2512, 2516, 2521, 2531, 2532 del Código Civil; 413 del de Procedimiento Civil, y 2º de la Ley 50 de 1936, como consecuencia, dicen los recurrentes, del "error de hecho, manifiesto y grave" en que habría incurrido el Tribunal "por falta de apreciación de las pruebas

solicitadas en la demanda, por la parte demandante".

2. En desenvolvimiento del cargo la censura, luego de insistir en que hubo error de hecho, por cuanto las pruebas referidas "no fueron apreciadas por el Tribunal Superior de Riohacha, como si no hubieran sido producidas o no existieran en la realidad procesal", asevera que como las aquí pedidas lo fueron oportunamente, o sea en la demanda; que como también se decretaron y practicaron en el término indicado por la ley para ello, corresponde analizarlas en su mérito demostrativo.

"Basta analizar la realidad procesal, —dice el casacionista— para darnos cuenta a simple vista, que la providencia proferida por el juzgado del conocimiento (alude al auto de apertura a prueba), no está viciada de los vicios (sic) a que se refiere el honorable Tribunal, ya que, solamente, empleó el término de *ábrese a prueba,* por el término de 40 días, que concuerda con lo establecido en el artículo 405 del Código de Procedimiento Civil ..."; que, "lo que quiso significar el señor juez con el empleo de la palabra *ábrese* es el de que las pruebas deberían practicarse dentro de dicho término que es el que la ley establece, y nunca como lo dice el Tribunal de que era para que se pidieran y practicaran pruebas, porque como muy bien se ve en la realidad procesal, las pruebas fueron pedidas en la demanda, conforme lo dispone el nuevo Estatuto de Procedimiento Civil, y practicadas dentro del término fijado de 40 días. Por consiguiente, —concluye—, su no apreciación de estas pruebas, pedidas oportunamente, practicadas dentro del término legal, el honorable Tribunal incurrió en el *error de hecho, manifiesto y grave* que establece la *primera causal de casación*".

3. Después de referirse la censura a la práctica de la inspección judicial, el dictamen pericial y a los testimonios de Lorenzo Barros y José Gómez Pimienta, y de compendiar su contenido, afirma que con estos elementos de juicio aparece suficientemente demostrada la posesión que los demandantes tienen sobre el predio "Varsovia"; y que como a la posesión de éstos debe agregarse la que sobre el mismo fundo ejercitó Carmelina Barros de Bustamante, quien vendió a aquéllos las mejoras según documento privado de 27 de julio de 1975, es procedente decretar la pertenencia suplicada. Que como así no lo hizo, el Tribunal terminó quebrantando, por inaplicación, las normas sustanciales cuya violación denuncia en el encabezamiento del cargo.

IV
Consideraciones de la Corte

1ª Como ya está sabido, en los países cuyas legislaciones consagran el sistema de casación puro, este recurso extraordinario se establece para entender tan sólo de las cuestiones de derecho, a tal punto que el examen de los hechos queda total y absolutamente eliminado de su esfera jurídica. A la luz de dicho sistema, la actividad unificadora de la jurisprudencia la cumple la casación, pero con total prescindencia de la apreciación que de la cuestión fáctica haya hecho el sentenciador de instancia.

Sin embargo, la doctrina se vio muy pronto ante la evidente dificultad de separar entre la *quaestio facti* y la *quaestio juris,* como medio para prescindir absolutamente de aquélla en casación, cuya finalidad es, en últimas, la tutela del derecho objetivo. Advirtióse, por tanto, la necesidad de abrir el campo de la casación para el examen excepcional de hechos, pues que, se dijo, si el juez parte de premisas falsas con respecto a ellos y este yerro motiva la trasgresión del derecho sustancial, la casación no puede cumplir a cabalidad sus fines de nomofilaquia y de unidad interpretativa de la jurisprudencia; para resolver el problema planteado, en su sazón se estableció el sistema ecléctico de la casación, que es el que campea en las legislaciones contemporáneas, en el cual se autoriza, si bien limitado y excepcionalmente, el examen de las cuestiones de hecho.

Impónese aceptar, entonces, que dentro de este sistema ecléctico de la casación, que es el adoptado por la legislación colombiana, a la violación del derecho sustancial puede llegarse por dos vías diferentes: la directa o la indirecta. Preséntase la primera forma cuando el juzgador, prescindiendo del problema probatorio, deja de aplicar en su sentencia un texto legal de naturaleza sustancial que ha debido emplearse en ella, o lo aplica pero dándole un alcance que no tiene, o hace obrar en el caso litigado un precepto legal impertinente; y ocurre la segunda forma, es decir, la indirecta, cuando la equivocada aplicación de la norma sustancial o su no aplicación es el resultado de los yerros en que incurre el fallador en el campo probatorio.

2ª *En la determinación que el juez haga de la situación fáctica concreta a fin de subsumirla en la voluntad abstracta de la ley, es posible que incurra en errores, ora en cuanto a la existencia física de las pruebas en el proceso o en la objetividad que ellas demuestran, o ya en la valora-*

ción de los medios que tiene por existentes, yerros que lo conducen, por contragolpe, a violar indirectamente la ley sustancial. Se dice en tales casos, que esta forma de quebranto es la resultancia de un error manifiesto de hecho o de uno de derecho en la apreciación de los medios de prueba aducidos para demostrar los supuestos fácticos alegados como fundamento de la pretensión o de la excepción.

Como lo ha dicho insistentemente la jurisprudencia de la Corte, ocurre el error de hecho *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. Lo cual significa que el error de hecho equivale al desacierto del sentenciador en la contemplación objetiva de la prueba; al paso que el error de derecho se traduce en la desacertada contemplación jurídica de ella: el primero es el yerro sobre la existencia o el contenido de la prueba; el segundo, sobre la valoración de ésta, según el sistema legal regulativo del medio probatorio.*

3ª *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 existen 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 lo 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.

4ª *Entendida así la esencia de los dos diferentes yerros de apreciación probatoria, prontamente se advierte que en el caso presente el censor denuncia antitécnicamente como error de hecho lo que podría estructurar uno de derecho.*

En efecto. No es verdad que el sentenciador hubiera dejado de ver, y por ende de apreciar en su fallo, las pruebas pedidas en su demanda por los solicitantes de la pertenencia, las que por cierto fueron decretadas y practicadas oportunamente. Lo que sucede es, según se infiere del contexto de su sentencia, que partiendo de la existencia de ellas en el proceso, por lo que se descarta al error de hecho, no les dio valor probativo por estimar que se habían producido ilegal e irregularmente; y este presunto yerro del ad quem, *por referirse a las normas legales reguladoras de la actividad probatoria, sería de derecho, el que la Corte sólo podría considerar a través de su pertinente planteamiento en casación.*

5ª *Pero si con criterio de amplitud la Corte debiera entrar a estudiar el yerro denunciado, interpretando que lo ha sido como de* jure, *tendría que decir que si bien es verdad que el Tribunal incurrió inexplicablemente en él, pues no advirtió que las pruebas sí fueron pedidas, decretadas y practicadas en las oportunidades que para el caso señale la ley, la sentencia recurrida no podría casarse por la muy sencilla razón de que el error deducido resulta intrascendente. El error de derecho, como todo yerro de apreciación probatoria, sólo funda el recurso de casación y da lugar al quiebre de la sentencia de instancia cuando repercute o incide en la decisión, a tal punto que sin él el juez habría fallado el pleito en sentido diverso a como lo hizo.*

Y es intrascendente el error apuntado porque en el presente caso los demandantes no pueden unir a la posesión suya la que ejercitó sobre el inmueble Carmelina Barros de Bustamante, pues no se ha probado que entre aquéllos y ésta existió un vínculo jurídico que, según lo preceptuado por los artículos 778 y 2521 del Código Civil, es indispensable para que se configure el fenómeno de la agregación de posesiones.

Precisando el contenido y el alcance de dichas dos normas, ha dicho la jurisprudencia que ellas establecen dos reglas, a saber: "es la primera la de que la posesión de una cosa principia para toda persona desde el instante en que ésta comienza a ejecutar o cumplir los hechos que la constituyan, y la otra consagra la facultad que a tal persona se otorga para poder agregar al tiempo de su posesión el de su antecesor cuando la cosa ha sido poseída sucesivamente y sin interrupción, por dos o más personas; pero para usar de esta facultad es de rigor que quien la ejercita suceda a su antecesor en esa posesión

a título universal o singular, es decir, por herencia, venta, permuta, etc., y que además justifique la existencia de un título de las ya expresadas calidades, pues de lo contrario los períodos de tiempo de posesión del sucesor y del antecesor quedarían desvinculados entre sí, por carecer de razón o causa determinantes del derecho de añadirlos o sumarlos entre sí'' (LIX, 844).

6ª *Hase dicho, en efecto, que las plantas son inmuebles por incorporación, mientras adhieren al suelo por sus raíces, salvo que estén en macetas y cajones que puedan transportarse de un lugar a otro o que se trate de muebles por anticipación (artículos 657 y 659 del Código Civil).*

De lo cual se sigue que, como lo ha pregonado la Corte en muchas oportunidades, las mejoras existentes en las fincas son bienes inmuebles, lo mismo que las casas de habitación, silos, establos, pastos y sementeras de carácter permanente que se construyen y siembran en los terrenos.

Siendo pues las mejoras bienes raíces, es forzoso aceptar que, como inmuebles que ellas son, su compraventa debe otorgarse por escritura pública para que el contrato se repute perfecto ante la ley; y que para la tradición de su dominio, es necesario el registro de dicho instrumento público en la correspondiente oficina. Esta es la prueba que no aparece en el presente caso y por consiguiente queda sin piso la agregación de posesiones que en su favor invocan los demandantes de la pertenencia, en virtud de que, dicen, ellos compraron por documento privado en julio de 1975 a Carmelina Barros de Bustamante la posesión de las mejoras existentes en la finca ''Varsovia''.

Cuando, como ocurre en el caso de compraventa de inmuebles según ya se ha dicho, es la misma ley la que en consideración a la naturaleza del acto exige una prueba específica para demostrarlo judicialmente, esta prueba no puede suplirse por otro medio (artículos 187 y 265 del Código de Procedimiento Civil); y si el juez, con olvido de la restricción probatoria indicada, da por existente el acto con medio probativo diferente, con su conducta infringe las normas legales reguladoras de la actividad probatoria. Para no incurrir en el apuntado quebranto no puede atribuirse, en el presente caso, valor demostrativo al documento privado de 27 de julio de 1975, en el cual los demandantes fincan su alegado derecho de propiedad sobre las mejoras existentes en el inmueble que pretenden usucapir.

7ª Conclusión de lo dicho es la de que el cargo que se considera está destinado a su insuceso.

V
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 fecha veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos setenta y siete (1977) proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha en este proceso de pertenencia.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen.

Alberto Ospina Botero, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Ricardo Uribe-Holguín.

Carlos G. Rojas Vargas
Secretario General.

FILIACION NATURAL Y DERECHOS HEREDITARIOS DEL HIJO NATURAL

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., julio 19 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

I
La litis

1. El 26 de noviembre de 1956 las entonces menores Flor Mélida y Yolanda Sonia Ramírez, por intermedio del curador *ad litem* que les designó el juzgado, promovieron proceso ordinario contra la viuda y los hermanos de Francisco Tobar Velasco, como herederos suyos, y contra otras personas a las que señalaron como poseedores de bienes relictos, en la que formularon súplicas reivindicatorias, como principales, y en subsidio solicitaron que se las declarase hijas naturales del causante y que en esa calidad tenían mejor vocación hereditaria que los demandados, como consecuencia de lo cual éstos debían ser condenados a restituirles tales bienes. Contra la cónyuge sobreviviente, no formularon ninguna pretensión restitutoria.

2. Durante la larguísima tramitación a que inexplicablemente estuvo sometido el proceso, las demandantes por conducto de su curador *ad litem* y con autorización del juzgado, transigieron sus diferencias con muchos de los demandados y en tal virtud desistieron de las pretensiones de orden patrimonial que habían formulado contra ellos. "En consecuencia —dijo el juez del conocimiento, Décimo Civil Municipal de Cali, en auto del 13 de marzo de 1969—, este negocio continuará teniendo como demandados a María Luisa Bonilla viuda de Tobar, Carlos Escobar Pizano, Limbania Lorza de Murgueitio, Raúl Jaramillo J. y Maura, Cecilia y Raquel Villamarín Silva, quedando afectos al juicio los bienes citados en los ordinales a, b y c del referido oficio 508".

Culminó finalmente la primera instancia con el fallo proferido por el Juez Once Civil del Circuito de Cali el 10 de febrero de 1975, en el que resolvió, en síntesis, lo siguiente:

a) Declarar que las demandantes son hijas naturales de Fernando Tobar Velasco;

b) Declarar, igualmente, que en esa calidad las demandantes "tienen derecho a heredar los bienes de su padre natural ya citado, en asocio de la esposa legítima de dicho causante señora María Luisa Bonilla viuda de Tobar Velasco, de conformidad con las reglas que regulan la sucesión intestada cuando el causante no deja herederos legítimos";

c) Condenar a los demandados "señora María Luisa Bonilla viuda de Tobar, Carlos Escobar Pizano, Limbania Lorza de Murgueitio, Raúl Jaramillo J. y Maura, Cecilia y Raquel Villamarín la cuota de los bienes pertenecientes a la sucesión del referido causante Fernando Tobar Velasco, una vez ejecutoriada esta sentencia, teniendo en cuenta que como dichos demandados son poseedores de buena fe, lo mismo que los frutos naturales y civiles que dichos bienes hubiesen podido producir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder las demandantes, pero únicamente a partir de la notificación de la demanda";

d) Dejar a salvo "los derechos de Limbania para reclamar su derecho (sic) de su vendedor señor Alfonso Palacios Santacoloma";

e) Comunicar lo resuelto en la sentencia al Registrador de Instrumentos Públicos correspondiente, y

f) No hacer condenación en costas.

4. De esa decisión apelaron únicamente las tres Villamarín, Limbania Lorza de Murgueitio y las dos demandantes.

5. Una vez concluida la tramitación de segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en sentencia del 17 de marzo de 1977 la revocó y en su lugar dispuso lo siguiente:

a) Negó las súplicas principales de la demanda;

b) Declaró que las demandantes son hijas naturales de Fernando Tobar Velasco;

c) En consecuencia, les reconoció el derecho a heredar al causante de acuerdo con las reglas de la sucesión intestada, en concurrencia con la cónyuge sobreviviente, en vista de que aquél no tenía ascendientes ni descendientes legítimos;

d) Declaró que "pertenece a las demandantes ... el derecho de dominio poseído por el señor Raúl Jaramillo J., ubicado y alinderado como aparece en el hecho 4º, numeral 'III' de la demanda";

e y f) Como consecuencia de la declaración anterior, condenar al citado Jaramillo, considerándolo poseedor de buena fe, a restituir el bien aludido junto "con los frutos naturales y civiles, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del auto de obedézcase y cúmplase";

g) "*Niéganse* las solicitudes de reivindicación intentadas contra Limbania Lorza de Murgueitio, Carlos Escobar Pizano y Maura, Cecilia y Raquel Villamarín Silva ... En consecuencia, se *absuelve* a esos demandados de los cargos formulados contra ellos en la demanda";

h) "Condénase a las demandantes a pagar a las personas absueltas en el punto anterior las costas de ambas instancias, en cuanto esas costas digan relación con tales personas;

i) Librar oficio a los Notarios Segundo y Tercero de Cali "para los efectos del artículo 60 del Decreto 1260 de 1970";

j y k) Ordenar la cancelación del registro correspondiente al inmueble de Raúl Jaramillo y el de la demanda.

6. Contra la sentencia que acaba de mencionarse sólo interpusieron recurso de casación las demandantes; sin embargo, la Corte hubo de declarar desierto el de Flor Mélida, quien cambió de apoderado judicial y no presentó su demanda dentro del traslado que al efecto se le corrió. En aquel recurso se atacó únicamente lo decidido por el Tribunal en los literales g y h de la sentencia que anteriormente se dejaron transcritos.

7. Por consiguiente, el presente recurso extraordinario está circunscrito a la demanda de Yolanda Sonia y en cuanto concierne a los dos numerales que se acaban de mencionar.

8. Sobre las bases expuestas, se resumen enseguida los hechos que conforman la *causa petendi* de la demanda, en cuanto dicen relación a las demandantes y a los demandados que fueron absueltos por el Tribunal, teniendo en cuenta, en primer término, que las partes en el proceso se conformaron con la declaración de filiación natural pedida en la demanda.

a) En la sucesión de Fernando Tobar Velasco, quien murió intestado en 1950, tramitada en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali y luego protocolizada en la Notaría Tercera de la misma ciudad mediante Escritura número 2500 otorgada el 25 de agosto de 1956, se presentaron como únicos interesados su viuda y sus hermanos legítimos Carlos Gustavo, Zoila, Ramón y Beatriz, quienes fueron reconocidos como herederos en su carácter de tales (hechos 1º a 3º);

b) En ese proceso fueron inventariados los bienes que se indican en los numerales I a VI del hecho 4º de la demanda;

c) "Antes de la partición de bienes en la sucesión de don Fernando Tobar Velasco, los cuatro hermanos de éste ..." vendieron sus derechos herenciales a Carmen Rosa Ramírez, en un 50% y a Alfonso Zorrilla Cruz en un 12%, respectivamente, y el juzgado que conocía del proceso los reconoció como cesionarios de tales derechos (hecho 5º);

d) Los cuatro hermanos del causante, su cónyuge y los dos cesionarios citados en el punto anterior cedieron a su turno a Miguel Velasco los derechos que pudieran corresponderles "en el inmueble determinado bajo el numeral 'II' del hecho '4º' de esta demanda, por lo cual éste fue debidamente reconocido como cesionario" (hecho 6º);

e) El bien señalado en el numeral I del hecho 4º de la demanda se adjudicó en la partición de los bienes sucesorales del causante, proindiviso y en distintas cuotas para cada uno, a los cuatro hermanos del causante (hechos 7º a 10).

Carlos Escobar Pizano "es el poseedor real e inscrito de una parte del inmueble número I antes mencionado", comprendida dentro de los linderos que se expresan en el hecho 16;

f) En la misma partición se adjudicó al cesionario Alfonso Zorrilla Cruz el inmueble indicado en el numeral III del hecho 4º del libelo (hecho 12).

Raúl Jaramillo J. "es poseedor real e inscrito de este inmueble" (hecho 19);

g) El bien determinado bajo el numeral II se adjudicó en la citada partición al cesionario Miguel Velasco.

Limbania Lorza de Murgueitio, por una parte, y Maura, Cecilia y Raquel Villamarín Silva, por la otra, son poseedoras "reales e inscritas" de dos lotes de terreno que formaban parte del que acaba de mencionarse, cuyos ubicación y linderos se indican en los hechos 17 y 18 de la demanda.

9. Junto con el libelo se presentaron como pruebas, entre otras, cuatro certificados del Registrador de Instrumentos Públicos de Cali y

uno del de Santander, tendientes a demostrar las cesiones de derechos herenciales, las adjudicaciones en la partición y las ventas de inmuebles, en virtud de las cuales quedaron como poseedores inscritos las personas que señala la demanda respecto de los bienes que allí se indican. En el cuaderno número 9 obran copias registradas de las respectivas escrituras.

10. Con apoyo en los hechos que se dejan resumidos, Flor Mélida y Yolanda Sonia Ramírez formularon en su demanda diversas *pretensiones,* unas principales de tipo reivindicatorio que fueron rechazadas en su totalidad por el Tribunal (sin que sobre ese aspecto se formule reparo alguno en la demanda de casación) y otras subsidiarias. De estas últimas prosperaron las dos primeras, tendientes a que se las declarase hijas naturales de Fernando Tobar Velasco y a que en esa calidad, en concurrencia con la cónyuge supérstite, se reconociera su derecho a heredarlo siguiendo las reglas de la sucesión intestada. Estas decisiones se encuentran en firme, una vez que la parte demandada no recurrió en casación.

La súplica tercera subsidiaria de petición de herencia contra Ramón, Beatriz y Zoila Tobar Velasco y los herederos de Carlos Tobar Velasco fue objeto de la transacción y del desistimiento de que se habló en el punto 2 de esta providencia.

La petición cuarta subsidiaria, excluyendo de ellas a las personas con las cuales se celebró la transacción antes comentada y respecto de las que las Ramírez desistieron de sus pretensiones, en lo pertinente dice así: "Condenar a los demandados ..., Carlos Escobar Pizano, Limbania Lorza de Murgueitio, Maura, Cecilia y Raquel Villamarín Silva y Raúl Jaramillo J. a restituir a las demandantes señoritas Flor Mélida Ramírez y Yolanda Sonia Ramírez (a ambas o a una de ellas), dentro de los tres días siguientes al del registro de la sentencia que se dicte, los bienes que pertenecieron a la sucesión de don Fernando Tobar Velasco, que adquirieron directa o indirectamente de Carlos Gustavo, Ramón, Beatriz y Zoila Tobar Velasco, de los que están en posesión real y efectiva, según lo relacionado en los hechos 11, 15, 16, 17, 18 y 19 de esta demanda, con sus frutos naturales y civiles, a partir de la notificación de ella, hasta la fecha de la restitución".

Las súplicas restantes versan sobre cancelación de los registros efectuados a favor de los demandados y la de la demanda, y comunicación a los Notarios Segundo y Tercero de Cali, "al tenor y para los efectos del artículo 33 del Decreto 1003 de 1939", respecto de cuyos pronunciamientos por parte del Tribunal no se ha formulado ataque alguno en este recurso.

11. Los demandados contestaron el libelo de esta manera:

Raúl Jaramillo se opuso, negó los hechos y denunció el pleito a su tradente Alfonso Bonilla Cruz (cuaderno número 1, folio 79).

Otro tanto hizo Limbania, quien denunció el pleito a Alfonso Palacios Santacoloma (folio 78); además propuso las excepciones que denominó "carencia de acción", "ilegitimidad sustantiva de la personería de la parte demandante", "petición de modo indebido" y "la innominada".

Carlos Escobar Pizano opúsose también a las pretensiones de la demanda, negó algunos hechos y respecto de los restantes se limitó a decir que ni los afirmaba ni los negaba y propuso como perentorias las excepciones de prescripción, transacción, "inexistencia de la obligación, la carencia de acción y de derecho" y la innominada.

Las Villamarín no contestaron la demanda, aunque su apoderado recurrió de algunas providencias y propuso también excepciones dilatorias que les fueron negadas.

12. Es oportuno ahora exponer las razones que tuvo el Tribunal para proferir su sentencia, pero únicamente en cuanto a la parte de ella que es objeto del recurso.

II

Motivación del fallo impugnado

El sentenciador comienza por estudiar la relación jurídico-procesal, que encuentra ajustada a derecho. Resume enseguida las súplicas y los hechos de la demanda y analiza las diversas pretensiones principales y subsidiarias en ella formuladas y dice que ella contiene "una acumulación de pretensiones subsidiaria o eventual, en que tanto el pedimento principal como el pedimento subordinado encuéntranse, a su turno, constituidos por nuevas acumulaciones. El primero, por una acumulación simple o concurrente de pretensiones de petición de herencia y reivindicación, y el segundo, por pretensiones de filiación natural, petición de herencia y reivindicación, acumuladas las dos últimas a la primera en forma sucesiva o consecuencial".

Más adelante agrega que "se instauró la pretensión de estado como subsidiaria de las de petición y reivindicación, con evidente desmedro de la lógica jurídica y distorsionándose de contera el orden mismo del proceso. Ahora bien.

Señalar lo anterior era necesario, no propiamente para puntualizar un error de la demanda, que al fin y al cabo fue un error deliberado, sino para establecer el fracaso de las pretensiones invocadas en el extremo principal de la acumulación y, como consecuencia de ello, la posibilidad sobreviniente de considerar el extremo subsidiario de la misma".

Luego de plantear la cuestión de hecho sobre la cual se desenvuelve el proceso advierte un error en que incurrió el juez de primer grado, consistente en que dentro de los demandados condenados a la restitución incluyó a la cónyuge sobreviviente de Tobar Velasco, siendo así que contra ella sólo se habían formulado las pretensiones de filiación natural y de reconocimiento de las demandantes como herederas de mejor derecho que los hermanos legítimos del mismo.

En cuanto a la cuestión que está *sub judice* ante la Corte el sentenciador se expresa así:

"*Pretensiones de reivindicación.* Como la anterior de petición de herencia, éstas son también efecto de la pretensión de estado. Y también en virtud de arreglo entre partes, procedente por las razones ya expuestas en acápite anterior, circunscritas quedaron a las siguientes personas: Limbania Lorza de Murgueitio; Maura, Cecilia y Raquel Villamarín Silva; Carlos Escobar Pizano y Raúl Jaramillo J.

"Ahora bien. De conformidad con la doctrina y la jurisprudencia cuatro son las condiciones requeridas para el buen suceso de la pretensión reivindicatoria, a saber: dominio en el demandante; posesión en el demandado; que se trate de una cosa singular reivindicable o de una cuota determinada de cosa singular; y que haya identidad entre lo que se reivindica y aquello que el demandado posee.

"Y examinadas cada una de las pretensiones reivindicatorias acumuladas concurrentemente en este punto de la demanda, a la luz de las condiciones o requisitos axiológicos señalados, este es el resultado que se obtiene:

"a) *Contra Limbania Lorza de Murgueitio.* Se busca reivindicar de esta demandada un lote de terreno del cual se dice que forma parte de otro de mayor extensión perteneciente a la sucesión del señor Fernando Tobar Velasco.

"Efectivamente, dentro del sucesorio del citado señor Tobar, su cónyuge sobreviviente, señora María Luisa Bonilla viuda de Tobar; sus hermanos Ramón, Carlos, Gustavo y Zoila Encarnación Tobar; su hermana Beatriz Tobar de Ricci; y los señores Carmen Rosa Ramírez y Alfonso Zorrilla, éstos, a su turno, cesionarios de los anteriores de derechos hereditarios, cedieron al señor Miguel Velasco sus derechos en la sucesión en cuanto ellos se radicaron en un predio urbano ubicado en el barrio de San Fernando de la ciudad de Cali, con cabida de 495 metros cuadrados y alinderado como se indica al hecho 4º, numeral "II", de la demanda. En tal virtud, en la partición correspondiente le fue adjudicado al señor Velasco el referido predio.

"El señor Miguel Velasco, por su parte, vendió dicho predio, así: la mitad, al señor Alfonso Palacios Santacoloma, quien luego de construir en ella una casa de habitación, vende tal inmueble a la señora Limbania Lorza de Murgueitio. En la otra mitad el señor Velasco edificó una casa de habitación, que más tarde enajenó a las señoritas Maura, Cecilia y Raquel Villamarín Silva.

"En consecuencia, la señora Limbania Lorza de Murgueitio es causahabiente de María Luisa Bonilla viuda de Tobar, cónyuge sobreviviente, Beatriz Tobar de Ricci, y Zoila, Ramón y Carlos Gustavo Tobar Velasco.

"Y, debe decírselo de una vez, igual sucede con las señoritas Maura, Cecilia y Raquel Villamarín Silva.

"Ahora bien. De conformidad con el artículo 20 de la Ley 45 de 1936, que subrogó el 1047 del Código Civil, 'si el difunto no deja descendientes ni ascendientes legítimos, le suceden sus hijos naturales y su cónyuge. La herencia se divide en dos partes: una para el cónyuge y la otra para los hijos naturales'.

"Ello quiere decir que en virtud del reconocimiento de las actoras como hijas naturales del fallecido Fernando Tobar Velasco, fueron desplazados de la sucesión de éste sus hermanos y quienes de ellos habían adquirido derechos hereditarios, mas no la cónyuge sobreviviente, porque de conformidad con la disposición citada ésta tiene derecho en concurrencia con aquéllas a la mitad de la herencia dejada por quien fuera su esposo.

"Y por lo mismo que solamente los hermanos del señor Fernando Tobar Velasco, sus intereses en la sucesión de éste, resultan afectados por el reconocimiento de las demandantes como hijas naturales del *de cujus,* conclúyese que en relación con el inmueble adquirido por la señora Limbania Lorza de Murgueitio ese reconocimiento únicamente les confiere a esas herederas de mejor estirpe derecho sobre una cuota parte de dicho bien, justamente la que correspondería a los refe-

ridos colaterales, mas no sobre la totalidad del mismo, toda vez que en él se encuentra incluida la cuota de la cónyuge sobreviviente, cuyo derecho no pierde su vigencia, no se extingue, por razón de la insurgencia en la sucesión de las hijas naturales.

"Naturalmente, al no tener las actoras más que un derecho de cuota parte sobre el bien adquirido por la señora Limbania Lorza de Murgueitio, tampoco pueden reivindicarlo para sí, como lo han intentado en el proceso, por lo mismo que no tienen título de dominio sobre la totalidad de él. Tenían que haber reivindicado la parte o cuota que les pertenecè, o también, haber reivindicado para la sucesión.

"De todos modos, la circunstancia anotada, en cuanto se traduce en la ausencia de un requisito fundamental de la reivindicación, concretamente el que se relaciona con el dominio del demandante sobre aquello que es objeto de la pretensión, hace impróspera la demanda en relación con la señora Limbania Lorza de Murgueitio e impone, como necesaria consecuencia de ello, el deber de absolverla de los cargos formulados contra ella en ese libelo.

"b) *Contra Maura, Cecilia y Raquel Villamarín Silva.* Es exactamente igual la situación de estas demandadas a la de la señora Limbania Lorza de Murgueitio, pues, como ya se explicó, el lote que de ellas se busca reivindicar integra, con el de la mencionada señora Lorza de Murgueitio, el predio que inicialmente enajenaron, en comunidad, la cónyuge sobreviviente y los hermanos del causante Fernando Tobar Velasco.

"Por consiguiente, iguales son las consideraciones que pueden hacerse en el caso de esta otra pretensión, y, desde luego, igual también la conclusión con relación a ella: que fracasa, por falta del requisito alusivo al dominio de las actoras sobre el lote que buscan reivindicar, pues que apenas son derechos de una cuota de él. A la cual debieron contraer su aspiración.

"c) *Contra Carlos Escobar Pizano.* Aunque no exactamente igual, sí muy similar a las anteriores es la situación de este demandado, en cuanto sólo una cuota del lote poseído por él estaría al alcance de las pretensiones reivindicatorias de las demandantes.

"Bastaría, para justificar este aserto, señalar que el citado Escobar Pizano adquirió su lote, no solamente de los hermanos del señor Fernando Tobar Velasco, señores Zoila, Ramón y Carlos Gustavo Tobar, y Beatriz Tobar de Ricci, sino también del señor Antonio Vernaza, pues ello permite establecer que sólo una parte de dicho inmueble tiene su procedencia en quienes, como simples colaterales, se ven ahora desplazados de la sucesión de su hermano por las hijas naturales de éste.

"Sin embargo, para mayor claridad y precisión he aquí el origen del mencionado lote: Antonio Vernaza y Fernando Tobar Velasco adquirieron en común y por partes iguales un predio ubicado en el barrio de San Fernando de esta ciudad. Muerto el señor Tobar Velasco, su cuota de mitad fue adjudicada dentro de la respectiva sucesión a sus hermanos Zoila, Ramón y Carlos Gustavo Tobar, y Beatriz Tobar de Ricci, con quienes, por tanto, pasó a quedar constituida la inicial comunidad, como quien dice, de una parte el señor Vernaza con su cuota de mitad, y de la otra, los ya nombrados adjudicatarios de la otra mitad. Posteriormente, los mencionados integrantes de la copropiedad enajenaron varios lotes extraídos del predio indiviso, entre otros, el que posee el señor Escobar Pizano.

"Tiene, pues, origen el dominio de este demandado en una comunidad singular, de la cual los herederos del señor Fernando Tobar Velasco son apenas integrantes. Así que sólo en la proporción en que esos herederos hayan concurrido a la referida copropiedad era dable a las herederas de mejor derecho perseguir el bien de cuya posesión se busca privar al señor Escobar Pizano.

"Fracasa, por tanto, por la misma razón expuesta para los dos casos anteriores, esta otra pretensión reivindicatoria".

III
El recurso de casación

En un capítulo de la demanda denominado "alcance de la impugnación", dice el recurrente: "La censura o impugnación de la sentencia tiene por objeto que se case parcialmente en lo que hace relación a los números 7 (siete) y 8ª de la sentencia de marzo 17 de 1977 y que, como el Tribunal de instancia, se confirme la del juez *a quo* en todas sus partes, a excepción de la condena de restitución en contra de la señora María Luisa Bonilla de Tobar, que solicitó se revoque, puesto que ella no fue demandada para restituir".

Como se dijo en un principio, este recurso está circunscrito a la demandante Yolanda Sonia Ramírez, cuyo apoderado judicial (ya que llegó a la mayor edad) formula contra la sentencia del Tribunal cuatro cargos, todos ellos dentro del campo de la causal primera de casación.

Aunque en tres de ellos se afirma que el quebranto de las normas legales que allí se indican

se produjo por la vía directa, es decir, con prescindencia de cualquier cuestión de orden probatorio, y en el restante se dice que la violación ocurrió en forma indirecta y como consecuencia de error de hecho en la interpretación de la demanda que dio origen al proceso, es lo cierto que todos giran alrededor del mismo fenómeno jurídico, y lo que es más, que se resienten del mismo error acerca de elementales normas de la técnica de casación. De esta suerte, resulta a todas luces innecesario que la Corte se refiera separadamente a cada acusación, en vista de que cabe despacharlas en forma conjunta.

Primer cargo. Se hace consistir en "violación directa de los artículos 946 y 950 del Código Civil, por indebida aplicación, y de los artículos 948 y 949 del Código Civil por falta de aplicación".

Al fundamentar su acusación dice la censura que los artículos 946 y 950 no eran aplicables al caso *sub judice,* porque ellos se refieren a la reivindicación de cosa singular y que Yolanda Sonia apenas "tiene derecho a ejercitar, según la ley, la acción de petición de herencia, tal como se solicita en la demanda, *para reclamar los bienes herenciales ocupados por otras personas* (se subraya), que alegan títulos de herederos, lo mismo que de sus causahabientes. Si el honorable Tribunal no hubiera aplicado los referidos textos, desde luego, que hubiera cedido a las pretensiones de la demanda y hubiera ordenado restituir los bienes herenciales ocupados por las personas demandadas que fueron absueltas".

Enseguida transcribe parcialmente el artículo 948 del Código Civil, en cuanto dice que el derecho de herencia no es susceptible de reivindicarse y que lo que éste produce es la acción de petición de herencia (incisos 1º y 2º), para aseverar que ese "texto es perfectamente aplicable al caso discutido, porque la ley señala el modo legal (sic) de ejercer la acción bajo el nombre de petición de herencia. Es la acción que corresponde a quien por ley o por testamento pertenece una herencia ocupada por otra persona que discute la calidad de heredero. Si el honorable Tribunal de Cali hubiera aplicado el precitado texto, sin lugar a duda, hubiera accedido a las pretensiones de la demanda".

Y concluye así: "La triple violación de las normas sustanciales que he dejado explicada, condujo al Tribunal a absolver a los demandados de los cargos formulados contra ellos en la demanda".

Segundo cargo. Viene formulado por la violación directa "del inciso 3º del artículo 76 del Código de Procedimiento Civil, de los artículos 1321, 1322 y 1323 del Código Civil, por falta de aplicación".

Comienza el recurrente por transcribir en lo que considera pertinente los textos legales mencionados, para concluir que ellos "son perfectamente aplicables al caso de autos porque el inciso 3º del artículo 76 ... establece que en la acción de petición de herencia basta que se reclamen en general los bienes del causante, la parte o la cuota parte que se pretende". A su juicio, estima que bastaban las declaraciones de filiación natural y de que las Ramírez tenían mejor derecho a heredar al causante que los hermanos de éste, para que los demandados estuvieran obligados a restituir los bienes herenciales que posean.

"Si el Tribunal hubiera aplicado los mencionados textos —agrega—, desde luego que hubiera ordenado a favor de mi poderdante la restitución de los bienes herenciales, la universalidad de los bienes. En lugar de lo anterior, indebidamente aplicó los textos de los artículos 946 y 950 del Código Civil, que hacen relación al derecho de dominio, cuyo objeto era una cosa singular, particular, determinada, cierta, pero no una universalidad de bienes que sólo son factibles de pedir mediante la acción de petición de herencia".

Tercer cargo. En este se afirma que el Tribunal, debido a "error de hecho en la interpretación de la demanda" violó indirectamente el inciso 3º del artículo 76 del Código de Procedimiento Civil y cometió "infracción indirecta de los artículos 1321, 1322 y 1323 del Código Civil, por falta de aplicación".

Al sustentar su ataque contra la sentencia, comienza por reproducir, casi en su integridad, las cinco súplicas principales de la demanda y luego hace otro tanto con algunas de las subsidiarias (1ª a 4ª) para copiar enseguida dos párrafos de la sentencia impugnada que sirvieron de fundamento al Tribunal para rechazar las pretensiones primeramente mencionadas.

Dice el recurrente: "Mi poderdante no tiene la calidad de dueño, como lo pretende el Tribunal, sino de heredero. En consecuencia la petición de herencia es una acción que corresponde únicamente al heredero, máxime cuando se halla concluida. Habiendo probado un mejor derecho a la herencia, *mejor que las otras personas que la ocupan en la calidad de herederos* (se subraya), de acuerdo con la ley, tiene derecho para que se le adjudiquen y restituyan las cosas hereditarias".

A renglón seguido afirma que a pesar de la claridad de la demanda, el Tribunal la interpretó

como de reivindicación cuando de su contenido se deduce inequívocamente que era de petición de herencia, y que esa mala interpretación constituye un flagrante error de hecho que lo condujo a violar las normas legales que indica en el cargo, o sea, a no aplicar el artículo 948 ni el 1321 del Código Civil.

Cuarto cargo. "Acuso la sentencia —se lee en la demanda— por violación indirecta de los artículos 946 y 1321 del Código Civil, por falta de aplicación, debido al error proveniente del concepto jurídico que se tiene acerca de la naturaleza de la acción, por indebida aplicación del primero y por falta de aplicación del segundo".

Comienza por transcribir de nuevo, en sus partes esenciales, las súplicas principales y subsidiarias de la demanda con que se inició el proceso y dice que el sentenciador procedió contra la verdad procesal al afirmar que como las demandantes sólo tenían un derecho de cuota parte en los bienes de Limbania no "pueden reivindicarlo para sí, por lo mismo que no tienen título sobre la totalidad de él, tenían que haberlo reivindicado para la sucesión". Y que este mismo razonamiento fue aplicado con relación a las Villamarín Silva y a Carlos Escobar Pizano "con algunas anotaciones específicas".

"Lo anterior —agrega el casacionista— es el resultado de no aplicar las más elementales reglas de la sana crítica en la apreciación del concepto jurídico referente a la naturaleza de la acción".

Dice enseguida que la acción de dominio y esto no fue tenido en cuenta por el fallador, tiene dos elementos esenciales: a) "uno petitorio declarativo del carácter de dueño de la cosa, que hace relación al demandante; b) Otro restitutorio de la cosa, que hace relación al poseedor" y que si falta cualquiera de ellos "la acción pierde su naturaleza reivindicatoria y degenera en otra distinta. "Advierte sí, que el demandante, para que prospere dicha acción", debe demostrar títulos anteriores a la posesión que acrediten su propiedad y que son las escrituras públicas de propiedad.

"2. En la acción de petición de herencia, como lo ordena la ley, se debe demostrar mejor derecho a una herencia ocupada por otra persona que discute la calidad de heredero. Demostrado este derecho, desde luego, nace para el heredero la acción para que se le adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias. En la petición de herencia, tal como lo dispone la ley, sólo basta que se reclamen los bienes del causante o la cuota parte que se pretenda, sin que el heredero tenga título de dominio como lo da a entender el Tribunal".

Afirma enseguida que si en ambas instancias se declaró que Yolanda Sonia era hija natural del causante, esa declaración llevó consigo la de que tenía mejor derecho a recoger la herencia que los hermanos legítimos del mismo, y por tanto, que estaba legitimada "para reclamar los bienes de la herencia ocupados por otras personas". Si el fallador hubiera aplicado al caso de autos correctamente la proposición jurídica establecida en el artículo 1321 del Código Civil, hubiera ordenado a favor de mi poderdante la restitución de los bienes ocupados por Limbania Lorza de Murgueitio, Carlos Escobar Pizano, Maura, Cecilia y Raquel Villamarín Silva.

"El error en el concepto jurídico referente a la naturaleza de la acción, propiamente es obrar en contra de la evidencia procesal. La naturaleza de la demanda es todo lo contrario de lo que significa el análisis lógico de su contenido. Este error de hecho del Tribunal en la apreciación de la naturaleza del concepto jurídico de la demanda es protuberante. La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el *dueño de la cosa singular,* de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla, *a diferencia de la petición de herencia, que es la acción que tiene el que probare mejor derecho a la herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero*" (subraya la Corte).

Por último agrega que la "acción de dominio se prueba por medio de títulos debidamente registrados y anteriores a la posesión del demandado. La acción de petición de herencia, para que ésta prospere, se necesita demostrar la calidad de heredero. La acción de dominio tiene por objeto de (sic) recobrar la cosa singular, en tanto que *la acción de petición de herencia tiene por objeto recuperar todas las cosas hereditarias en posesión del que alega título de heredero*" (se ha subrayado).

Ya para terminar su acusación expresa: "Como consecuencia del anterior error condujo (sic) al honorable Tribunal a violar el artículo 946 por aplicación indebida y el artículo 1321 del Código Civil, por falta de aplicación. Si al caso de autos hubiera aplicado el Tribunal esta última disposición legal habría accedido a las peticiones de la demanda. Pero el fallador, desde luego, confundió la naturaleza de las dos acciones: la consagrada en el artículo 946 y la consagrada en el artículo 1321 del Código Civil".

IV

Consideraciones de la Corte

Es bien sabido que al heredero le asisten diversas acciones para recuperar bienes heredita-

rios, unas que puede ejercitar *iure hereditario,* tales como las reivindicatorias y las posesorias que habría podido ejercer el causante si viviese. Otras, en cambio, les tiene *iure propio,* de conformidad con lo establecido en el Capítulo IV del Título VII del Libro III del Código Civil. En estas últimas cabe distinguir, porque así lo hace la ley muy claramente, quiénes son las personas contra las cuales pueden promoverse.

a) La de petición de herencia de que tratan los artículos 1321 a 1324, que debe ejercerse contra quien ocupa la herencia en calidad de heredero. Está legitimado para promoverla el heredero que tiene un derecho concurrente con el del demandado o uno mejor. Es acción destinada a tutelar el derecho real de herencia y de consiguiente la que asiste a un causahabiente a título universal para que se le restituyan los bienes hereditarios, en todo o en parte, que le corresponden en esa calidad;

b) La acción reivindicatoria que consagra el artículo 1325 del Código Civil, que es diferente a aquella de que trata el Título XII del Libro II. Esta última la pueden ejercer contra el titular del derecho de dominio de una cosa singular o de cuota determinada proindiviso de la misma contra el poseedor y también quienes tienen otros derechos reales, *excento el de herencia,* como expresamente lo estatuye el artículo 948. La primera, en cambio, sólo la puede intentar el heredero, no ya como la de petición de herencia contra ocupantes de ésta en calidad de herederos sino enfrente de *terceros* a quienes se hayan transferido cosas hereditarias reivindicables.

En consecuencia, se trata de dos acciones diferentes que el heredero está legitimado para ejercitar según sea la persona que posee o tenga en su poder las cosas hereditarias. De ahí que la norma diga que el heredero *podrá también* hacer uso de la acción reivindicatoria, a menos que profiera intentar la acción de que trata el artículo 1324 del Código Civil que no viene al caso en este proceso. Aunque en ambas acciones la legitimación para ejercerlas la tiene el *heredero,* por derecho propio, la legitimación en causa por pasiva es diferente: en la petición de herencia de que tratan los artículos 1321 a 1323 sólo la tiene el ocupante de la herencia a título de heredera; en cambio, en la otra acción, la de reivindicación del 1325, esa legitimación pasiva la tiene *el tercero* que tenga en su poder cosas hereditarias. Obsérvese que para la primera dispone el artículo 1321 que debe ser intentada contra la persona que ocupa la herencia en calidad de heredero, al paso que para la reivindicatoria del artículo 1325 dice que ella se intenta "sobre cosas hereditarias reivindicables que hayan pasado a terceros y no hayan sido prescritas por ellos".

En consecuencia, son tres las acciones que tiene el heredero *para recuperar bienes de la herencia,* todas ellas sometidas a normas diferentes, aunque tengan como factor común la persona que las puede intentar: el heredero.

1. La reivindicatoria, que la promueve *iure hereditario,* contra el poseedor de bienes que pertenecían al causante. Esta acción debe ejercerse para la herencia o para la sociedad conyugal, ambas ilíquidas, según el caso, y no para el heredero personalmente considerado.

2. La de petición de herencia (con la variante que establece el artículo 1324) que le instaura *iure propio,* contra la persona que invoca igualmente su calidad de heredero y que la posee en todo o en parte.

3. La reivindicatoria consagrada por el artículo 1325 del Código Civil, que adelanta el heredero también *iure propio,* no ya contra un heredero putativo o contra quien ocupa la herencia como heredero, sino contra un tercero que sea poseedor de cosas hereditarias a consecuencia de enajenaciones verificadas por aquél.

Respecto de esta última ha dicho la Corte: "La acción que establece el artículo 1325 del Código Civil la confiere al heredero contra terceros, y consiste en capacitarlo para reivindicar las cosas hereditarias que hayan pasado a éstos, es decir, que por no estar ya en manos del heredero putativo no hayan podido recuperarse por el verdadero en su acción de petición de herencia" (LIV, página 451 y LXIV, página 668).

Al aplicar al caso en estudio las nociones que se dejan expuestas se llega a la siguiente indudable conclusión: En las súplicas subsidiarias de su libelo, las demandantes acumularon sucesiva y consecuencialmente las acciones de filiación natural; como herederas de mejor derecho, la de petición de herencia contra los hermanos legítimos de su difunto padre, como herederos del mismo; y la reivindicatoria que consagra el artículo 1325 del Código Civil, contra terceros poseedores de algunos bienes relictos, por haberlos adquirido directa o indirectamente de los herederos putativos. La primera de tales acciones, esto es, la de filiación, prosperó en las instancias sin reparo alguno de los demandados. La de petición de herencia quedó definida por la transacción que celebraron los herederos putativos con las demandantes, a consecuencia de la cual éstas desistieron expresamente de proseguirla. No queda, pues, pendiente sino la de reivindicación del artículo 1325 que, según se vio, es la pertinente entre he-

rederos y *terceras personas* a quienes han pasado y poseen bienes herenciales.

En vista de lo atrás expuesto se ve, pues, nítidamente, que la controversia quedó circunscrita a las herederas del causante, en su calidad de hijas naturales del mismo, y los terceros actuales poseedores de algunos bienes herenciales. Tales terceros no son herederos de Tobar Velasco ni han alegado o pretendido tener esa calidad. Su derecho deriva de haberlo adquirido de buena fe ora de quienes fueron adjudicatarios de ellos en la partición de los bienes sucesorales, ya de cesionarios de éstos. De consiguiente, sin lugar a la menor duda, se está en presencia de la acción reivindicatoria que consagra el tantas veces citado artículo 1325 del Código Civil. Esta corporación ha dicho también que "por su índole jurídica la petición de herencia ha de encaminarse siempre contra quien la ocupa en calidad de heredero (1321 del Código Civil) y no contra ninguna otra persona" (casación civil, 3 de febrero de 1966, CXV, página 82).

La norma legal aplicable en este caso era pues el artículo 1325, que acaso pudo haber sido quebrantado por inaplicación de parte del Tribunal sentenciador. Las acciones reivindicatorias de que trata el Título XII del Libro II y de petición de herencia a que se refieren los artículos 1321 a 1323 del Código Civil están totalmente fuera de lugar. De esta suerte, caen por su base todas las acusaciones formuladas por el recurrente, en cuanto pretende que aquellas normas fueron violadas, porque omite señalar el quebranto de la norma legal aplicable al caso *sub judice*, o sea, el artículo 1325 del Código Civil.

Además de esta grave falla en la formulación del recurso, común a los cuatro cargos de la demanda y suficiente por sí sola para su fracaso, se observan las siguientes:

a) Cargo primero. Se acusa la indebida aplicación de los artículos 946 y 950 que no lo fueron, y la falta de aplicación de los artículos 946 y 949 que no eran aplicables al presente caso. El mismo recurrente, en ciertos pasos de su demanda de casación que la Corte ha transcrito y subrayado, manifiesta que su pretensión era de petición de herencia y no la reivindicatoria que regula el Título XII del Libro II del Código Civil;

b) Cargo segundo. El casacionista pretende que no fueron aplicados los artículos 1321 a 1323 del Código Civil ni el inciso 3º del artículo 76 del Código de Procedimiento Civil, todos ellos referentes a la petición de herencia, cuando ya quedó visto que esa no era la acción que la parte demandante tenía a su favor contra terceros poseedores de bienes hereditarios que no eran ni pretendían ser herederos del causante;

c) Cargo tercero. El quebranto de que se acusa a la sentencia del Tribunal en este cargo es exactamente igual al anterior, sólo que por error de hecho en la interpretación de la demanda. Por consiguiente militan las mismas razones expuestas para destacar la inanidad del segundo cargo que huelga repetir ahora, y sobra también, en esas condiciones, estudiar si en verdad se produjo o no esa pretendida equivocación al interpretar el libelo;

d) Cargo cuarto. En éste se pretende que el sentenciador violó, por no haberlos aplicado, los artículos 946 y 1321 del Código Civil, ninguno de los cuales era pertinente para el caso en litigio, como se dijo anteriormente.

La Corte ha dicho y repetido que el recurso de casación, como extraordinario que es, es estricto y riguroso, en el que prevalece el principio dispositivo. No puede, pues, salirse de los precisos límites que le señala el propio recurrente. De esta suerte, le está vedado enjuiciar la sentencia recurrida por aspectos diferentes a los que contempla la demanda.

Así pues, si la norma gobernadora de la relación sustancial entre la parte demandante y los demandados era el varias veces mencionado artículo 1325 del Código Civil, y en la demanda de casación ni se la menciona siquiera, resulta incuestionable que la acusación esté llamada al fracaso.

No obstante que no prospera ninguno de los cargos formulados a la sentencia del Tribunal, la Corte en su misión de unificar la jurisprudencia patria (artículo 365 del Código de Procedimiento Civil) se ve precisada a hacer las siguientes rectificaciones doctrinales.

1. *Dice el sentenciador que de conformidad con el artículo 20 de la Ley 45 de 1936 en una sucesión intestada en que no hay ascendientes ni descendientes legítimos del causante, la herencia se divide en dos partes, una para el cónyuge y otra para los hijos naturales. Sin embargo, la norma en cuestión contradice lo dispuesto por el artículo 23 de la misma ley, según el cual, la mitad líquida de la herencia corresponde íntegramente a los herederos llamados legitimarios, por cabezas o por estirpes, y que la cuota que a cada uno de ellos le cupiere en esa división se denomina legítima rigorosa. Según el artículo 1240 del Código Civil, los hijos naturales son legitimarios, quienes en virtud de lo dicho, tienen derecho a su legítima rigorosa. Pero además como*

descendientes del de cujus, *son acreedores también a la cuarta de mejoras al tenor del inciso final del mismo artículo 23 de la Ley 45.*

La aplicación aislada y exegética del artículo 20 que acogió el sentenciador, conduciría a violar la norma del artículo 23 (que es posterior) y a desvertebrar por completo la organización legal a que está sujeta la sucesión intestada.

A este respecto la Corte ha expuesto su criterio así: "la contradicción entre los artículos 20 y 23 de la Ley 45 de 1936 se presenta en razón de que, según el primero, al hijo natural le corresponde la mitad de la herencia en concurrencia con el cónyuge, al paso que, de conformidad con el segundo, tiene derecho a las tres cuartas partes de la misma, o sea a la mitad legitimaria y a la cuarta de mejoras.

"Ahora bien: como no puede admitirse que el legislador tuviera dos criterios distintos en relación con los derechos hereditarios del hijo natural, según que se tratara de sucesión testada o abintestato; *y como no puede suponerse que haya incurrido en la incongruencia de asignarle al hijo natural una cuota inferior a la mínima que le garantizó cuando es el causante quien dispone de sus bienes, hay que armonizar esas dos disposiciones entendiéndolas en el sentido de que el derecho del hijo natural, cuando el legislador hace asignación en defecto de la voluntad expresa del* de cujus, *no puede ser inferior al que, según el mismo legislador, tiene cuando aquél declara su voluntad por testamento. Toda interpretación que lleve a una solución distinta ha de ser rechazada; porque desconoce el espíritu de protección a los derechos del hijo natural en que se halla inspirada la Ley 45 de 1936. Sólo así se atiende al principio de hermenéutica contenido en el artículo 30 del Código Civil" (casación civil de 24 de febrero de 1970, CXXXIII, página 90).*

2. Si en verdad se hubiese tratado de la acción reivindicatoria que consagra el Título XII del Libro II del Código Civil, al tenor de lo que estatuye el artículo 949 ibídem no había habido inconveniente en reclamar la cuota determinada proindiviso de cosa singular que se intentó contra algunos de los demandados (artículo 949 ibídem).

3. Finalmente, si el juez de primer grado condenó a Escobar Pizano a restituir a las demandantes el bien que tiene en su poder y ese demandado no apeló al sentenciador de segunda instancia no le era dado absolverlo, como lo hizo, so pena de incurrir en *reformatio in pejus* (artículo 357 del Código de Procedimiento Civil).

Finalmente, en acatamiento a lo que ordena el artículo 76, en relación con el numeral 1º del artículo 95 del Decreto-ley número 250 de 1970, la Corte se ve en el caso de poner de presente dos protuberantes demoras que ha sufrido este proceso. La primera, imputable al Juzgado Once Civil del Circuito de Cali, consistente en que avocó el conocimiento de este proceso, por impedimento del Juez Décimo, según providencia del 6 de agosto de 1973, y tardó luego más de diecisiete meses, o sea, hasta el 25 de enero de 1975, en dictar otro auto en que se limitó a reconocer un apoderado judicial y a citar para sentencia (cuaderno número 1, 2 parte, folios 80 vuelto y 81).

La segunda es atribuible al Magistrado ponente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctor Sergio Rivas Rentería. En efecto, el negocio entró a su despacho para sentencia el 9 de mayo de 1975 y sólo vino a registrar proyecto veinte meses más tarde (cuaderno número 15, folio 13 vuelto).

Como consecuencia de todo 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 impugnada.

Sin costas por la rectificación doctrinaria.

Por la Secretaría sáquese copia de lo conducente en cuanto a las dos demoras mencionadas en la parte motiva de esta sentencia y remítase a la Procuraduría General de la Nación la que se refiere a la demora del Magistrado y a la Procuraduría Distrital de Cali la relativa al Juzgado.

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

Alberto Ospina Botero, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Ricardo Uribe-Holguín.

Carlos G. Rojas Vargas
Secretario.

CONTRATO DE SEGURO DE DAÑOS

El contrato sirve al asegurado para obtener una reparación, mas no para conseguir un lucro. El asegurador que pretenda excluir o reducir su responsabilidad, tendrá la carga de la prueba de los hechos o circunstancias constitutivos de exoneración o limitación de su responsabilidad en el pago del seguro.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, agosto 21 de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

Decídese el recurso de casación interpuesto por el demandante Agustín Parra Cuéllar contra la sentencia de 13 de abril de 1977, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario en que es demandada la sociedad Seguros Tequendama S. A.

I
El litigio

1. En demanda admitida por auto de 14 de marzo de 1974, dictado por el Juez Veintitrés del Circuito Civil de Bogotá, Agustín Parra Cuéllar demandó a Seguros Tequendama S. A. para que, rituado el proceso ordinario de mayor cuantía, se le condenase al pago de la suma de $ 607.244.04, valor de la diferencia entre el monto del seguro que tomó en aquella compañía aseguradora y la suma que le fue pagada ya, y, además, para que se le condene al lucro cesante y al daño emergente y a los intereses corrientes desde el día en que debió pagar su obligación.

2. Como hechos de la *causa petendi* el demandante alegó que con la sociedad demandada celebró contrato de seguro de incendio para asegurar el almacén "El Molino" de su propiedad, en Ibagué, así: las mercancías, por $ 900.000; los muebles y enseres, por $ 58.000, y por pérdidas indirectas, $ 190.000 (sic), por el lapso comprendido entre el 25 de enero de 1972 y la misma fecha de 1973. El 5 de mayo de 1972 se desató un incendio que consumió casi todas las mercancías aseguradas que, en ese momento, tenían un valor de $ 2.433.742.40. La compañía aseguradora, no obstante las sumas aseguradas por Parra Cuéllar, sólo le pagó $ 532.755.98, el 26 de septiembre siguiente y se ha negado a pagarle la diferencia que reclama. La demora en el pago del seguro y la suma irrisoria pagada por Seguros Tequendama S. A. han causado al demandante serios perjuicios "al punto que estuvo en la cárcel y debió iniciar concordato preventivo".

3. Con oposición de Seguros Tequendama S. A., que propuso excepciones, se adelantó la primera instancia que culminó con sentencia de 29 de agosto de 1976 en que se acogen todas las pretensiones del demandante, providencia contra la que la sociedad demandada interpuso el recurso de apelación que fue desatado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante fallo de 13 de abril de 1977 por el que revocó el apelado y absolvió a Seguros Tequendama S. A. Así las cosas, el demandante interpuso el recurso de casación contra lo resuelto por el *ad quem.*

II
Fundamentos de la sentencia del Tribunal

Después de encontrar reunidos los presupuestos procesales, expresa el fallador que los de la pretensión aquí deducida son: "a) La existencia del contrato de seguro debidamente probado, y b) el monto o cuantía de las pérdidas a fin de deducir si queda a favor del actor algún saldo cuyo pago deba cubrir la compañía aseguradora".

Luego, apoyándose en que el seguro es contrato que para el asegurado sólo puede generar

indemnización, afirma que el asegurador no está obligado a pagar suma que exceda la cuantía de la pérdida sufrida por aquél, como lo dispone el artículo 1977 del Código de Comercio; que al asegurado, específicamente en el seguro de almacenes, corresponde la prueba de la existencia y valor de los objetos asegurados al tiempo del siniestro (artículo 1085 ibídem); que, por su parte, el asegurador no está obligado a pagar, en ningún caso, suma superior al valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o por el beneficiario.

Al acometer el análisis del haz probatorio dice el Tribunal que, con la prueba decretada oficiosamente, quedó plenamente acreditado el contrato de seguro que, como fuente de las obligaciones que reclama, invoca el demandante; que al día siguiente de ocurrido el incendio que arrasó con el almacén de Parra Cuéllar, éste envió a los ajustadores elegidos por Seguros Tequendama una nota en que autorizaba a Marco A. Pinzón para representarlo en todos los asuntos relacionados con la liquidación de las mercancías; que esa labor ajustadora la llevó a cabo la sociedad "Ajustes Limitada", la que el 13 de septiembre de 1972 presentó a la compañía demandada el resultado de sus investigaciones y del estudio de la contabilidad y las declaraciones de renta del demandante, así: el valor de las mercancías en la contabilidad del asegurado fue castigado en la suma de $ 235.027, por encontrar erróneos algunos asientos, motivo que llevó a fijar la suma de $ 612.922.60 por el concepto de mercancías; $ 27.720 por muebles y enseres y $ 81.015.96, por pérdidas indirectas; que como, por otro lado, Parra Cuéllar había tomado otro seguro con la Suramericana de Seguros, el valor total del daño a cargo de Seguros Tequendama S. A., quedó fijado en la cantidad de $ 532.755.98, "cifra ésta que fue objeto de la petición de indemnización por parte del actor, hecha bajo la gravedad del juramento el 7 de septiembre de 1972 en la que se dice que la relación de bienes efectuada por aquel valor '... es una relación exacta y completa de todos los objetos existentes en el lugar al momento del siniestro; que no se ha incluido en ella objeto alguno que no fuera de mi exclusiva propiedad o que no estuviese allí en dicho momento y que no se han dejado de mencionar en ella objetos salvados y depositados en otros sitios' ".

"Con base en esta solicitud, hecha ante dos testigos, se pagó la indemnización al actor, según consta en recibo de descargo por indemnización visto a folio 29 del cuaderno número 1, en el cual se dejó constancia que el 3 de octubre de 1972 se entregó la suma de $ 532.755.00 a plena satisfacción y 'completo descargo de la reclamación hecha contra la precitada compañía sobre la póliza antes mencionada ...' admitiendo que la aludida póliza queda reducida en su monto de seguro, en igual cantidad a la indemnización arriba citada ...".

Enseguida dice el Tribunal que como no hay prueba de que el asegurado, al firmar la solicitud de indemnización por $ 532.755.98 y al suscribir el recibo por dicha suma, haya actuado con consentimiento viciado, tales documentos demuestran el cumplimiento de sus obligaciones por parte de Seguros Tequendama S. A., mas si se tienen en cuenta otros elementos probatorios como la declaración de Marco A. Pinzón (folio 130 del cuaderno 1), quien afirma que aquella "cifra fue convenida y aceptada por el asegurado Parra". De esto concluye el *ad quem* "que si el demandante, a quien correspondía la carga de la prueba, según el mencionado artículo 1077 debía establecer el monto de la pérdida a fin de determinar el valor real del siniestro, no adujo prueba alguna con tal finalidad y no desvirtuó la apreciación hecha por los ajustadores que fue aceptada por la persona que designó en su representación, señor Marco A. Pinzón, y por él mismo, al haber firmado la petición de indemnización contraída a la suma señalada por tales ajustadores, debe concluirse que la documentación aludida tuvo la virtualidad de descargar la obligación del asegurador de pagar, no la totalidad, sino el porcentaje que resultó en razón de la coexistencia de seguros también aceptada por el actor en la petición de indemnización (artículos 1094 y siguientes del Código de Comercio), la cual originó el pago que al demandante hiciera la compañía Suramericana de Seguros (folios 141, 142 y 143).

"Aceptándose, en gracia de discusión, que el finiquito dado por el asegurado no tuviera valor, no se aportaron, a juicio de la Sala, las pruebas de las cuales se pudiera deducir un valor real diferente al considerado por los ajustadores, advirtiéndose que en la *causa petendi* no se dijo nada al respecto, como tampoco se estableció que el castigo que aquéllos hicieran en la contabilidad hubiera sido injusto, luego debe admitirse que lo dicho por Arturo Raigosa en carta de 13 de marzo de 1973 (folio 35) debidamente reconocida, se ajusta a la realidad, o sea que la suma dicha se refería a acreencias personales y en efectivo 'que no pueden involucrarse dentro del movimiento de existencia'. Tema que fue objeto de

declaración detallada (folio 102) donde se dice que muchos de dichos créditos operaron solamente para asuntos contables, aunque algunos pudieron tener como fin la inversión en mercancías, afirmación que se hace con base en suposiciones".

Para terminar, el fallador de segundo grado expresa que si Parra Cuéllar encontraba perjudicial o injusta la labor de los ajustadores, ante quienes constituyó como su representante a Marco A. Pinzón, "no ha debido firmar ni la solicitud de indemnización ni el recibo de pago del seguro", o aportar la prueba idónea de que las mercancías incineradas tenían en el momento de ocurrir el siniestro, un valor superior al que les fijaron los ajustadores, lo que no se demuestra con las probanzas aducidas por el demandante. Concluye entonces la sentencia afirmando que "teniendo el contrato de seguro un objetivo meramente indemnizatorio, la condena hecha en la sentencia apelada no se fundamenta, por lo cual ha de revocarse para, en su lugar, absolver a la parte demandada de los cargos formulados en el libelo, con lo cual se aceptan, obviamente, los planteamientos de la defensa".

La demanda de casación

Tres cargos se formulan contra la sentencia del Tribunal, fundados todos en la causal primera y dirigidos a obtener el pago de la diferencia entre la suma entregada por la aseguradora y el valor real de las mercancías consumidas por el incendio, de los cuales se despachará sólo el final que la Corte encuentra fundado.

Tercer cargo. Con apoyo en la causal primera se denuncia violación indirecta, por falta de aplicación de los artículos 1603, 1613 y 1614 del Código Civil y 1079, inciso 2º, 1080, inciso 1º y 1077 del Código de Comercio y, por interpretación errónea, el artículo 1077 del Código de Comercio y, además, de los artículos 1602 del Código Civil, 187, 217, 258 y 271 del Código de Procedimiento Civil y 68, 72 y 1089 del Código de Comercio, todo a consecuencia de errores fácticos y de derecho.

En desarrollo del cargo expresa el censor que el artículo 1.077 del Código de Comercio impone al asegurado, en caso de siniestro, la obligación de acreditar la cuantía de la pérdida para que tenga derecho a indemnización. Que el Tribunal no tuvo en cuenta la reclamación que por el asegurado se formuló inicialmente (folio 177 del cuaderno 1), y en cambio consideró solamente la del folio 25 del mismo cuaderno, pues de haberlo hecho hubiera condenado a pagar solamente la diferencia entre el valor reclamado y el valor pagado extrajudicialmente. Que el Tribunal al momento de fallar no vio la cláusula 11 de las condiciones generales de la póliza, por la cual el asegurado, en caso de siniestro, contrae la obligación de formular, dentro de los 15 días siguientes, la reclamación con entrega de los documentos que demuestren las pérdidas, relacionando el valor de los objetos destruidos y precisando si existen otros seguros, ya que "no tuvo como valor de la indemnización las sumas indicadas en la reclamación que se ve a folios 177 y siguientes del cuaderno 1".

Luego afirma el recurrente que, a pesar de que es contradictorio, vago, incoherente e incompleto, el testimonio de Marco A. Pinzón (folio 130 del cuaderno 1), el Tribunal le dio pleno mérito, halló veraz su contenido. A continuación expresa cuál es el fundamento de cada una de estas descalificaciones del testimonio.

Pasa luego a impugnar la apreciación de la declaración rendida por Jesús Arturo Raigoza, que el censor encuentra igualmente contradictoria, vaga, incoherente e incompleta, pues como lo aceptó el Tribunal en su sentencia está basada "en suposiciones". Expresa que analizado su testimonio, su informe de 13 de septiembre de 1972 y su nota del 23 de marzo de 1973 que, respectivamente, se ven a folios 97, 15 y 35 del cuaderno 1, se concluye que a pesar de haber encontrado en el inventario de 1971 "registros aparentemente erróneos, "lo castigó en $ 235.027, y que no obstante que las compras hechas del 31 de diciembre de 1971 al 5 de mayo de 1972, por valor de $ 1.432.743.49, se encontraban respaldadas en el libro mayor, decidieron rechazar facturas que no encontraron correctas, como por pertenecer a años anteriores, castigó este renglón en un poco más de $ 300.000. Que a pesar de haberse convenido en la suma de $ 100.000 el riesgo de "muebles y enseres", Raigoza toma el precio de costo y lo castiga con un 20%. "El señor Raigoza después de un cruce de cuentas y valores llega a la conclusión de que el valor de la indemnización a cargo de Seguros Tequendama S. A., debe ser de $ 532.755.98 (folio 24, cuaderno 1), y llena una solicitud de indemnización que debe firmar el señor Agustín Parra Cuéllar (folio 25, cuaderno 1) con el fin de que se pague una parte de la indemnización.

"Que esta solicitud de indemnización hace parte del ajuste elaborado por el señor Raigoza, y que fue elaborada por ellos se prueba: no sólo con la coincidencia hasta en centavos del resultado del ajuste, sino con el contenido de lo afirmado

por el señor Raigoza (folio 32, cuaderno 1) cuando se refiere al 'formulario de solicitud de indemnización que hicimos llegar a ustedes' ".

De lo anterior concluye el censor que el *ad quem,* con quebranto del artículo 217 del Código de Procedimiento Civil, sobre testigos sospechosos; cometió "error de hecho al atribuirle pleno mérito probatorio" a las afirmaciones de Raigoza, sospechosas por razones de dependencia e interés con la aseguradora, que surgen del hecho de que ésta contrató los servicios de "Ajustes Limitada", sociedad de que es gerente el testigo Raigoza, por los cuales le pagó la suma de $ 17.463.

El censor insiste en que cuando el demandante recibió el pago que le ofreció la demandada, al firmar el finiquito "no tuvo la intención de declarar a paz y salvo a la aseguradora, sino la de llenar un requisito más para recibir aunque fuera parte de la indemnización, lo que se demuestra con la carta que el demandante envió, en octubre de 1972, a la sociedad demandada y que ésta presentó con el escrito de contestación a la demanda, documento aquel "que fue absolutamente ignorado por el Tribunal" y que está respaldado por otros escritos que obran a folios 32, 34, 35 y 188 del cuaderno 1. Dice luego que el *ad quem* cometió error fáctico al no aceptar como monto de la reclamación la cuantía fijada en el escrito que obra a folio 177 del cuaderno 1 y al acoger, con violación del artículo 258 del Código de Procedimiento Civil, la determinación o liquidación de la sociedad "Ajustes Limitada", con lo cual dividió una prueba que era indivisible. Que lo mismo ocurrió con los libros de contabilidad presentados por el demandante para justificar la cuantía de la reclamación que presentó y que obra a folio 177 del cuaderno 1, pues no se les dio el valor de plena prueba que les asignan los artículos 68 y 72 del Código de Comercio, sino que se les tomó parcialmente, siendo que si la aseguradora los consideraba mal llevados, debió rechazarlos en su totalidad y no limitarse a castigar el inventario por haber encontrado, a través de la gestión de los ajustadores, "registros aparentemente erróneos". Que el Tribunal interpretó equivocadamente el recibo que obra a folio 29 del cuaderno 1, al entender que por ese documento el demandante redujo el monto de lo reclamado por indemnización a la suma que por él declara recibida, siendo que en ningún momento de este largo debate ha dejado de insistir sobre el pago del seguro en la cuantía estimada en su reclamación inicial que obra a folio 177, intención que se deduce claramente de los documentos que obran a folios 30, 32, 34, 35 y 288 y el escrito dirigido a Asecolda con fecha de octubre de 1972, en el que el asegurado se muestra inconforme con el pago efectuado por la aseguradora.

"La anterior relación de pruebas que obran en el proceso —dice el recurrente— demuestra cuál era la verdadera intención del asegurado con relación al 'finiquito'; sin embargo, convendría indagar sobre la razón del recibo de descargo por indemnización (folio 29, cuaderno 1) y que según el Tribunal, el asegurado si no estaba de acuerdo no debió haber firmado. La razón no es otra, que la que los ajustadores al terminar su estudio de ajuste le hicieron firmar al asegurado una solicitud de indemnización que coincide hasta en centavos con el resultado del ajuste y naturalmente con base en esa solicitud efectuaron el pago. Procedimiento al cual tuvo que someterse el asegurado para recibir aunque fuera parte de la indemnización, pues en ese momento, estando a punto de volver a la cárcel por sus deudas civiles respaldadas con cheques, ejecutado y embargado (folio 27, cuaderno 1) y avocado a un concordato preventivo (folios 51 y siguientes, cuaderno 1) no se podía esperar una actitud distinta, que recibir la suma que le diera la aseguradora y desde luego firmar los documentos que exigiera la compañía para la entrega del respectivo cheque".

Endilga también el censor al Tribunal la comisión de errores de derecho, pues, en primer lugar, no acogió la presunción legal que establece el inciso 2º del artículo 1089 del Código de Comercio al disponer que se presume como valor real del interés asegurado el que las partes hayan acordado expresamente, lo que no obsta para que el asegurador pruebe que ese valor excede notablemente del valor real del interés asegurado, mas no que es inferior a éste. Que estando probado el contrato de seguro, el *ad quem,* en virtud de la mencionada presunción, debió tener como valor asegurado el que se estipuló en la póliza, pues no existe prueba de que este valor exceda notablemente del valor real. En segundo lugar, manifiesta el recurrente que se cometió error de derecho, porque sin violar el artículo 271 del Código de Procedimiento Civil que, entre comerciantes, dé pleno valor a los libros de comercio llevados en regla, no podía el Tribunal negar ese pleno valor probatorio a los libros del demandante en cuanto al valor de las mercancías que destruyó el incendio, valor que se fijó en la reclamación que obra a folio 177 del cuaderno 1. En tercer lugar se cometió error de derecho, porque aunque en apariencia son contradictorias la reclamación que inicialmente hizo el demandante (folio 177 del cuaderno 1) y la solicitud de in-

demnización (folio 25 del mismo cuaderno), varias pruebas demuestran que aquella fue "la real reclamación" y no ésta, que fue elaborada por los ajustadores nombrados por la compañía demandada, "solicitud que debió firmar Agustín Parra Cuéllar, pues de lo contrario ni hubiera recibido parte de la indemnización". El error consistió en tener "como reclamación la solicitud de indemnización".

"Como el Tribunal consideró que la prueba fundamental era la solicitud de indemnización (folio 25, cuaderno 1) y no la reclamación presentada (folios 177 y siguientes, cuaderno 1) ha violado las reglas de la sana crítica, y además le ha dado a la solicitud de indemnización el valor de una reclamación que lógicamente no puede tener".

IV
Consideraciones de la Corte

1. *El contrato de seguro de daños, según desde el ángulo que se le mire, es meramente indemnizatorio de todo o parte del perjuicio sufrido por el asegurado, o puede entrañar ganancia, pero sólo para el asegurador. Tal la razón para que el tomador, en caso de presentarse el riesgo, no pueda reclamar del asegurador suma mayor que la asegurada, así el daño haya sido superior, ni cifra que exceda del monto del daño, aunque el valor asegurado fuese mayor. El asegurado logra así, a través del contrato de seguro, la posibilidad de obtener la reparación del detrimento que sufra en su patrimonio a causa del acaecimiento del siniestro; su aspiración no puede ir más allá de alcanzar una compensación del empobrecimiento que le cause la ocurrencia del insuceso asegurado; el contrato le sirve para obtener una reparación, mas no para conseguir un lucro.*

El artículo 1088 del Código de Comercio estatuye:

"Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso".

Por el mismo motivo expuesto, tampoco puede el asegurado, cuando contrató con varios aseguradores la protección del mismo interés asegurable respecto del mismo riesgo, exigir a cada uno el pago del mismo daño, pues siendo para él el seguro de daños contrato de mera indemnización, en el caso de pluralidad o de coexistencia de seguros, los aseguradores sólo estarán obligados a resarcirle el perjuicio sufrido "en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos", como expresamente lo impera el artículo 1092 ibídem, y siempre que haya contratado de buena fe.

Repítese, entonces, que el asegurado tiene derecho al pago del siniestro, así: si la suma asegurada es superior al valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, o al del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido, sólo tendrá derecho a este último; pero si la suma asegurada resulta ser la inferior, entonces no podrá reclamar más, pues ella determina el límite cuantitativo de la responsabilidad del asegurador. La cuantía del perjuicio que sufra el asegurado, si no excede de la suma asegurada, determina el monto de la indemnización que debe pagar el asegurador.

2. *De lo anterior síguese por qué en seguros como el de incendio, el valor real de la cosa asegurada en el momento de acaecer el siniestro, no es su valor de costo menos el de su depreciación, si fue usada o ha envejecido, sino el valor de reposición, es decir, su valor actual de cosa nueva menos la depreciación normal. Animada de un claro propósito de equidad, la doctrina ha dicho con acierto: "el valor real de la cosa asegurada no es el precio que, al ocurrir el siniestro, se pudiera obtener de su venta como artículo de segunda, sino el valor de utilización que para el asegurado representa hoy en su patrimonio y lo que representará en el futuro. El valor real, pues, está, de una parte, en función de lo que el objeto valdría nuevo el día del siniestro y, de otra, de la depreciación que habría sufrido por efecto del uso".*

3. *Para hacerse acreedor al pago del seguro, el tomador debe demostrar, según lo ordena el artículo 1077 ibídem la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida. Por su parte, si el asegurador pretende excluir o reducir su responsabilidad, tendrá la carga de la prueba de los hechos o circunstancias constitutivos de exoneración o limitación de su responsabilidad en el pago del seguro. Si hecha oportunamente la reclamación, el tomador presenta al asegurador la prueba del acaecimiento del insuceso y de la cuantía de las cosas perdidas, éste dentro de los 60 días siguientes a la presentación de aquélla, deberá pagarle el valor del seguro (artículo 1080 ibídem). Por lo mismo, si el tomador es comerciante y acredita extrajudicialmente con sus libros y papeles de comercio, o con otras pruebas idóneas la cuantía de la pérdida, en tales circunstancias estaría a cargo del asegurador la comprobación*

de todo hecho que comporte disminución de esa cuantía.

4. Trasladando al caso de esta litis los anteriores principios doctrinarios, se tiene que por ser comerciantes tanto el demandante (certificado de folio 224) como la demandada (artículos 10 y 20-10 del Código de Comercio), los libros de comercio que aquél presentó para comprobar las existencias de su almacén al momento del siniestro, tienen pleno valor probatorio (artículo 68 ibídem). Además, los ajustadores afirmaron (folio 18) que "la reclamación de su asegurado fue presentada por el valor asegurado y en su apoyo fue entregado un balance de existencias para mayo 5 de este año, según el cual las existencias son de $ 1.262.092.85. Para sustentar este balance que adjuntamos, se acompañó a la reclamación el Libro Mayor, debidamente registrado ante la Cámara de Comercio de Ibagué, la declaración de renta para el año gravable de 1971, donde figura inventario para diciembre 31 del mismo año por la suma de $ 975.850.40, también acompañaron las facturas de compras en el lapso de tiempo comprendido entre la fecha del inventario y mayo 5, día del incendio".

Los ajustadores, alegando que en el sistema contable para el período 1970-1971 encontraron "registros *aparentemente* erróneos por la suma de $ 235.027.25" (subraya la Corte), castigaron con este valor el inventario a 31 de diciembre de 1971 que era de $ 975.850.40. El precio de las compras que de diciembre 31 a mayo 5 de 1972 fue de $ 1.432.743.49 "cifra que se encuentra respaldada en el libro mayor", fue reducida a $ 1.025.596.49 al decir de los ajustadores porque fueron rechazadas "las facturas que no encontramos correctas, ya sea por corresponder a años anteriores, etc.". Los registros de ventas en este mismo período alcanzaron a $ 1.206.838.98 que, aceptando una utilidad del 5% quedan ventas netas de $ 1.146.497.04. Con estas bases, los ajustadores fijan la pérdida de mercancías en $ 612.922.60 (folio 20 del cuaderno 1).

De lo anterior resulta que si el demandante comprobó que su inventario físico a 31 de diciembre era de $ 975.850.40, que las compras de diciembre 31 a mayo 5 de 1972 fueron de $ 1.432.743.49 y que las ventas fueron, en el mismo período, de $ 1.206.838.98, aún sin deducir la utilidad normal de ventas, las mercancías existentes al momento del incendio debían tener un valor superior a $ 1.200.000.00, pues no es posible castigar un inventario por asientos "*aparentemente* erróneos" y porque, de otro lado, no se demostró que esos asientos estuvieran indebidamente hechos. Del mismo modo el monto de las compras, que está respaldado con asientos en el libro mayor, no puede disminuirse con la simple afirmación del ajustador relativa a que algunas facturas correspondían a años anteriores y por otras causas que no fueron expresadas.

El monto del seguro de muebles y enseres también aparece castigado sin fundamento, pues no se podía tomar como base del valor real de aquéllos su precio de costo, sino el de reposición para luego castigarlo con el de depreciación. En cuanto al seguro por pérdidas indirectas se observa que no existe prueba para rechazar el monto del reclamo del asegurado, pues no tienen piso las razones dadas por la compañía "Ajustes Limitada".

Finalmente, a pesar de que la aseguradora sólo tenía plazo de 60 días para pagar el seguro y que el reclamo de éste se hizo el 15 de junio (folio 177), para el 7 de septiembre siguiente no había satisfecho esa obligación, por lo cual es menester concluir acorde con la lógica que la demora, de un lado, y la necesidad, de otro, impulsaron al asegurado a firmar el 7 de septiembre de 1972 la nueva solicitud de reclamo que obra a folio 25.

5. Erró pues doblemente el Tribunal al afirmar que el demandante, a quien correspondía demostrar "el monto de la pérdida a fin de determinar el valor real del siniestro, no adujo prueba alguna con tal finalidad y no desvirtuó la apreciación hecha por los ajustadores". El primer error salta a la vista, pues Parra Cuéllar presentó con su solicitud de pago del seguro (folio 177) los documentos que comprueban la cuantía de la pérdida. Y el segundo yerro también aparece probado, pues era la compañía demandada la que debía aportar las probanzas que fundaran los rechazos que hizo a las cuentas presentadas por el demandante.

No existiendo, en consecuencia, prueba de que los riesgos asegurados deben ser cubiertos en suma inferior a la asegurada, menester será casar la sentencia del Tribunal y confirmar la del *a quo*. Decisión que se toma con fundamento en lo arriba expuesto.

A mérito de lo dicho, 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 13 de abril de 1977, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y, en su lugar, actuando como Tribunal de segunda instancia,

Resuelve:

CONFÍRMASE la sentencia de 29 de agosto de 1975, proferida por el Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá, en sus apartes 1º, 2º, 3º y 5º, pues se revoca el 4º que, en cambio, quedará así:

4º CONDÉNASE también a la parte demandada a pagar a Agustín Parra Cuéllar, sobre las sumas a que antes fue condenada, intereses moratorios a la tasa del 18% anual, a partir del 30 de agosto de 1972.

Sin costas en el recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Alberto Ospina Botero, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Ricardo Uribe-Holguín.

Carlos G. Rojas Vargas
Secretario.

RESOLUCION DEL CONTRATO CON INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Necesidad de la reconvención judicial.

Reconvención judicial: la demanda ordinaria o ejecutiva no hace las veces de reconvención judicial.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., agosto 21 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe-Holguín.*

Decídense los recursos de casación interpuestos por las partes demandante y demandada contra la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario de Alfonso Van Hissenhoven contra la sociedad denominada "Agritécnica S. A.".

I
Antecedentes

1. En la demanda originaria del proceso se deducen las siguientes pretensiones:

"*Primero:* Que se declare resuelto el contrato de compraventa celebrado entre 'Agrícola Salazar S. A.', como compradora y Alfonso Van Hissenhoven Goenaga, como vendedor, sobre el inmueble que se determinará por su nombre, ubicación y linderos en la relación de hechos y contenido en la Escritura pública número cuatro mil cuatrocientos cincuenta y cinco (4455) de catorce (14) de octubre de mil novecientos sesenta y ocho (1968) de la Notaría Séptima (7ª) de Bogotá, registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Riohacha, Departamento de la Guajira, en el Libro I, Tomo XI, partida número 698, páginas 310/11 de 31 de octubre de 1968.

"*Segundo:* Que como consecuencia de la declaratoria de resolución del contrato, se condena a la sociedad 'Agritécnica S. A.' a restituir a Alfonso Van Hissenhoven la totalidad de los frutos.

"*Tercero:* Que se condene a la sociedad 'Agritécnica S. A.' al pago de los perjuicios por el incumplimiento del contrato que provoca la petición de resolución, como más adelante se expresará en los hechos.

"*Cuarto:* Que se condene a la sociedad 'Agritécnica S. A.' al pago de las costas, costos y agencias en derecho de la presente acción".

2. Como causa para pedir, invocó el demandante los hechos que se resumen a continuación:

a) Mediante la Escritura número 4455, otorgada en la Notaría Séptima de Bogotá el 14 de octubre de 1968, Alfonso Van Hissenhoven transfirió a título de venta a la sociedad por entonces denominada "Agrícola Salazar S. A.", hoy "Agritécnica S. A.", el dominio de un predio rural ubicado en el paraje de Guaracaca, corregimiento de Camarones, Municipio de Riohacha (Guajira), con cabida aproximada de 1800 hectáreas y comprendido en los linderos que en el hecho se indican;

b) Se estipuló como precio de la venta la cantidad de $ 700.000.00, "que el vendedor no recibió del comprador al momento de la firma de la escritura ..., pese a que en dicha escritura se dice que el vendedor recibió el precio a su entera satisfacción";

c) La sociedad compradora recibió, desde la fecha de la escritura de venta, la posesión material del inmueble vendido, y desde entonces ha devengado frutos que debe restituir al vendedor una vez decretada la resolución del contrato por falta de pago del precio.

3. La sociedad demandada contestó este libelo negando el hecho de no haber recibido el vende-

dor el precio estipulado y manifestando atenerse a lo que se pruebe respecto de los hechos restantes.

4. El Juez Noveno Civil del Circuito de Bogotá, quien conoció del proceso en la primera instancia, dictó sentencia absolutoria de la sociedad demandada, con costas a cargo del demandante.

5. Apelada esta decisión por la parte desfavorecida, el Tribunal Superior del correspondiente Distrito la revocó y, en su lugar, dispuso: "*Primero.* Declárase resuelto el contrato que se contiene en la Escritura pública número 4455 de 14 de octubre de 1968, entre el demandante Alfonso Van Hissenhoven Goenaga y la sociedad 'Agritécnica S. A.' en el negocio de la referencia. Comuníquese esta decisión al Notario Séptimo (7º) de Bogotá, y al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Círculo respectivo, para efectos pertinentes.

"*Segundo.* Condénase a la sociedad demandada a restituir al demandante, libre de gravámenes, el inmueble que fue objeto de la compraventa resuelta, y a pagarle en frutos la parte proporcional al saldo del precio que omitió pagar al vendedor. Para liquidar los frutos se seguirá el trámite del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil. La restitución y pagos que por este ordinal se decretan deberán efectuarse una vez ejecutoriada la providencia que aprueba la liquidación de los frutos, expensas, deterioros.

"*Tercero.* Cumplida íntegramente la condenación contenida en el punto segundo anterior, el demandante Van Hissenhoven Goenaga restituirá a la sociedad demandada 'Agritécnica S. A.' las sumas que aparece comprobado que recibió conforme a la parte motiva de esta sentencia.

"*Cuarto.* No se hace condenación en perjuicios.

"*Quinto.* Condénase a la sociedad demandada al pago de las costas de primera y segunda instancia. Tásense".

II

Motivación de la sentencia impugnada

1. Después de hacer breve referencia a los presupuestos procesales, que estima normalmente reunidos, entra de lleno el Tribunal en el estudio de la pretensión de resolución del contrato de compraventa, advirtiendo que exige los siguientes elementos axiológicos:

"a) Demostración del negocio jurídico bilateral, del cual se pretende la resolución, como convenio válido entre las partes;

"b) Demostración del cumplimiento de las prestaciones que correspondían al demandante;

"c) Allegar también la prueba del incumplimiento del demandado (por culpa o dolo del mismo, siendo de advertir que la primera en general se presume y el segundo ha de demostrarse);

"d) Si se demandan perjuicios, estos han de demostrarse, excepto cuando se trata de sumas de dinero y de cláusula penal (artículos 1617 y 1592 del Código Civil). Por lo demás, la jurisprudencia tiene establecido que, tanto para la acción alternativa general del artículo 1546 ibídem, como para la especial del artículo 1930 relativa únicamente a la compraventa, ha de estar en mora el demandado para que sea de recibo esta suerte de acciones".

2. Expresa en seguida el sentenciador que en la especie de este proceso se trata de infirmar la declaración, contenida en la escritura de compraventa, de que el vendedor recibió a satisfacción el precio total estipulado, lo que es posible de acuerdo con doctrina de la Corte, que cita.

3. Y examinando uno a uno los cinco elementos axiológicos de la pretensión de resolución del contrato, encuentra que los cuatro primeros están demostrados, así:

a) El primero, mediante copia auténtica de la escritura contentiva de la compraventa, con su correspondiente nota de registro;

b) El segundo, por la declaración que en ella hizo la sociedad compradora de haber recibido la posesión material del inmueble vendido;

c) El tercero, o sea el incumplimiento de la demandada consistente en no haber pagado el precio estipulado en el contrato, merced al dictamen pericial rendido con motivo de la inspección judicial y exhibición de los libros de contabilidad de la sociedad compradora, practicadas en la segunda instancia, pruebas todas conforme a las cuales aparece que esta sociedad únicamente pagó al demandante, a cuenta de ese precio, la suma de $ 501.663.98, según operaciones aritméticas y consideraciones jurídicas de diversa índole que extensamente hace el Tribunal, y

d) El cuarto, o sea los perjuicios por la falta de pago de la totalidad del precio, es requisito que el sentenciador no encuentra cumplido, "ya que no se ha demostrado la realidad objetiva de los perjuicios".

4. Respecto del quinto elemento axiológico de la pretensión, o sea el hecho de haber sido constituida en mora la sociedad demandada, el Tribunal, luego de transcribir el texto del artículo 1930 del Código Civil, que exige esta condición expresamente, dice al respecto:

"De otro lado, observa la Sala que siendo el requerimiento para constituir en mora una formalidad que se cumple judicialmente, con el fin de hacer saber al otro contratante que no se dará más término para el cumplimiento de su prestación y que el retardo en cumplir le causa perjuicio al contratante demandante que alega haber satisfecho sus obligaciones, considera esta Sala que la presentación de la demanda constituye requerimiento suficiente o interpelativo para los efectos preindicados, toda vez que con su presentación y los documentos allegados al libelo se satisface suficientemente la finalidad del requerimiento", tesis que procura reforzar con lo que sobre el particular afirma un expositor.

5. Finalmente, expresa el Tribunal que "ha de revocarse la sentencia apelada, para en su lugar dar paso a las súplicas de la demanda, agregando las determinaciones consecuenciales que de acuerdo con la ley corresponden a esta clase de acciones (artículos 1546, 1932 y siguientes del Código Civil), todo en los términos expuestos en los párrafos precedentes".

III

Las demandas de casación

Como queda dicho, ambas partes litigantes interpusieron el recurso extraordinario. La parte demandante formula tres cargos, todos por la primera causal, aun cuando así no lo expresa. La parte demandada plantea nueve cargos, los ocho primeros por la misma causal primera, y el último, por la segunda.

La Corte, haciendo uso del derecho que confiere el inciso 1º del artículo 376 del Código de Procedimiento Civil, sólo estudiará y decidirá el quinto cargo de la demanda de la parte demandada, absteniéndose de considerar los restantes, por cuanto:

a) No encuentra demostrado el noveno cargo de esa demanda, por el cual se denuncia un *error in procedendo* que a su juicio no existe;

b) Encuentra demostrado el citado quinto cargo de la misma demanda;

c) Todos los tres que formula el otro recurrente parten de la base de que la decisión del Tribunal sobre resolución del contrato de compraventa habrá de quedar intacta, lo que no va a ocurrir en vista de la prosperidad del quinto cargo de los que plantea la sociedad demandada, circunstancia que hace inoficioso el despacho de tales tres cargos.

Quinto cargo de la demanda de "Agritécnica S. A."

Está planteado así: "Acuso la sentencia dictada por el honorable Tribunal Superior de Bogotá con fecha veinte (20) de abril de mil novecientos setenta y siete (1977), con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, por ser violatoria, por indebida aplicación, de los artículos 1608, 1929, 1930, 1932 y 1934 del Código Civil".

En desarrollo de la impugnación, explica el censor que, como en el caso debatido no se trata de obligación de pagar el precio estipulado dentro de cierto plazo o en cierto tiempo útil, casos de excepción a que se refieren los dos primeros ordinales del artículo 1808 del Código Civil, sino de obligación pura y simple que sigue la regla general del ordinal 3º de dicho artículo, era indispensable que la sociedad deudora, o sea la demandada, fuera previamente reconvenida por el acreedor demandante; que la demanda con que se inició el proceso no hace las veces de reconvención judicial, como lo tiene decidido la Corte; que, por lo tanto, el artículo 1608 no era aplicable, y el Tribunal, en consecuencia, lo aplicó indebidamente; y que, por lo mismo, incurrió también en indebida aplicación del artículo 1930 del mismo Código, disposición por la cual se exige expresamente, para poder decretar la resolución de la compraventa, que el comprador esté constituido en mora de pagar el precio en la forma pactada, lo mismo que las demás disposiciones citadas en el encabezamiento del cargo.

Consideraciones de la Corte

1. *Desde el momento en que por el artículo 1546 del Código Civil se da derecho a la resolución del contrato* con indemnización de perjuicios *(se subraya) y puesto que en el 1615 se expresa que "se debe la indemnización de perjuicios* desde que el deudor se ha constituido en mora ..." *(se subraya nuevamente), es porque la resolución de cualquier contrato bilateral de que se trate no puede decretarse sino cuando el contratante que ha incumplido está* en mora *de pagar su obligación.*

Esta tesis está ampliamente confirmada por el artículo 1930, en lo que atañe a la resolución de la compraventa por falta de pago del precio estipulado. Reza así, en efecto, tal artículo: "Si el comprador estuviere constituido en mora *de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio*

o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios'' *(subrayas de la Corte).*

2. *Ahora bien: conforme al artículo 1608 ibídem, por regla general el deudor no queda constituido en mora sino a partir de la* reconvención judicial *hecha por el acreedor, regla que sólo tiene dos excepciones, consignadas en los ordinales 1º y 2º del texto legal. Tales excepciones son la de que se haya estipulado término para el pago y la de que la obligación no haya podido ser ejecutada sino dentro de cierto tiempo útil. De consiguiente, tanto en el caso de que la obligación sea pura y simple, como en el de que sea condicional, el deudor no queda constituido en mora sino a partir del momento en que haya sido judicialmente reconvenido por su acreedor.*

3. *Reconvención judicial es la exigencia que, a solicitud del acreedor, hace el juez al deudor* para que pague *una obligación pura y simple o condicional cuya condición ya se ha cumplido. La reconvención es necesaria para obligaciones de estas dos clases, porque da a conocer al deudor la voluntad del acreedor de que se le pague inmediatamente una obligación que ya es exigible, y fija el momento en que el acreedor comenzará a sufrir perjuicios indemnizables.*

4. *La demanda ordinaria o ejecutiva no puede hacer las veces de la reconvención judicial, entre otras razones por estas:*

a) Porque si sirviera para constituir en mora al deudor de obligación pura y simple o condicional cuya condición se ha cumplido, el requisito sobraría como antecedente de la demanda, cualquiera que ésta fuera, y la disposición del artículo 326 del Código de Procedimiento Civil carecería de objeto;

b) Porque cuando se trata de demanda ordinaria en que se pide la resolución de un contrato bilateral, ésta, lejos de constituir exigencia al deudor para que pague su obligación, excluye la posibilidad de pago *(salvo en una hipótesis que no viene al caso), y*

c) Porque el juez no puede fundar su decisión sino en hechos anteriores a la demanda, *y la mora del deudor demandado, si la sola demanda pudiera habilitarse de reconvención, se produciría* como consecuencia *del libelo inicial del proceso, o sea* posteriormente *a aquél.*

''La notificación de la demanda —ha dicho la Corte— no puede considerarse como reconvención judicial para el efecto de constituir en mora al deudor demandado en los casos en que este requerimiento es necesario por no tratarse de obligaciones que deben cumplirse en término fijo'' (casación de 19 de mayo de 1928, XXXV, página 276).

''Cuando se requiera la reconvención judicial —ha dicho también—, ella debe ser anterior a la demanda en que se pide la resolución del contrato, ya que ésta ha de fundarse en el hecho de estar el deudor en mora, y sólo cuando esto aparezca acreditado podrá decretarse la resolución, pues una sentencia únicamente puede referirse al estado de cosas existente en el momento de intentarse la demanda; la cual no suple, por consiguiente, el requerimiento de que trata el artículo 1608, ordinal 3º, del Código Civil'' (casación de 18 de agosto de 1954, LXXVIII, página 342).

5. Finalmente, no es de recibo la tesis del opositor de que ''no habiéndose pactado por los contratantes plazo para el pago, distinto del impuesto por el artículo 1929 del Código Civil, la demandada incurrió en mora de pagar el precio, conforme a la norma indicada (artículo 1929 del Código Civil) y con arreglo a la definición del artículo 1608, ordinal 1º, del Código Civil, a partir del 31 de octubre de 1968. Por lo tanto, para incoar la acción resolutoria por incumplimiento y mora, no era menester un requerimiento judicial, pues la demandada había incurrido automáticamente en la mora por ministerio de la ley, desde el día de la entrega, esto es, el 31 de octubre de 1968''.

Conforme al artículo 1929, que invoca el opositor, ''el precio deberá pagarse en el lugar y el tiempo estipulados, o en el lugar y el tiempo de la entrega, no habiendo estipulación en contrario . . .''. Significa esto que cuando la obligación de entregar la cosa vendida es a término, o sólo puede ejecutarse útilmente dentro de cierto tiempo, la de pagar el precio se hace exigible en el lugar y el tiempo de la entrega, si fue pactada como pura y simple; mas no que cuando la obligación de entregar sea pura y simple, como ocurre en el caso del proceso, la de pagar el precio se vuelva obligación a plazo por el sólo hecho de deberse pagar ''en el lugar y el tiempo de la entrega''. En todo evento en que la obligación de entregar la cosa vendida sea pura y simple, y no se haya estipulado plazo o tiempo útil exclusivo para pagar el precio, la obligación de pagarlo es también pura y simple y el comprador no queda constituido en mora sino en virtud de la reconvención judicial.

El cargo, por lo tanto, prospera.

Como no se demostró en el proceso que la sociedad demandada hubiera sido constituida en mora de pagar el precio estipulado, no será posible, en la sentencia de reemplazo, acoger favo-

rablemente las súplicas de la demanda. Mas ello no significa que, como lo hizo el juez *a quo,* haya de absolverse a dicha sociedad, privando en definitiva al demandante de los derechos que pueda tener a que se resuelva o se cumpla el contrato; sino que habrá de declararse probada de oficio la excepción de petición antes de tiempo, lo cual es enteramente distinto.

En mérito de las razones expuestas, 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 objeto del recurso extraordinario, pronunciada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y en su lugar, REVOCANDO la proferida por el juez en la primera instancia, declara oficiosamente que está demostrada la excepción de petición antes de tiempo.

Sin costas en las instancias, ni en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Alberto Ospina Botero, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Ricardo Uribe-Holguín.

Carlos G. Rojas Vargas
Secretario.

RECURSO DE REVISION

"Solamente motivan el recurso de revisión las irregularidades en que, al tiempo y no antes de proferir la sentencia no susceptibles de apelación o casación, puede incurrir el fallador, y que sean capaces de constituir nulidad".

Apelación de sentencias. El señalamiento de audiencia pública cabe en toda clase de procesos si se pide dentro de los términos señalados en el artículo 360 del Código de Procedimiento Civil.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., agosto 22 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la entidad "Compañía Colombiana de Financiamientos S. A. (Colfin)" contra la sentencia de 3 de octubre de 1977, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ejecutivo instaurado por la recurrente contra Diego Llorente Martínez.

I
Antecedentes

Mediante documento por él suscrito en Bogotá el 11 de enero de 1972, el citado Llorente Martínez se obligó a pagar a la "Compañía Colombiana de Financiamientos S. A. (Colfin)", el 11 de enero del año siguiente, la suma de tres millones de pesos ($ 3.000.000.00), que aquél recibió de ésta "en mutuo comercial".

Se comprometió el deudor a reconocer a la acreedora un interés a la rata del 20% anual, durante el tiempo estipulado para la vigencia de la obligación; y uno adicional del 6% anual, para el caso de mora "en el pago de los intereses o del principal de esta obligación". Y expresamente declaró en dicho instrumento "excusado el protesto de este pagaré para los efectos del artículo 113 de la Ley 46 de 1923".

II
El proceso ejecutivo

1. Mediante escrito presentado el 14 de julio de 1976 y que fue repartido al Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá, la "Compañía Colombiana de Financiamientos S. A. (Colfin)" demandó por la vía ejecutiva a Diego Llorente Martínez, a fin de que se librase en contra de éste y a favor de aquélla orden de pago por la suma de $ 2.986.489.12 (sic), más los intereses pactados para dicha suma y las costas procesales.

En su demanda expresó la ejecutante que este valor correspondía al saldo de la obligación contenida en el documento atrás referido, después de algunos abonos realizados por el deudor, "el último de los cuales fue hecho en junio 17 de 1975 ...".

Sobre la afirmación de que "como el pagaré suscrito por el doctor Llorente no lleva la cláusula de ser pagadero a la orden o al portador", la ejecutante solicitó en su demanda, como diligencia previa, la citación del demandado "a fin de que reconozca su firma".

2. Citado al efecto el ejecutado, el 24 de septiembre de 1975 se practicó la diligencia referida, en la cual éste manifestó bajo juramento que "sí es cierto que el pagaré existió con mi firma, pero según el artículo 789 del Código de Comercio este pagaré ya prescribió, puesto que su vencimiento era el 10 de enero de 1973".

Y luego de haberse practicado las medidas de cautela pedidas y decretadas, mediante su auto de 4 de octubre de 1976 (sic) el juzgado del conocimiento dictó la orden de pago en los términos en que fue solicitada en la demanda, decisión que se notificó personalmente al apoderado judicial del demandado el 15 de noviembre siguiente.

3. Este, oportunamente propuso la excepción que denominó "Prescripción o caducidad", la que fundamentó en que desde la fecha en que la obligación se hizo exigible y la presentación de la demanda ejecutiva "han transcurrido más de tres años", que es el tiempo exigido por el artículo 789 del Código de Comercio para que opere el fenómeno prescriptivo de la acción cambiaria.

Dentro del término del traslado que del escrito contentivo de la excepción se le dio, la demandante se opuso a su aceptación, puesto que, dijo entonces, como el documento suscrito no reúne los requisitos del artículo 709 del Código de Comercio, no se ha ejercitado aquí "la acción cambiaria, sino la acción ejecutiva", cuya prescripción se rige por el artículo 2536 del Código Civil.

4. Surtido que fue todo el trámite incidental debido, el juzgado de la primera instancia lo decidió en su sentencia de 17 de febrero de 1977, por la cual declaró probada la excepción propuesta y por consiguiente terminado el proceso ejecutivo; decretó, además, el desembargo y levantamiento del secuestro de los bienes trabados en la ejecución; y, por último, condenó a la ejecutante a pagar al ejecutado los perjuicios a éste causados con las medidas de cautela, y las costas procesales.

5. Por virtud de la apelación propuesta por el demandado contra dicha providencia, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en donde se surtieron los siguientes actos procesales:

a) Por auto de 26 de abril de 1977 el *ad quem*, previa advertencia de no observar causal de nulidad alguna, declaró admisible el recurso de apelación interpuesto y concedido;

b) Cuando la anterior providencia alcanzó firmeza, por auto de 3 de junio siguiente el Tribunal dispuso correr "traslado a las partes para que aleguen de conclusión, en los términos del artículo 360 ..."";

c) Dentro de esta oportunidad el demandante, en su alegato de conclusión de 16 de junio del mismo año, a más de haber solicitado la práctica de alguna prueba, pidió que se le señalara "fecha y hora para la realización de audiencia pública en la cual habrán de oírse las alegaciones orales de las partes, al tenor de lo dispuesto en el artículo 360 del Código de Procedimiento Civil";

d) Estimó el juzgador de segundo grado que la petición de pruebas se había formulado extemporáneamente; por consiguiente, mediante su auto de 7 de julio siguiente la denegó, pero guardó absoluto silencio en lo atinente a la solicitud de la audiencia, y

e) El 3 de octubre de ese mismo año pronunció la sentencia por la cual confirmó en su totalidad la apelada, y en su motivación, para denegar la práctica de la audiencia, expresó:

"Con relación a lo solicitado por el apelante en el alegato de conclusión, de que se señale fecha y hora para la audiencia pública, la corporación considera que no es necesario dicho señalamiento, por cuanto ha estimado, por intermedio de algunas salas de decisión, que ello procede única y exclusivamente en los procesos que se tramitan por la vía ordinaria; y como el proceso del cual nos ocupamos, es un ejecutivo que por su naturaleza tiene procedimiento especial, ya que el demandante tiene un derecho reconocido, circunstancia ésta que no ocurre en los ordinarios, pues en éstos lo que se busca es la declaración de un derecho, es por lo que se ha entendido que la audiencia pública de que trata el artículo 360 del Código de Procedimiento Civil, es factible en las controversias por la vía ordinaria".

III
El recurso de revisión

1. La entidad "Compañía Colombiana de Financiamientos S. A. (Colfin)", representada por su presidente, mediante escrito presentado en la Secretaría de esta Corporación el 24 de octubre del año último pasado, propone este recurso extraordinario contra la sentencia de 3 de octubre de 1977, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ejecutivo seguido por la recurrente contra Diego Llorente Martínez ante el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de la misma ciudad.

En la demanda respectiva solicita la recurrente que, con citación del mentado Llorente Martínez, la Corte revise la sentencia mencionada para que declare nula dicha providencia, y en su lugar disponga que antes de proferir el fallo de segundo grado en ese proceso de ejecución, el Tribunal resuelva la solicitud sobre señalamiento de audiencia, formulada por la parte demandante.

2. En apoyo de su pretensión impugnativa, la recurrente invoca la causal contemplada en el numeral 8 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, la que hace consistir, a más de los que fluyen de los antecedentes ya relatados, en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

Que encontrándose en trámite la apelación por ella interpuesta contra la sentencia de 17 de febrero de 1977, la sociedad ejecutante, por intermedio de su apoderado, al descorrer el traslado que se le dio para alegar, con fundamento en lo estatuido por el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, solicitó el señalamiento de audiencia pública; que el Tribunal de Bogotá, en lugar de resolver previamente dicha solicitud, procedió a proferir su sentencia de 3 de octubre de ese mismo año, por la cual confirmó en su totalidad la de primer grado, negando en su parte motiva el señalamiento de la audiencia, por estimar que tal formalidad sólo es procedente en la apelación de sentencias dictadas en los procesos ordinarios y no en los especiales; que la tesis del Tribunal es manifiestamente ilegal, pues contraría el texto de esa norma que claramente alude "a todos los procesos"; que es evidente que al proceder el *ad quem* a decidir la solicitud de audiencia en la propia sentencia, "violó el derecho de defensa de la parte demandante . . ., al omitir una oportunidad para que dicha parte formulara verbalmente su alegato de conclusión. Omisión que consagra como causal específica de nulidad el artículo 152, numeral 6, del Código de Procedimiento Civil"; que de conformidad con el artículo 360 ibídem, es obligatorio para el juez de segundo grado señalar fecha y hora para la audiencia una vez registrado el proyecto, cuando alguna de las partes lo ha solicitado en el término de traslado para alegar; y que esa nulidad, originada precisamente en la sentencia, configura la causal de revisión prevista en el numeral 8 del artículo 380 de la obra citada.

3. Por cuanto el recurso extraordinario se propuso dentro de la oportunidad indicada por el artículo 381 del Código de Procedimiento Civil y la recurrente constituyó la caución exigida, la Corte, después de haber recibido el expediente, mediante auto de 9 de marzo pasado admitió la demanda y ordenó correrla en traslado al demandado.

4. Este, oportunamente la contestó oponiéndose a la pretensión del demandante.

En cuanto a los hechos, aceptó los atinentes al trámite del proceso ejecutivo, pero negó la existencia de la nulidad invocada. Expresó, en suma, que como "el precepto contenido en el artículo 360 del Código de Procedimiento Civil es discrecional en el juzgador", su omisión no implica que el derecho de defensa se haya violado, puesto que el ejecutado "tuvo oportunidad para exponer por escrito los razonamientos que pretendía aducir en forma oral"; que no es cierto que el precitado texto legal "sea imperativo para el Tribunal en el sentido de señalar audiencia cuando así se solicita"; y que la causal de revisión que se invoca no se configura, porque "el presunto interés se extinguió por virtud de haberse observado en el proceso el trámite que le es propio, haber estado el demandante en igualdad de condiciones con el demandado; y por consiguiente obligarle la decisión tomada en segunda instancia".

5. Por auto de 12 de abril del presente año el proceso revisorio se recibió a pruebas, período dentro del cual se decretó como tal, a petición de ambas partes, "toda la actuación judicial surtida en las dos instancias de la ejecución" en la cual se profirió la sentencia que es objeto de revisión.

Y surtido que fue el término probatorio, por auto de 16 de mayo siguiente se ordenó dar el proceso en traslado a las partes para que formularan sus alegatos de conclusión, las que oportunamente ejercitaron tal derecho.

6. Agotada, pues, como se encuentra hoy toda la ritualidad del recurso extraordinario de revisión, ha llegado el momento de decidirlo y a ello se procede ya que no se advierte causal de nulidad que invalide la actuación.

IV
Consideraciones de la Corte

1ª Con apoyo en principios doctrinarios y jurisprudenciales, tiene averiguado la Corte que la inmutabilidad de la sentencia ejecutoriada proferida en procesos contenciosos, reconocida por los legisladores mediante la consagración positiva del fenómeno de la cosa juzgada, es base fundamental del orden jurídico y garantía de los derechos ciudadanos.

Consecuencia obvia y natural del referido principio es la de que, por regla general, cuando la jurisdicción profiera sentencia definitiva en los litigios sometidos a ella para su composición, no le es permitido a quienes fueron parte en el proceso respectivo replantear ante los jueces los conflictos ya resueltos; ni a los falladores tomar nuevas decisiones en éstos. Se logra así, de una parte, evitar el pronunciamiento de sentencias contradictorias; y de otra, que no se abra la puer-

ta de ingreso a la incertidumbre o a la inseguridad en las relaciones jurídicas ya discutidas y falladas.

2ª Fundado en la presunción de legalidad y acierto que ampara al fallo definitivo, el apuntado principio de la cosa juzgada no es sin embargo absoluto: razones de equidad han impulsado siempre a exceptuar de él las sentencias proferidas en procesos en los cuales faltaron los elementos esenciales para la garantía de la justicia.

Con este fundamento racional y lógico aparece, consagrado por el derecho positivo como remedio extraordinario que se endereza a quebrantar la fuerza de la cosa juzgada, el recurso de revisión, cuya finalidad es pues invalidar una sentencia firme, para que por consiguiente la jurisdicción pueda considerar nuevamente el litigio planteado en proceso anterior y fallarlo, entonces sí, con arreglo a derecho.

Pero, como exhaustivamente lo tienen dicho la doctrina y la jurisprudencia, la revisión es recurso de naturaleza eminentemente extraordinaria y diferente por su finalidad propia de todos los demás medios de impugnación, incluso de la casación misma, por lo cual se ha dicho que no es dable convertirla en un juicio contra la sentencia por las apreciaciones que el fallador haya hecho de la demanda o su contestación que con tal sentencia decide; pero ni muchísimo menos trocarla en medio para impedir la ejecución de fallos proferidos en procesos que se han rituado con plena observancia de sus formalidades específicas.

3ª Ciertamente, salvo en los supuestos previstos por las causales 7ª, 8ª y 9ª del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, todos los demás aspectos formales de una sentencia, como los demás vicios o irregularidades cometidos durante la tramitación del proceso en que ella se dicta, como el quebranto de la ley sustancial y los errores de apreciación probatoria en que haya incurrido el juez al proferirla, son, en principio, aspectos que no caben dentro de la órbita del recurso de revisión, por tratarse entonces de yerros para cuya corrección se han consagrado justamente los demás recursos. Los vicios que pueden dar lugar a la anulación de una sentencia al través del recurso de revisión, han de manifestarse necesariamente en relación con situaciones o hechos producidos o conocidos con posterioridad a la providencia decisoria, precisamente porque el desconocimiento de esas situaciones o hechos por el juez al dirimir el conflicto le impidió dictar una resolución justa.

En sentencia de 11 de junio de 1976, proferida en el recurso de revisión de Esso Colombiana contra Movifoto S. A. y no publicada aún en la *Gaceta Judicial*, concretando el objeto de este recurso extraordinario dijo la Corte que él "... no está instituido por la ley para que los litigantes remedien los errores cometidos en el proceso en que se dictó la sentencia recurrida. El mira certeramente a la entronización de la garantía de la justicia o al restablecimiento del derecho de defensa cuando fue claramente conculcado, o al imperio de las sentencias que ostentan el sello de la cosa juzgada material".

4ª *Si, pues, la revisión es recurso excepcional y por tanto de naturaleza extraordinaria, una sentencia ejecutoriada sólo es procedente aniquilarla en casos igualmente excepcionales y extraordinarios. Dada su naturaleza jurídica, la finalidad del recurso de revisión está subordinada a que oportunamente se alegue y se demuestre, por parte legitimada para ello, la existencia de alguna de las causales expresa y limitativamente previstas en la ley al efecto (artículos 380, 381 y 382 del Código de Procedimiento Civil).*

En la sentencia arriba indicada dijo la Corte que "este recurso extraordinario no apunta exclusivamente al quiebre de las sentencias inicuas, es decir, las obtenidas con claro quebranto de la justicia (artículo 380, 1, 2, 3, 4, 5 y 6), sino que busca también el imperio del derecho de defensa (artículo 380, 7 y 8), o la tutela del principio de la cosa juzgada (artículo 380, 9)".

Para anular una sentencia firme a través de la revisión es entonces absolutamente necesario, según la preceptiva legal pertinente, que concurran al caso los antedichos presupuestos; y si ello se presenta corresponde al juez aniquilar dicho fallo, para, en seguida, reconsiderar el litigio planteado en proceso anterior y fallarlo con arreglo a derecho, que es la meta última a que apunta el mencionado recurso, o, en caso de encontrar las irregularidades procesales que autorizan la revisión, declarar la nulidad de lo actuado en el proceso que dio lugar al recurso extraordinario. Porque lo que sucede es que en todo el procedimiento correspondiente a la revisión es imperioso distinguir dos etapas, que la doctrina ha llamado el judicium rescindes *y el* judicium rescissorum: *en la primera, que consiste en el examen de la sentencia combatida en sus relaciones con la ley normativa del recurso, se decide, luego de tal parangón, si debe o no aniquilarse el fallo; superada afirmativamente esta primera fase del procedimiento, entonces tiene que entrar el juez de la revisión a la segunda etapa, o sea, a deci-*

dir definitivamente el litigio que se había fallado por la sentencia aniquilada, si desde luego lo autoriza la formación regular del proceso, pues si en éste se vulneró el derecho de defensa, lo procedente es entonces reconocer la nulidad configurada y ordenar que se rehaga la actuación que así se invalida.

5ª *Evidentemente, dentro de la enumeración que de los motivos de revisión de una sentencia ejecutoriada hace el legislador colombiano, se encuentra, según el numeral 8 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, el hecho de "Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso", que es exactamente la causal aquí invocada por el demandante como fundamento jurídico de la pretensión impugnativa deducida por él.*

Este motivo de revisión, cuya consagración positiva como tal es flamante en la legislación procesal hoy vigente, no se refiere ciertamente a alguna nulidad del proceso nacida antes de proferir en éste el fallo que decide el litigio, la que por tanto puede y debe alegarse en oportunidad anterior a dicha sentencia, so pena de considerarla saneada; ni alude tampoco a supuestos de indebida representación o de falta de notificación o emplazamiento, que constituyen causal específica y autónoma del recurso de revisión, como lo indica el numeral 7 del artículo precitado: se trata sí de las irregularidades en que, al tiempo y no antes de proferir la sentencia no susceptible de apelación o casación, pueda incurrir el fallador y que sean capaces de constituir nulidad. Lo cual es apenas lógico porque si la tal nulidad solamente aparece para las partes cuando éstas conocen la sentencia, no existiendo legalmente para ellas otra oportunidad para reclamar su reconocimiento, lo procedente es que se les abra el campo de la revisión, como lo preceptúa el artículo 154, 3 del Código de Procedimiento Civil.

6ª Siguiendo el pensamiento de reglamentar con mayor amplitud los motivos de nulidad procesal, pero siempre orientado por el criterio taxativo, el legislador colombiano de 1970, mediante el numeral 6 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, elevó a la categoría de nulidad general la omisión de "los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión", es decir, la pretermisión en el proceso de tales términos u oportunidades, nulidad que no existía concretamente en el Código Judicial anterior, pero cuyo fundamento jurídico o razón de ser estriba en la violación del derecho de defensa que como garantía fundamental establece el artículo 26 de la Constitución Nacional, al decir que "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y *observando la plenitud de las formas propias de cada juicio*" (subraya la Corte).

Mas, como el legislador no consagró las nulidades procesales por mero prurito formalista, sino con el fin de proteger los derechos desconocidos con la ocurrencia de la irregularidad, el motivo de nulidad referido aquí no podrá hallarse sino en los casos en que, durante el trámite del proceso, el juez no concede a los litigantes la oportunidad legalmente establecida para pedir sus pruebas, para practicar las pedidas o para formular sus alegatos; y no cuando, habiéndosela otorgado, aquellos, por una o por otra causa, no quisieron o no pudieron postular los correspondientes actos.

Es preciso recordar que los procedimientos civiles, o sea las fórmulas esquemáticas como se estructura el proceso en cada caso, están establecidos por la ley procesal; y como ésta es de orden público, su imperatividad conduce a que aquéllos sean siempre obligatorios para el juez y las partes, quienes por tanto no pueden modificar ni pretermitir sus trámites estructurales, ni siquiera de mutuo acuerdo, salvo autorización expresa de la ley, según principio básico que consagra el artículo 6º del Código de Procedimiento Civil.

7ª *Reglamentando el trámite de la apelación de las sentencias, establece el artículo 360 ibídem: "Ejecutoriado el auto que admite el recurso, o transcurrido el término para practicar pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por sendos términos de cinco días, en la forma indicada para la apelación de autos.*

"En los procesos que se siguen por el trámite ordinario, las partes podrán retirar el expediente para los efectos del traslado. Sin embargo, cuando una parte esté formada por varias personas que tengan distinto apoderado, sólo podrán retirarlo conjuntamente y el término será común de ocho días. En todos los procesos, *si lo pide una de las partes dentro del término para alegar o el Tribunal así lo dispone, se señalará audiencia, una vez registrado el proyecto" (las mayúsculas son de la Corte).*

Los claros y precisos términos en que se halla concebida la norma legal transcrita, ni por asomo posibilitan abrigar duda alguna de que el señalamiento de audiencia en ella referida tiene lugar "en todos los procesos", a condición eso sí de que lo pida oportunamente una de las partes, y no únicamente en los ordinarios, que es la in-

terpretación restringida que a esa parte de dicho precepto le da el Tribunal de Bogotá en la sentencia que aquí se revisa. La especial alusión que en la primera parte de dicho texto legal se hace a "los procesos que se siguen por el trámite ordinario", es exclusivamente para indicar una forma específica de surtir en éstos el traslado para alegar y jamás para reservar exclusivamente a ellos la indicada audiencia, pues relativamente a ésta con claridad meridiana la norma establece que la habrá "en todos los procesos", si lo pide una de las partes o el Tribunal así lo dispone, expresión genérica y absoluta que ni por semejes autoriza limitar su contenido.

8ª Como se dejó visto al relatar los antecedentes de la revisión, una vez que quedó ejecutoriado el auto admisorio de la apelación interpuesta por la ejecutada contra la sentencia de excepciones, en el término legalmente indicado al efecto, la parte apelante solicitó al *ad quem,* en su alegato de conclusión, que se le señalara fecha y hora para la realización de la audiencia pública que autoriza el artículo 360 sobredicho. Correspondíale por tanto al Tribunal, dado el carácter para él obligatorio de la norma procesal, decidir si accedía o no a lo pedido, mediante auto susceptible de impugnación. La Sala, sin embargo, no procedió así, sino que en la propia sentencia de segundo grado confirmó la del *a quo* y en ella negó el señalamiento para la audiencia deprecada por considerarla improcedente en un proceso especial.

Todo lo cual significa que en el trámite de la apelación de la sentencia de excepciones el juzgador de segundo grado pretermitió un trámite establecido por la ley para el caso, con lo cual infringió el artículo 6º del Código de Procedimiento Civil, a términos del cual "las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, salvo autorización expresa de la ley", que ciertamente no existe para el evento que aquí se contempla.

Y como es obvio que con la omisión de la audiencia se le arrebataron a la ejecutante sus facultades de alegar verbalmente y por ende presentar resumen escrito de lo alegado en ella, que son justamente los derechos que según la ley pueden ejercitar los litigantes en esa audiencia, tiene que seguirse que con este proceder irregular el *ad quem* incurrió en la nulidad prevista por el numeral 6 del artículo 152 *ibídem.* Nulidad esta que por haberse generado en el momento mismo del pronunciamiento de la sentencia de segunda instancia, contra la cual no hay casación, no está saneada y por consiguiente viene a estructurar la causal 8ª del recurso de revisión.

9ª De todo lo anteriormente discurrido fluye como lógica conclusión la de que la causal de nulidad en que este recurso de revisión se apoya es fundada; y que por ello la Corte, de conformidad con lo estatuido por el artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, tiene que declarar sin valor la sentencia que es materia de esta revisión y disponer la devolución del proceso al Tribunal de origen para que allí, previo el señalamiento de la audiencia referida en el artículo 360 *ejusdem,* se dicte nuevamente el fallo.

V
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:

Primero. DECLÁRASE fundada la causal de revisión invocada en el presente caso, o sea la prevista en el numeral 8 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil;

Segundo. DECLÁRASE, en consecuencia, sin valor legal la sentencia de tres (3) de octubre de mil novecientos setenta y siete (1977), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dentro del proceso ejecutivo instaurado por "Compañía Colombiana de Financiamientos S. A. (Colfin)" en frente de Diego Llorente Martínez;

Tercero. ORDÉNASE, por consiguiente, que vuelva el expediente a dicho Tribunal para que allí, previo el señalamiento de la audiencia solicitada por la ejecutante, se dicte de nuevo la sentencia;

Cuarto. CANCÉLASE la caución que para los efectos de este recurso extraordinario otorgó la recurrente, y

Quinto. CONDÉNASE al demandado en la revisión al pago de las costas causadas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Alberto Ospina Botero, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Ricardo Uribe-Holguín.

Carlos G. Vargas Rojas
Secretario General.

IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD PRESUNTA DE HIJO DE MUJER CASADA

a) Por parte del presunto padre; b) Por parte del hijo en relación a su legitimidad. La sentencia simplemente absolutoria dictada en proceso de impugnación de la legitimidad, promovido por el hijo frente al presunto padre, no equivale a declaración de que es verdadera o falsa esa legitimidad.

Impugnación de la patria potestad. El recurso de revisión solamente puede ser propuesto por quien recibe un agravio en el fallo recurrido.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., agosto 28 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

En demanda que admitió la Corte por auto de 21 de junio del año pasado, José Luis López Ruiz, con base en la causal 7ª, promovió recurso extraordinario de revisión contra la sentencia de casación proferida el 6 de mayo de 1975, en el ordinario que había suscitado Marina López de Segura frente al mismo José Luis López Ruiz y otros, para que se declarase que no es hija legítima suya, porque nació después de 10 meses de haber abandonado José Luis su hogar conyugal, y para que, en cambio, se declare que es hija natural de Germán Torres Barreto.

Fúndase la impugnación en que el recurrente López Ruiz, por desconocerse su residencia, fue emplazado en el proceso ordinario, pero que el emplazamiento no fue hecho en legal forma, pues entre las dos últimas publicaciones del periódico "El Cronista" (folios 61 y 62 del cuaderno 1) sólo transcurrieron cuatro días y que la lectura del edicto emplazatorio por "Ondas de Ibagué" se hizo en los días 1, 5 y 11 de septiembre de 1972, "de donde se sigue que entre las dos primeras publicaciones hay un intervalo tan sólo de tres días y que la última se hizo después de desfijado el edicto emplazatorio"; que, además, la certificación del gerente de la emisora Ondas de Ibagué, no se autenticó. Que a pesar de este irregular emplazamiento, se le nombró curador *ad litem,* con el cual se adelantó el proceso, cuya primera instancia terminó con sentencia absolutoria, que luego confirmó el Tribunal y que la Corte no casó al decidir el recurso extraordinario.

Con estos fundamentos el recurrente alega que es nulo el proceso ordinario, por cuanto no se practicó en legal forma su emplazamiento y por cuanto fue indebidamente representado, causas de nulidad consagradas en el artículo 152-7 y 8 del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, expresa el recurrente que como Marina López de Segura no es hija suya, él "tiene interés en que no adquiera fuerza de cosa juzgada la decisión del juzgado, confirmada por el Tribunal, que al negar la declaración solicitada por Marina de que no es hija legítima" suya "implícitamente declara que sí tiene esa calidad".

Con base en lo expuesto solicita el demandante recurrente que se declare nulo todo lo actuado en el proceso ordinario a partir del auto admisorio y que se ordene reiniciar el trámite con traslado personal de la demanda a José Luis López Ruiz.

Con oposición de los demandados, quienes expresamente niegan al demandante interés para recurrir, se adelantó el trámite de este recurso extraordinario, con práctica de las pruebas que, oportunamente, solicitaron las partes.

Como no se observa vicio que invalide la actuación, procédese a resolver el recurso, previas las siguientes consideraciones:

1. Previamente conviene recordar que en el proceso ordinario, cuya nulidad se pretende a través del recurso de revisión aquí formulado, Marina López de Segura, actuando en su calidad de hija legítima, ejercitó dos acciones: la de impugnación de su propia legitimidad en frente de José Luis López Ruiz, su presunto padre legítimo, y la de filiación natural ante los herederos de Germán Torres Barreto, supuesto padre natural suyo. Tal es lo que con evidencia brota no solamente de los hechos que conforman la *causa petendi,* sino del *petitum,* concebido así: que se hagan las declaraciones de que Marina López de Segura no es hija legítima de Luis López Ruiz; que en cambio, es hija natural de María Luisa Durán y de Germán Torres Barreto, ya fallecido, y que, en consecuencia, es heredera de éste.

Desde el punto de vista de la filiación, dos fueron, pues, las relaciones sustanciales debatidas: primeramente, la impugnación de la paternidad legítima, en la que el hoy recurrente José Luis López Ruiz, es extremo obligado de ella y, en segundo lugar, la declaración de paternidad natural en que nada tiene que ver él, pues sus extremos son, de una parte, Marina López de Segura y, de otra, los herederos de Germán Torres Barreto.

2. Frente a las disposiciones sustanciales que hoy regulan la materia, se tiene que, en punto de impugnación de la paternidad legítima que presuntamente recae sobre el marido de la mujer casada que ha concebido durante el matrimonio, la ley concede al marido el derecho de impugnación y también al propio hijo en el caso contemplado en el penúltimo inciso del artículo 3º de la Ley 75 de 1968, que dice: "El hijo podrá reclamar en cualquier tiempo contra su legitimidad presunta, cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal ...".

Mientras el marido viva, pues, nadie más puede hoy impugnar aquella legitimidad presunta, fuera de él y del hijo presunto.

Pero en tanto que al hijo se le concede el derecho de impugnar "en cualquier tiempo", siempre que se den los precisos supuestos fácticos del artículo 3º citado, el marido no tiene facultad tan amplia desde el punto de vista temporal. Como lo precisa el artículo 217 del Código Civil, toda reclamación suya contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, en principio deberá hacerse dentro de los sesenta días contados desde la fecha en que tuvo conocimiento del parto. La acción, por tanto, puede caducar para el padre, en tanto que para el hijo no.

3. *Viene de lo anterior que, aun cuando el objetivo de la acción de impugnación siempre es el mismo: destruir la presunción de legitimidad que ampara al hijo concebido por mujer casada, la acción concebida por la ley al marido no puede identificarse con la que al hijo concedió la Ley 75 de 1968; una y otra se distinguen no sólo por razón de su titular, sino también por el tiempo en que pueden ejercerse y por los supuestos de hecho en que respectivamente descansan.*

4. *Ahora bien, no sólo por razón del principio del legítimo contradictor en asuntos de filiación, sino también por cuanto no es posible adelantar normalmente un proceso de impugnación sin demandar al presunto padre, es claro que si el hijo legítimo triunfa en la acción de impugnación, tal fallo que, en el fondo declara falsa la legitimidad, no sólo obliga al padre presunto demandado, sino también a todo el mundo, en virtud de los efectos especiales que el artículo 401 del Código Civil concede al fallo que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo.*

No es posible, empero, sin incurrir en grave yerro, sostener lo mismo cuando el hijo ha perdido el proceso de impugnación, pues en tal caso, al no acogerse la pretensión, la sentencia simplemente absuelve a los demandados, mas no comporta declaración de que sea verdadera la legitimidad del hijo, la que sigue siendo meramente presunta. En esta última hipótesis, entonces, bien puede el marido, desde que no haya caducado su derecho, iniciar otro proceso de impugnación de la legitimidad del hijo, pues con la anterior sentencia no se darían los supuestos de la cosa juzgada, ni se producirían los efectos erga omnes *del fallo a que se refiere el artículo 401 citado.*

5. *Conclúyese de lo dicho que la sentencia simplemente absolutoria dictada en proceso de impugnación de la legitimidad, promovido por el hijo frente al presunto padre, no equivale, ni por asomo, a declaración de que es verdadera o falsa esa legitimidad. De consiguiente, como en ese evento la legitimidad sigue siendo presunta, a pesar de aquella declaración, el marido tiene libre el ejercicio de su propio derecho de impugnación mientras no caduque.*

6. *Adviértese, entonces, frente a la doctrina expuesta, que el recurso extraordinario de revisión, como todo medio para atacar decisiones jurisdiccionales, sólo puede ser propuesto por quien recibe un agravio con el fallo recurrido, pues si éste no le causa daño, carece de interés para recurrir. Por ende, como la situación jurídica del*

demandado absuelto, es la misma antes y después de dictada la sentencia, síguese que el recurso de revisión no puede ser intentado por el presunto padre legítimo que, demandado por el hijo en proceso de impugnación de la legitimidad, es absuelto de las pretensiones de la demanda. La sentencia absolutoria deja indemne su derecho de impugnación, desde luego que no declara verdadera o falsa la legitimidad, sino que se limita a no acoger la demanda, a dejar intacta la legitimidad presunta. La sentencia, en tal caso, no contiene pronunciamiento desfavorable al demandado, por lo cual éste carece de interés para atacarla.

En la especie de esta litis, el recurrente José Luis López Ruiz, quien fuera demandado por su hija en el proceso de impugnación de la legitimidad que antecedió, a pesar de que su emplazamiento no se produjo en legal forma, carece de interés para proponer el recurso extraordinario de revisión contra la sentencia que dejó en firme su absolución al no acogerse la demanda, puesto que, como arriba se explicó, ese fallo ningún agravio le causa.

A mérito de lo dicho, 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:

DECLÁRASE infundado el recurso de revisión propuesto por José Luis López Ruiz, a quien se condena al pago de costas y perjuicios, para lo cual se hará efectiva la caución prestada.

Comuníquese a la compañía aseguradora.

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

Alberto Ospina Botero, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Ricardo Uribe-Holguín.

Carlos G. Rojas Vargas
Secretario.

CONTRATO DE SEGURO

Estipulaciones esenciales en la póliza para la validez del contrato de seguro. Póliza automática y póliza flotante.

Seguros. Cesión del contrato de seguro. Para la cesión del contrato de seguro ope legis **es presupuesto necesario que concurran en el adquirente el título y el modo.**

Contrato de seguro. Técnica de casación. La vía directa y la indirecta son sustancialmente distintas e inconfundibles. Cuándo tiene lugar cada una de ellas.

Los contratos se rigen por la ley vigente en el momento de su celebración. Excepciones a este principio general.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., agosto 28 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 19 de noviembre de 1976, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario de Malterías Unidas S. A. contra Seguros Comerciales Bolívar S. A.

Antecedentes

I. Mediante demanda del 31 de enero de 1972, que por repartimiento le correspondió al Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá, solicitó la demandante que con citación de la sociedad demandada se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que Seguros Comerciales Bolívar debe pagar a Malterías Unidas el valor de la indemnización, gastos de salvamento e intereses causados por pérdida total, falta de entrega, avería particular, mermas y alteración química, por el siniestro ocurrido, durante su transporte, de 14.300 toneladas métricas de cebada americana, de propiedad de la sociedad demandante, amparadas en los trayectos marítimo e interior entre Canadá-Santa Marta y Santa Marta-Bogotá y su permanencia en puerto colombiano por los certificados de seguros TR número 197978 y TR número 200498, de 12 de noviembre de 1969 y 9 de febrero de 1970, respectivamente, expedidos por Seguros Comerciales Bolívar con aplicación a la póliza automática de transporte TR número 3721 de 11 de febrero de 1967, de que era razón social asegurada "el despachador Cereales e Inversiones S. A. 'Ceisa', sociedad domiciliada en Bogotá, según anexos 1 y 3 expedidos el 11 de febrero y el 5 de noviembre de 1969, y en virtud de la cesión a Malterías Unidas S. A., operada por ministerio de la ley en los términos del artículo 654 del Código de Comercio Terrestre, confirmada por 'Ceisa' a la entidad aseguradora en comunicación número 2044 de 8 de mayo de 1970 y ratificada por la misma en documento auténtico de 9 de septiembre de 1971";

b) Que, consecuencialmente, se condene a Seguros Comerciales Bolívar a pagar a Malterías Unidas S. A. la cantidad de once millones setecientos veintiséis mil ochocientos ochenta y un pesos con 69/100 ($ 11.726.881.69) a título de indemnización "por las pérdidas y daños sufridos al cargamento de cebada 'siniestrado', amparado contra los riesgos de *pérdida total, falta de entrega, avería particular, saqueo, merma* y

alteración química por la póliza automática y los certificados de seguro de transporte descritos en la petición primera ...'';

c) Que, en subsidio de la súplica anterior, se condene a Seguros Comerciales Bolívar a pagar a Malterías Unidas S. A. la suma que se compruebe por las pérdidas y daños padecidos por el cargamento de cebada ya descrito;

d) Que se condene a la sociedad demandada a pagar a la sociedad demandante ''la suma que resulte a deber y en la cuantía que se compruebe dentro del presente juicio o en el incidente posterior de liquidación como reembolso de gastos de salvamento, preservaciones, bodegajes y fletes de la cebada siniestrada, que la entidad asegurada hizo a nombre de aquella en los términos del inciso 2º del ordinal c) de la cláusula 6ª de las condiciones generales de la póliza (numerales 3º y 4º, artículo 680 del Código de Comercio Terrestre) ...'';

e) Que se condene a Seguros Comerciales Bolívar a pagar a Malterías Unidas S. A. el valor de los intereses a la tasa corriente, más un cinco por ciento anual, de acuerdo con el artículo 25 de la Ley 105 de 1927 y 3º de la Ley 89 de 1928, sobre la cantidad que resulte a deber aquélla como indemnización;

f) Que, en subsidio de la petición anterior, Seguros Comerciales Bolívar debe pagar intereses ''a partir del vencimiento de los 90 días comunes o calendarios, contados desde la fecha en que se presentó la reclamación y hasta el día en que se efectúe el pago total del capital'';

g) Que se condene a la demandada a pagar las costas del proceso.

II. Como presupuestos de hecho la sociedad demandante refiere los que a continuación se compendian:

1. Entre Malterías Unidas, representada por su gerente Guillermo González García y Cereales e Inversiones S. A. ''Ceisa'', representada por su gerente Rodney Plunkett, obrando por sí misma y como agente en Colombia de Agricultural Export Corporation S. A. ''Fribexport'', sociedad domiciliada en Ginebra (Suiza), se celebró el 7 de octubre de 1969 un contrato ''merced al cual 'Ceisa', como representante de 'Fribexport', vendió F.O.B., Puerto de los Grandes Lagos, a Malterías Unidas S. A. la cantidad de 'trece mil (13.000) *tonelada 10% más o menos'* de cebada americana, encargando la entidad compradora a 'Ceisa', independientemente, del seguro, despacho, recepción, nacionalización, transporte y entrega del cereal importado, bajo las siguientes estipulaciones contractuales:

''a) *Adquisición, compraventa y características de la cebada.* En los términos de las cláusulas del contrato suscrito el 7 de octubre de 1969, 'Ceisa' comprometió a 'Fribexport', 'a adquirir en los Estados Unidos de Norteamérica' (cláusula 5ª) y 'a vender (a *Malterías Unidas*) la cantidad de trece mil (13.000) toneladas métricas de cebada *10% más o menos* de las siguientes especificaciones: *poder germinativo:* por lo menos 95% a 120 horas; *humedad:* 13.5% máximo; *proteínas:* S. 8. (sic) entre 12 y 14%; *clasificación*: 58% mínimo —sobre malla 6/64— 7% máximo debajo de malla 5/64 procedente de los Estados Unidos de Norteamérica' (cláusula 1ª) (subraya el suscrito);

''b) *Encargado del transporte y redespacho de la cebada.* Así mismo 'Ceisa', independientemente, fue encargado por Malterías Unidas S. A. del '*transporte* desde un puerto de los Grandes Lagos en los Estados Unidos, hasta el puerto de Santa Marta, *ensacar* y *empacar* la *cebada* y *despacharla* de ese puerto por ferrocarril hasta los depósitos del *comprador* en Zipaquirá' (cláusula 5ª del contrato citado. Subraya el suscrito);

''c) *Tomador del seguro.* Simultáneamente 'Ceisa' se comprometió a proteger el transporte de la cebada para Malterías Unidas S. A. obligándose a tomar ... el seguro, el cual amparará —dice textualmente el contrato— pérdida total, avería particular, guerra, pérdidas por saqueo, alteración química de los componentes, siempre y cuando no sea causado por vicio propio y con un deducible de un dos por ciento (2%) ...' (cláusula 5ª. Subraya el suscrito);

''d) *Encargo de recepción y entrega.* Por otra parte 'Ceisa' se encargó contractualmente de la recepción y entrega del cereal con destino a Malterías Unidas S. A. comprometiéndose expresamente a ... '*descargar* por su *cuenta y riesgo* la cebada tan pronto llegue al puerto de destino y *entregarla* debidamente pesada ...' (cláusula 5ª. Subraya el suscrito);

''e) *Fecha de despacho.* Como agente del vendedor despachador 'Fribexport' y encargado del transporte marítimo, 'Ceisa' se comprometió a *despachar* al importador Malterías Unidas S. A. la cebada comprada F.O.B. por ésta 'a más tardar el quince (15) de noviembre de 1969' (cláusula 8ª del contrato);

''f) *Garantía de cumplimiento.* Finalmente, 'Ceisa' se comprometió a 'responder por el cumplimiento de sus obligaciones' con el otorgamiento, por parte de la Compañía de Seguros Bolívar, de una póliza de seguro de cumplimiento del contrato (cláusula 10 del contrato);

"g) *Precios de venta F.O.B. y costos de la recepción, fletes marítimos, transporte interior, seguros, nacionalización, redespacho y entrega.* Por su parte Malterías Unidas S. A. se comprometió con 'Ceisa' a cubrir a 'Fribexport', la totalidad del precio de venta F.O.B. de la cebada comprada, 'mediante la apertura de una carta de crédito irrevocable, divisible, transferible, confirmada en dólares, abierta en un banco de primer orden de New York, pagadera contra presentación de documentos de embarque', y, además, a pagar directamente a 'Ceisa' como tomador del seguro, encargado del transporte, recepción, nacionalización, redespacho y entrega de la cebada, las primas, fletes, empaques, gastos aduaneros e impuestos, bajo las siguientes discriminaciones económicas: I) 'el precio por F. O. B. puerto de embarque, se estipuló en US$ 52.40 por tonelada métrica de cebada que será a cargo del comprador', Malterías Unidas S. A. (cláusula 6ª del contrato). Así para las trece mil (13.000) toneladas métricas de cebada americana, objeto inicial del contrato, se estableció un precio global F.O.B. de 'seiscientos ochenta y un mil doscientos dólares (US$ 681.200.00)', pagaderos directamente al vendedor 'Fribexport'; II) independientemente, Malterías Unidas S. A. se comprometió a satisfacer en moneda nacional, a 'Ceisa', como encargado del transporte, seguro, nacionalización, redespacho, recepción y entrega de la cebada, la suma de 'diecisiete millones noventa y dos mil novecientos veinte pesos ($ 17.092.920.00)' moneda legal colombiana, con destino específico a la satisfacción discriminada de los siguientes gastos y servicios: para 'cubrir el valor de los fletes marítimos a razón de US$ 11.40 por tonelada métrica, o sea la suma de 'dos millones seiscientos mil novecientos diez pesos ($ 2.600.910.00)' moneda colombiana, y el excedente para satisfacer los 'seguros, derechos, impuestos, servicios, fletes del ferrocarril', pagadero en dos contados por valor, respectivamente, de 'diez millones ciento cuarenta y cuatro mil cuatrocientos siete pesos ($ 10.144.407.00)' y de 'cuatro millones trescientos cuarenta y siete mil seiscientos tres pesos ($ 4.347.603.00)' (cláusula 7ª del contrato);

"h) *Ampliación del pedido.* Malterías Unidas S. A., en aplicación al aumento previsto en la cláusula 1ª del contrato tantas veces citado, amplió su pedido a 'un diez por ciento (10%)' más sobre las trece mil (13.000) toneladas solicitadas originalmente, quedando la compra adicionada, en las mismas condiciones contractuales, en un mil trescientas (1.300) toneladas, para un aforo global del contrato de catorce mil trescientas (14.300) toneladas métricas de cebada americana.

"i) *Riesgos cambiarios y tarifarios.* El valor de los servicios portuarios, manejo terrestre y fletes férreos fueron calculados sobre 'tarifas vigentes a la fecha', comprometiéndose Malterías Unidas S. A. como importador de la mercancía, comprador y titular del interés asegurable a absorber las eventuales diferencias 'en caso de variación de estas tarifas y de la tasa de cambio de pesos colombianos 17.61', por dólar, a la cual liquidaba Puertos de Colombia sus derechos (cláusula 11 del contrato)".

2. En desarrollo del contrato antes descrito, 'Ceisa', como representante del despachador, se dirigió en comunicación número 746 de 3 de octubre de 1969 al Instituto de Mercadeo Agropecuario, 'Idema', organismo al cual le incumbía privativamente la introducción de cereales al país, "enviándole 'el registro de importación correspondiente a la venta de 13.000 toneladas de cebada *para Malterías Unidas S. A.* con el fin de que sea presentado por ustedes ante el Instituto de Comercio Exterior, Incomex, para su aprobación'. A la vez Ceisa anexó a esta solicitud la factura proforma, con especificaciones claras de la calidad de agente despachador en que actuaba, de la identidad del Introductor de Malterías Unidas, como también de las características del cereal importado y de los puertos de embarque y de destino entre los cuales debía cumplirse su transporte.

"'*Factura proforma a Malterías Unidas*

"Trece mil (13.000) toneladas métricas, 10% más o menos de cebada para maltear de las siguientes especificaciones:

Poder germinativo: por lo menos 95% a 120 horas. Humedad: 13.5% máximo.

Clasificación: 56% mínimo —sobre malla 6/64. Proteínas S. 8.: entre 12 y 14%. 7% máximo —debajo de malla 5/64—.

Despachador: 'Fribexport' Agricultural Export Corporation S. A.

Agente en Colombia: Cereales e Inversiones S. A. 'Ceisa'.

Puerto de embarque: 1 ó 2 de los Grandes Lagos.

Puerto de destino: Santa Marta.

Valor F.O.B.: US$ 52.40 por tonelada métrica.

Son: seiscientos ochenta y un mil doscientos dólares (US$ 681.200.00).

Bogotá, septiembre 26 de 1969. Fdo. *A. R. Plunkett*'".

3. El 14 de octubre de 1969 el Instituto de Mercadeo Agropecuario "Idema" sometió a la aprobación del Instituto de Comercio Exterior "Incomex" el registro de importación de las 13.000 toneladas de cebada para Malterías Unidas S. A., compradas en Estados Unidos, con aduana en el puerto de Santa Marta, las que serían despachadas por "Fribexport" Agricultural Export Corporation S. A. de Ginebra (Suiza), representada por Cereales e Inversiones S. A. "Ceisa", por un valor total de seiscientos ochenta y un mil doscientos dólares (US$ 681.200.00), importación que fue aprobada el 29 de octubre de 1969, habiendo quedado refrendada la solicitud bajo el registro de importación número 075232 de la misma fecha, conjuntamente con la factura proforma presentada como anexo.

4. En comunicación número 759 del 14 de octubre de 1969, "Ceisa" se dirigió a la Agencia Feldman (J. Feldman), representante de Seguros Bolívar, solicitándole "una garantía de cumplimiento por la suma de setecientos mil pesos ($ 700.000.00) a favor de Malterías Unidas S. A.", para amparar el contrato de importación de las 13.000 toneladas de cebada.

5. El 15 de octubre de 1969 Seguros Comerciales Bolívar S. A. emite la "Póliza de Seguro de Cumplimiento número 26116 (sic) y su Certificado de Seguro número 12386, 'para garantizar la venta de 13.000 toneladas métricas de cebada adquiridas en Estados Unidos de Norteamérica, *según contrato en poder de la compañía*' consignando como 'afianzado' a Cereales e Inversiones S. A. 'Ceisa' y como 'beneficiario' a Malterías Unidas S. A., amparo cuya cobertura se extiende del 15 de octubre de 1969 al 1º de febrero de 1970".

6. Posteriormente, el 3 de noviembre de 1969, Cereales e Inversiones S. A. se dirige al Instituto de Mercadeo Agropecuario remitiéndole el original de la Licencia de importación número 075232, correspondiente a las 13.000 toneladas de cebada, para efectos de su nacionalización.

7. En la misma fecha, Cereales e Inversiones S. A., se dirige también al Instituto de Mercadeo Agropecuario " 'enviando un registro de importación por 1.300 toneladas de cebada con la correspondiente factura proforma, *adicional* al de 13.000 toneladas que ustedes *autorizaron para Malterías Unidas S. A.*, dentro del *margen del 10% más o menos* usual en este tipo de negocio'. En esta forma dentro de las previsiones de la cláusula 1ª del contrato descrito en el hecho 1º de la demanda, se formalizó la ampliación del objeto del mismo en 1.300 para un total de 14.300 toneladas de cebada".

8. El 12 de noviembre Malterías Unidas S. A. solicita del Instituto de Mercadeo Agropecuario asentimiento para la nueva licencia de importación de 1.300 toneladas de cebada y el 14 del mismo mes éste se dirige a Malterías expresándole que "el Instituto aprobó la solicitud presentada por ustedes para la importación de 1.300 toneladas de cebada ...".

El 13 del mes antes citado, el "Idema" sometió a la aprobación del Instituto de Comercio Exterior el registro de importación adicional por 1.300 toneladas de cebada para Malterías Unidas S. A., compradas en Estados Unidos, con aduana en el puerto de Santa Marta, exportadas por "Fribexport" Agricultural Export Corporation S. A. de Ginebra (Suiza), representada por Cereales e Inversiones S. A. "Ceisa", por un valor de sesenta y ocho mil ciento veinte dólares (US$ 68.120.00). Y el 28 de noviembre de 1969, el Incomex aprobó dicho registro de importación.

9. "Definida la naturaleza de la importación, su destinación para el importador Malterías Unidas S. A., por intermedio del Instituto de Mercadeo Agropecuario "Idema", y precisado el valor F.O.B. de las catorce mil trescientas (14.300) toneladas métricas de cebada americana, a razón de *cincuenta y dos dólares con cuarenta centavos* (US$ 52.40), por unidad, amparadas por los registros de importación números 075232 (US$ 681.200) y 084414 (US$ 68.120), Malterías Unidas S. A., en cumplimiento a la cláusula 7ª del contrato descrito en el hecho 1º (sic) de la presente demanda, abrió en el Banco Comercial Antioqueño (sucursal de Bogotá) el 14 de noviembre de 1969, la Carta de crédito irrevocable S. T. Nº 16100 (sic), a favor de 'Fribexport' Corporation, por la suma de cuatrocientos ocho mil setecientos veinte dólares (US$ 408.720) y en el Banco del Comercio de Bogotá, el 24 de diciembre de 1969, la Carta de Crédito irrevocable número 12190, por valor remanente de trescientos cuarenta mil seiscientos dólares (US$ 340.600.00), instrumentos crediticios que en conjunto cubrían setecientos cuarenta y nueve mil trescientos veinte dólares (US$ 749.320) valor total F.O.B. de las catorce mil trescientas (14.300) toneladas de cebada objeto del despacho y embarque".

10. Originalmente Seguros Comerciales Bolívar emitió la póliza automática de seguro de transporte TR-3721 el 11 de septiembre de 1967 a los asegurados "Fribexport Agricultural Export Corporation S. A. y Continental de Cerea-

les''. Y el 11 de febrero de 1969 emitió su anexo número 1, modificando la razón social asegurada en dicha póliza, así: ''Asegurado Fribexport Agricultural Export Corporation S. A. Continental de Cereales y/o Cereales e Inversiones S. A. 'Ceisa' ''. Luego, el 5 de noviembre del mismo año, emitió su anexo número 3, quedando como asegurada, en la razón social de la póliza TR-3721, exclusivamente, Cereales e Inversiones S. A. ''Ceisa''. Por tal virtud, el contrato de seguro de transporte existente entre Seguros Comerciales Bolívar y Ceisa, amparó, bajo la modalidad que a continuación se expresa, los siguientes bienes, riesgos, trayectos y sumas:

''a) *Naturaleza automática del amparo.* En la Póliza de Seguros de Transporte número 3721, emitida por Seguros Comerciales Bolívar a Cereales e Inversiones S. A. 'Ceisa', se estipuló la cobertura *automática* de todos los riesgos, trayectos y sumas aseguradas conexas a la actividad del asegurado, en los términos estipulados en sus *condiciones particulares* a) y b), cuyo tenor literal expresa:

'' '*Condiciones particulares*

'' 'a) No obstante lo estipulado en el segundo párrafo de la condición general 1ª, la presente póliza sirve de prueba legal del seguro y *ampara automáticamente* las mercancías, contra los riesgos y los trayectos arriba indicados.

'' 'b) La suma asegurada que determina en cada despacho la responsabilidad de 'seguros Bolívar', se establecerá así: ...'.

''b) *Mercancías aseguradas.* Los bienes amparados, originalmente, fueron 'Cereales a granel'. Posteriormente, por anexo número 2 de 4 de junio de 1969, a solicitud de los asegurados, se extendió el amparo automático de la póliza, a partir del 30 de mayo del mismo año, a 'la importación de diferentes clases de productos'.

''c) *Riesgos amparados.* La póliza determinó como riesgos cubiertos automáticamente los de 'pérdida total, avería particular y merma', dejando opcionalmente a los asegurados la facultad de 'informar a la compañía de los riesgos adicionales que deseen tomar de acuerdo con las especificaciones de los respectivos contratos'. Así mismo, como condición especial expresa en el contrato, la compañía amparó 'también pérdidas por negligencia y defectos latentes de acuerdo con lo estipulado en cláusula adjunta'.

''d) *Trayectos asegurados.* La póliza cubrió como *trayectos asegurados* —marítimo e interior— las mercancías transportadas 'desde cualquier parte del mundo hasta cualquier parte del país'.

''e) *Sumas aseguradas.* Las sumas aseguradas bajo el amparo automático de la Póliza TR-3721, quedaron fijadas en los siguientes términos estimativos: '*Trayecto marítimo:* Valor de la factura, más gastos, más fletes marítimos, más prima de seguro, más el 10% por concepto de gastos imprevistos', y en el '*Trayecto interior:* El mismo valor asegurado en el trayecto marítimo, más derechos de aduana, más prima de seguro, más el 10% por concepto de gastos imprevistos'.

''Finalmente el 10 de junio de 1970, Seguros Comerciales Bolívar emitió unilateralmente su anexo 1 (bis) al instrumento aludido, dejando 'constancia que a partir de la fecha se cancela la Póliza de transportes número 3721' ''.

11. Con fecha 30 de octubre de 1968, Seguros Comerciales Bolívar enteró a Cereales e Inversiones S. A. ''Ceisa'' que el movimiento de sus contratos de seguros celebrados debía verificarse a través de Jaime Feldman, quien estaba ''ampliamente autorizado ... para celebrar toda clase de contratos de seguros comerciales ... recaudar primas ... y por tanto, cualquier asunto relacionado con sus seguros en nuestra empresa puede ser tratado con el señor Feldman''.

12. En cumplimiento de sus obligaciones de ''tomador del seguro'' y representante de los despachadores, Ceisa ''ordenó a Seguros Comerciales Bolívar S. A., por intermedio de su representante autorizado Jaime Feldman, que con aplicación a su póliza automática de seguros de transporte TR-3721, se extendiera el amparo para el trayecto marítimo de la cebada importada por Malterías Unidas S. A., titular del interés asegurable''.

Con motivo de la anterior orden, Seguros Comerciales Bolívar expidió el Certificado de seguro número TR-197978 a favor de ''Ceisa'', con las siguientes características:

''a) *Póliza de aplicación.* El certificado de seguro aludido, se extendió expresamente como aplicación número 29 a la Póliza automática de transportes número TR-3721, con pleno conocimiento de que Ceisa, como razón social de la póliza, tomaba el seguro, a su nombre, por cuenta y para beneficio del propietario e introductor de la mercancía *Malterías Unidas S. A.*

''b) *Riesgos cubiertos.* Además, de los riesgos cubiertos en forma expresa bajo su Póliza automática de transportes número 3721, 'Pérdida total, avería particular y merma', cereales e Inversiones S. A. 'Ceisa', como tomador del seguro bajo las especificaciones del contrato celebrado

con Malterías Unidas S. A. descritas en el ordinal c) del hecho 1º de esta demanda, ordenó a Seguros Comerciales Bolívar, la extensión del amparo a los riesgos de 'saqueo' y 'alteración química', entidad que acató tales instrucciones amparando bajo su Certificado de seguro TR Nº 197978, expresamente como 'riesgos cubiertos, pérdida total, avería particular, *saqueo,* merma, *alteración química'*.

"c) *Despachadores.* Como despachadores se consignó en el certificado, el nombre de 'Fribexport', de que era agente en Colombia, el tomador asegurado 'Ceisa'.

"d) *Medio de transporte.* Como tal se especificó en el certificado de seguro el 'vapor: Silver Star'.

"e) *Cargamento asegurado.* El cargamento quedó asegurado bajo las siguientes especificaciones identificativas: 'mercancías cebada', 'unidades 264.560', 'empaque *al granel',* 'kilos 14.300 Ton.' (toneladas).

"f) *Trayecto asegurado.* El trayecto marítimo asegurado se precisó *desde* Puerto del Golfo de 'San Lorenzo (Canadá)', en los Grandes Lagos de Norte América, *hasta* Santa Marta.

"g) *Valores asegurados.* Bajo el Certificado de seguro número TR-197978 y la Póliza automática número TR-3721, a que se aplicó el mismo, quedaron definidos los siguientes valores asegurados:

"Valor facturas, fletes y gastos portuarios. Como 'suma asegurada', constituida por los costos previsibles de la cebada en su trayecto marítimo, integrados por su valor F.O.B., fletes marítimos y gastos portuarios, quedó expresamente amparada bajo el Certificado de seguro la cantidad de $ 16.057.164.00.

Valor amparo de prima. Así mismo, en los términos del ordinal b) de las condiciones particulares de la Póliza número TR-3721, quedaron amparadas como prima e impuestos de timbre, por el valor expresado en el certificado de $ 55.685.32.

Valor asegurado de costos imprevistos. Finalmente bajo el ordinal b) de las condiciones particulares de la Póliza automática número TR 3721, quedó amparado para el trayecto marítimo, además, el '10% por concepto de gastos imprevistos', que liquidados sobre el valor facturas, fletes y primas previsibles de la mercancía ($ 16.112.870.32) arrojó la cantidad de un millón seiscientos once mil doscientos sesenta y siete con tres centavos ($ 1.611.267.03).

Total de valores asegurados bajo el certificado de seguro número TR-197978 y Póliza automática número TR-3721 $ 17.724.157.35".

De suerte que las 14.300 toneladas de cebada importadas por Malterías Unidas S. A. quedaron amparadas en el trayecto marítimo entre Canadá y Santa Marta, por la suma de $ 17.724.157.35, cantidad que corresponde a la prevista para dicho trayecto en la cláusula 7ª del contrato celebrado entre aquella entidad y Ceisa.

13. Para efectos del seguro, el despachador vendedor Fribexport, mediante comunicación de 5 de diciembre de 1969, avisó a Seguros Comerciales Bolívar el primer despacho de cebada a Santa Marta en el barco "Silver Star", por cuenta del Instituto de Mercadeo Agropecuario "Idema", con destino a Malterías Unidas S. A., Zipaquirá y, en el mismo mes, Cereales e Inversiones S. A. "Ceisa" reiteró "a aquélla la existencia del cargamento en Santa Marta bajo cobertura automática de su transporte durante el trayecto interior. El día 13 de enero de 1970, el analista de la sucursal de Bogotá de Seguros Comerciales Bolívar se dirigió a "Ceisa" notificándose de la existencia del amparo, en comunicación número SS-A-0031, 'confirmando el seguro' y solicitando la remisión de los datos definitivos para la emisión del certificado del seguro respectivo".

14. El 9 de febrero de 1970 Seguros Comerciales Bolívar expide el certificado de seguro número TR-200498, con aplicación 030 a su Póliza automática número TR-3721, para amparar las 14.300 toneladas de cebada, tanto en sus eventuales "permanencias" en aduanas como durante el trayecto interior entre Santa Marta y Bogotá, quedando asegurado, sin solución de continuidad, por este documento y por el certificado descrito en el hecho 13 precedente, el transporte total de la mercancía desde el puerto de embarque en el Canadá hasta su destino final en bodegas del importador en el interior del país, a más de su ocasional permanencia en el puerto de Santa Marta " 'que se ampara —tal es el texto de las observaciones del certificado de seguro número TR-200498— desde diciembre 27/69 hasta febrero 27/70', por los mismos valores computados para el trayecto marítimo, generando una prima adicional de $ 144.814.66. Independientemente de esta extensión, el certificado de seguro número TR-200498, concretó el seguro del transporte de la cebada, durante su trayecto interior, en las siguientes precisiones contractuales:

"a) *Aplicación de la póliza automática.* El certificado de seguro número TR-200498 específicamente se emitió como 'aplicación 030' a la Póliza número TR-3721';

"b) *Riesgos cubiertos.* Los riesgos específicos amparados son los de 'permanencia; *pérdida total, falta de entrega, avería particular, robo (saqueo), merma de peso y alteración química de los componentes que no sean causados por vicio propio'.*

"c) *Despachadores.* Concretamente determina como *despachadores a 'Fribexport'.*

"d) *Medio de transporte.* El certificado aludido señala expresamente, como transporte en el trayecto interior el 'terrestre'.

"e) *Mercancías aseguradas.* Como objeto asegurado en el trayecto interior, el documento de amparo precitado identifica 'mercancías' constituidas por '14.300 Ton. (toneladas) *cebada'* y como *empaque 'sacos'.*

"f) *Trayecto interior asegurado.* El certificado de seguro número TR-200498 y la Póliza automática número TR-3721, a que Seguros Comerciales Bolívar aplicó el mismo, quedaron definidos los siguientes valores asegurados para el trayecto interior:

"*Valores asegurados para el trayecto marítimo, más gastos internos, derechos de nacionalización y fletes férreos.* Como suma asegurada, en el trayecto interior, constituida por los costos previsibles para la cebada al llegar a su destino final, se ampararon los valores asegurados para el trayecto marítimo, detallados en el hecho 13 de esta demanda, adicionados de todos los gastos internos subsiguientes, derechos de nacionalización en beneficio del 'Idema' y fletes férreos, guarismos que totalizaron una cobertura bajo el certificado por estos conceptos de $ 29.890.000.00.

"*Valor amparado de prima e impuesto de timbre.* Así mismo, en los términos del ordinal b) de las condiciones particulares de la Póliza número TR-3721, quedaron amparados adicionalmente, el valor de las primas de seguro, timbres causados por el Certificado número TR-200498, expresa en el mismo, por permanencias y trayecto interior, en la cantidad de $ 1.040.697.49.

"*Valor asegurado por gastos imprevistos.* Finalmente, bajo el ordinal b) de las condiciones generales de la Póliza número TR-3721, quedó amparado, además, un '10% por concepto de gastos imprevistos', que liquidado sobre la *suma asegurada* como gastos previsibles de la mercancía bajo el certificado número TR-200498, por el proyecto interior ($ 30.930.697.49) arrojó la cantidad adicional asegurada de $ 3.093.069.74.

Total de valores asegurados para el trayecto interior, por el certificado número TR-200498 y la Póliza número TR-3721 $ 34.023.767.23".

Por consiguiente, las 14.300 toneladas de cebada quedaron amparadas en el trayecto interior, mediante el seguro tomado por 'Ceisa', por cuenta de Malterías Unidas, en la suma de $ 34.023.767.23.

15. Malterías Unidas entregó oportunamente a Cereales e Inversiones S. A. 'Ceisa', tomador del seguro, el monto de las primas y timbres correspondientes a los certificados de seguro números TR-197978 y TR-200498, y ésta a su vez cubrió a Seguros Comerciales Bolívar dichas sumas.

16. De acuerdo con las cláusulas 5ª y 7ª del contrato descrito en el hecho 1º de la demanda, Fribexport, como despachador, fletó a nombre de "Ceisa", como encargado del transporte de la cebada, el vapor Silver Star, en las condiciones y términos previstos en el "Charter Party" de 6 de octubre de 1969, para cubrir el trayecto marítimo desde el puerto de embarque de los Grandes Lagos (Canadá) hasta el puerto de destino Santa Marta (Colombia), extendiendo a "Ceisa" la factura comercial número 52257/F, de 8 de diciembre de 1969, por un valor total de fletes marítimos de US$ 163.020.00, causados por el transporte de las 14.300 toneladas métricas de cebada.

17. En cumplimiento de sus obligaciones de despachadores vendedores, "Fribexport" adquirió en los Estados Unidos las 14.300 toneladas de cebada importadas por Malterías Unidas S. A. a través del "Idema", cuya procedencia se acreditó con los certificados de origen de 5 y 15 de diciembre, autenticados por el Cónsul Auxiliar de Colombia. Por tal virtud, Fribexport facturó al Idema, como importador a nombre de Malterías Unidas S. A., la cebada puesta en el puerto de embarque de Three Rivers P. Q. de los Grandes Lagos en Canadá, bajo la siguiente discriminación:

"Factura Nº	*Fecha*	*Toneladas*	*Vallor*	*Registro importación*	*Valor total*
52257/1	4-12-69	6.500	US$ 340.600.00	Nº 075532 (sic)	
52257/2	4-12-69	6.500	US$ 340.600.00	Nº 075232	US$ 681.200.00
52257/3	8-12-69	1.300	US$ 68.120.00	Nº 084414	US$ 68.120.00
	Total	14.300		Valor total	US$ 749.320.00"

En esta forma, Fribexport juramentó las facturas comerciales en los términos pactados en el contrato celebrado con Malterías Unidas S. A., consignando en cada documento sus características, así: "humedad 13.5% máximo, germinación 95% mínimo a 120 horas, proteínas S. S. entre 12 y 14%, clasificación 58% mínimo (Plum) sobre malla 6/64, 7% (Thins) Max. Debajo de malla".

18. Definidos los términos del trayecto marítimo, embarcación y costos F.O.B., el Cónsul de Colombia en Montreal expidió las facturas consulares números 776 de 8 de diciembre y 797, 797A y 7978, de 17 de diciembre de 1969, para el amparo del embarque de las 14.300 toneladas por un precio de $ 13.337.898.00.

19. El 13 de noviembre de 1969, antes del embarque, la firma R. Guay & R. Fortier examinó la cebada con destino a Malterías Unidas y con fundamento en tal examen la Dirección de Productos y Mercados, División de Protección Vegetal del Ministerio de Agricultura de Canadá, expidió los certificados fitosanitarios números M-59.110, de 2 de diciembre de 1969 y M-69111/12/20, de 16 de diciembre de 1969, en que consta que el cargamento se encuentra "esencialmente libre de enfermedades y plagas dañinas; y que la remesa parece ajustarse a las disposiciones fitosanitarias vigentes en el país importador ... que este cargamento durante su permanencia en Canadá no ha tenido cambios incompatibles con las regulaciones sobre importación de plantas del país". De otro lado, la firma "Three Rivers Elevators Limited" hace constar, por ese entonces, que el cargamento de cebada embarcado en el Silver Star el 18 de noviembre de 1969 se encontraba libre de plagas o gérmenes vivos. Así mismo, la firma "Ingman Laboratories Inc." de Mineápolis U. S. A. certificó que la calidad de la cebada embarcada excede a la pactada contractualmente entre Malterías y "Ceisa".

20. Con las especificaciones sobre origen, precio F.O.B., fletes marítimos, cantidad, peso, sanidad, calidad e inspección, certificadas en la serie de documentos ya referidos, las 14.300 toneladas de cebada quedaron exportadas por Continental Grain Company, a bordo del vapor "Silver Star", en el puerto de Three Rivers P. Q. Canadá, el 18 de noviembre de 1969, consignadas al Idema en Santa Marta, con destino a Malterías Unidas S. A., Bogotá.

21. "Ceisa", en su condición de "encargada de la recepción", se aprestó a recibir el cargamento y, por tal virtud, su gerente Alirio Zuluaga se entrevistó en la mañana del 27 de noviembre de 1969 con Florentino Noguera Ramírez, gerente del Terminal Marítimo de Puertos de Colombia en Santa Marta, empresa responsable del descargue, "para acordar el plan de evacuación de la nave referida, que debía atracar en sus muelles la noche de ese mismo día. En su calidad ya dicha, de "encargada de la recepción" y, además, como responsable del "ensacamiento" o empaque de la cebada para su redespacho al interior, obligaciones suyas expresas en la cláusula 5ª del contrato descrito en el hecho 1º de esta demanda, "Ceisa" solicitó oficialmente a Puertos de Colombia, que la cebada *se descargara a granel,* directamente sobre camiones para su traslado a bodegas privadas de la ciudad, fuera del puerto, con el fin de evacuarla automáticamente, facilitando así su preservación, movilización y "ensacado". "En el transcurso de la entrevista, se recibió (por telex), la autorización concedida por el doctor Alvaro Dugand (gerente general de Puertos de Colombia, en Bogotá) *para efectuar el descargue totalmente a granel,* obviando así el problema de falta de personal y equipo, quedando por ultimar los detalles para ese día a las 3 de la tarde", según los términos de la comunicación número 604/69, fechada el 29 de noviembre de 1969, dirigida por "Ceisa" al gerente del terminal.

"El texto de la autorización del gerente general de "Empocol" no admite duda alguna sobre las gestiones preservativas de "Ceisa" como "encargado de la recepción, transporte y entrega" de la cebada. He aquí su tenor:

"Telex:

"Noviembre 27, 1969

"De: Gerente General
"Para: Gerente Termarit
"Santa Marta.

"*He autorizado firma Ceisa efectuar descargue directo a granel en M/N Silver Star arribará Santa Marta esta noche* con sus equipos. *Descargue autorizado deberá efectuarse íntegramente a granel hasta tanto Buque Barrancabermeja desocupe nuevo muelle y equipos de Puerto.* Por ser labor a granel no debe pagarse sindicato ninguna suma por cuanto no prestará servicios. Esta autorización se basa principalmente en falta de personal. En casos sindicato proteste debe manifestarles que si se consigue personal en forma inmediata suspenderemos descargue directo a granel. Doctor Alirio Cadavid reunirse con usted fin ultimar detalles. Cualquier información adicional dársela gustosamente.

"Colpuertos Dugand

"Firmado: A. Dugand D. (subraya el suscrito).

"Con base en esta autorización, 'Ceisa', procedió a 'confirmar el arrendamiento de bodegas' (Almadelco) 'y adicionamiento de vehículos para la evacuación de las mercancías a granel', según el texto de la misma comunicación de 'Ceisa' al gerente del terminal. Mas ese mismo día, en las horas de la tarde, al ponerse en contacto el gerente de 'Ceisa' en Santa Marta, con el doctor Hernando de León, Jefe de Operaciones del Terminal, éste comunicó al doctor Cadavid 'que el plan inicial había sido modificado en forma sustancial en el sentido de que el terminal suministraría equipo y personal, por lo tanto el descargue se haría ensacando, *con prohibición absoluta de evacuar mercancía a granel'*. Ante esta contraorden perentoria de Empocol, 'Ceisa' procedió a cancelar los contratos celebrados 'con los propietarios de las bodegas y vehículos', acomodándose 'a las instrucciones impartidas', hechos que quedaron expresos en la carta precitada".

22. Al arribar el vapor "Silver Star" al puerto de Santa Marta en la noche del 27 de noviembre de 1969, por órdenes de las autoridades portuarias se le asignó para su atraque el muelle número 1, "carente en esa época de bodegas y cobertizos". Ante esta situación, Gabriel Romero, oficinista de "Ceisa", encargado de la recepción, en comunicación fechada el día siguiente, dirigida al Jefe de Operaciones del Terminal, le solicitó " 'servicio para atender la motonave Silver Star en el descargue de la cebada así: cuadrillas necesarias tanto a bordo como en tierra para las 21 horas. Arrume en patios', modalidad, por lo demás, de constante, inevitable y obligada ocurrencia, en ese puerto, conocida por todas las empresas marítimas, compañías de seguros e importadores del país".

Por otra parte, Alirio Cadavid, gerente de la sucursal de "Ceisa" en Santa Marta, ante la congestión de carga en el puerto, acentuada por el descargue de otro vapor, le insistió al gerente del terminal en la conveniencia de realizar el descargue de la cebada a granel sobre camiones para el transporte "y ensacamiento" en bodegas privadas y redespacho sucesivo a los ferrocarriles. Esta gestión tuvo éxito parcial y transitorio, pues "Empocol" 7 horas más tarde revocó la orden de descargue directo a granel.

23. "Ante la obstinación de 'Empocol' de efectuar el descargue 'ensacado' de la cebada en el muelle número 1, carente de bodegas, el 28 de noviembre de 1969, a las once de la noche, el personal de la empresa Puertos de Colombia inició el descargue de la nave 'Silver Star' arrumando en los patios disponibles, previo empaque en sacos, por máquinas de 'Ceisa', de la cebada remitida a granel en su trayecto marítimo. Apenas iniciado el descargue en la forma impuesta por 'Empocol', el 29 de noviembre de 1969 el gerente de 'Ceisa' en Santa Marta, persistió, ante el Jefe de Operaciones del Terminal, en mejorar su procedimiento a fin de efectuar el 'ensacamiento' del cereal en bodegas externas, pero el doctor Hernando de León diferió la decisión a una nueva orden del gerente general de Puertos de Colombia en Bogotá, hecho que quedó consignado" en comunicación de la misma fecha.

24. Con el propósito de evitar toda demora en el muelle, "Ceisa" solicitó a los Ferrocarriles Nacionales los vagones necesarios para cubrir automáticamente el trayecto interior entre Santa Marta y los depósitos de Malterías en Bogotá, y fue así como el 1º de diciembre de 1969 logró hacer el primer despacho férreo, remesas que continuaron en los días sucesivos, a medida que se producía el descargue del cereal en patios, ante la inexistencia de bodegas en el terminal.

Sin embargo, esta tarea se vio limitada por imponderables no atribuidos a "Ceisa", así:

a) En primer lugar, el bajo rendimiento del material humano, pues a pesar de que "Ceisa" facilitó 8 máquinas para el "ensacado" de la cebada, del 28 de noviembre al 3 de diciembre sólo se habían logrado descargar 40.716 bultos, lo cual dio lugar a que "Ceisa" le pusiera de presente esta situación al gerente del terminal marítimo, según nota de 4 de diciembre;

b) Que no obstante lo anterior, "Empocol" mantuvo inalterable la modalidad de descargue "ensacado", que imponía el forzoso arrume en patios, aunque admitió las fallas del sistema;

c) A las dificultades anteriores se agregaron otros dos hechos negativos, consistente el primero en que "Ceisa" fue notificada por los Ferrocarriles Nacionales que no podía suministrarle vagones para el despacho de la cebada durante los días 6, 7 y 8 de diciembre y, el segundo, en que "Empocol" no podía suministrarle, como era su obligación, las carpas para proteger el cargamento descargado en patios.

"Ante tales insuperables —agrega el libelista— y forzado por el hecho que debía continuarse el descargue sucesivo de la cebada ya empacada en el 'Silver Star', el señor Wilson Solano, funcionario de "Ceisa", manifestó al Jefe de Operaciones del Terminal Marítimo el 6 de diciembre de 1969, en comunicación anotada en el registro interno del terminal con el número 7820,

a nombre y bajo la responsabilidad exclusiva de 'Ceisa', como 'encargada de la recepción y transporte', que para 'el cargamento que se desembarque de la m/n Silver Star durante los turnos 19:30 de hoy y etapas del 7 y 8, solicitamos a ustedes que este cargamento sea llevado a los patios del terminal corriendo todos los riesgos por *cuenta nuestra* y *responsabilizándonos de cualquier daño* que sufra la mercancía durante su permanencia en dichos patios sin la protección debida, *que ya el Departamento de Operación con anterioridad nos ha informado que no se puede prestar*' ''.

25. A la expresada lentitud en la evacuación de la cebada, ''determinada por el descargue forzado por 'Empocol' '', se sumaron nuevos hechos que determinaron la obstaculización del redespacho y transbordo a los ferrocarriles, pues durante el proceso de descargue del ''Silver Star'' atracaron nuevas naves en el puerto, con cargamento de papel periódico, trigo y más cebada, considerándose por ''Empocol'' y los Ferrocarriles Nacionales los dos primeros artículos como carga de despacho preferencial.

26. Todos estos ''imponderables'', a los que ''Ceisa'' no podía resistir, determinaron que la recepción, redespacho, transporte y entrega de la cebada confiados a ''Ceisa'', ''tuvieran un dilatado, tortuoso y lento proceso'', pues la forma de descargue adoptado por ''Empocol'' hizo que la evacuación del cargamento copase del 28 de noviembre al 27 de diciembre, siendo particularmente lenta esta actividad en los 15 primeros días, pues en los restantes se pudo acelerar el descargue por el impulso extraordinario de los funcionarios de ''Ceisa''. Culminado el descargue, la deficiente asignación de material rodante de los ferrocarriles determinó un nuevo factor de perturbación en el redespacho y entrega del cereal a Malterías Unidas S. A., en forma tal que las primeras 4.869 toneladas empezadas a despachar hacia su destino final el 1º de diciembre, sólo quedaron totalmente remesadas el 13 de enero de 1970, siendo recibidas por Malterías en un lapso que abarcó desde el 5 de diciembre de 1969 hasta el 28 de enero de 1970. Esta falta de suministro de vagones explica que hasta el 16 de febrero, fecha del último despacho, sólo se hubiesen podido movilizar de Santa Marta a Bogotá 10.357 toneladas de las 14.300 que constituian el cargamento total, ''quedando sometidas a demora fuera de control del asegurado, en Santa Marta, 4.000 toneladas aproximadamente''.

27. Como las 14.300 toneladas de cebada importadas por Malterías Unidas S. A., por conducto del Instituto de Mercadeo Agropecuario, según las disposiciones legales gozaran del privilegio de la exención de impuestos aduaneros, así se solicitó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, lo cual se logró mediante resolución de 9 de diciembre de 1969 y quedaron identificados en la forma que les describen los Manifiestos de importación números 2119, 2120, 2121 y 0104, cuyas especificaciones resultaron coincidentes con los certificados de comprobación expedidos por la Administración de Aduanas de Santa Marta, pues sólo en los aforos y reconocimientos hechos por ''Empocol'' dejó la observación de un faltante de 33.416 kilos, faltante o merma que se encuentra amparado, durante el trayecto marítimo, por el certificado de seguro número TR-197978, emitido por Seguros Comerciales Bolívar y por la Póliza automática de transporte número TR-3721, por lo que la compañía aseguradora debe cubrir, con cargo al certificado dicho la indemnización respectiva a Malterías Unidas S. A., como beneficiaria titular del interés asegurado.

Concluido el ''trayecto marítimo'' entre el puerto de Three Rivers (Canadá) y Santa Marta (Colombia), el transporte del cargamento de cebada amparado por el seguro marítimo bajo el certificado número TR-197978, afectado ya por una merma marítima de 33.416 kilos, ''continuó, sin solución alguna, amparado bajo el seguro interior complementario expreso en el certificado de seguro número TR-200498, durante su transporte hasta los depósitos de Malterías Unidas S. A., en Zipaquirá, extendiéndose dicho amparo ''a cubrir las demoras de la mercancía'', en Santa Marta, hasta treinta (30) días después de la fecha de la nacionalización o pago de derechos de aduana, factores éstos últimos que se realizaron en la forma siguiente:

''Manifiesto de Aduana Nº	*Fecha de aceptación*	*Fecha de nacionalización*	*Fecha de pago derechos Idema*
2119	Diciembre 29/69	Marzo 9/70	Enero 19/70
2120	Diciembre 29/69	Marzo 9/70	Enero 19/70
2121	Diciembre 29/69	Octubre 23/70	Abril 22/70
0104	Diciembre 29/69	Octubre 23/70	Octubre 5/70''.

28. A pesar de todas las dificultades que encontró "Ceisa" para la movilización de la cebada por vía férrea, el transporte se inició en forma regular el 1º de diciembre de 1969 y sólo se interrumpió el 14 de los mismos mes y año, según se constata con las cartas internas del descargue remitido por la sucursal de "Ceisa", en Santa Marta, a su oficina principal de Bogotá, de fechas diciembre 3, 5, 8, 9, 11, 31 de 1969, enero 8, 13, 20, 28, 29 y febrero 11 y 16 de 1970, documentos en los cuales se registra, con anotación de las respectivas guías de remesa, embarques en las siguientes fechas: en diciembre, el 1º, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 20, 21, 22, 24 y 30; en enero, el 8, 10, 13, 14, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 30, 31; en febrero, el 3, 5, 6, 9, 14, 18, 23 y 28.

La cebada efectivamente remesada desde Santa Marta fue entregada por los ferrocarriles, por instrucciones de "Ceisa", a Malterías Unidas S. A. en sus plantas de Tibitó y Almaviva, y éstas la recibieron en sus depósitos, sucesivamente, en los días 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 29, 30 y 31 de diciembre de 1969; 2, 5, 7, 8, 9, 10, 12, 14, 15, 16, 19, 20, 21, 22, 23, 26, 27, 28, 29, 30 y 31 de enero de 1970; 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 13, 16, 19, 20, 21, 24, 25 y 27 de febrero y 2 de marzo de 1970. La cebada recibida por Malterías Unidas registró un peso neto de 10.774.616 kilos, quedando en Santa Marta, en demora forzosa, fuera de control de Ceisa y de Malterías Unidas, la cantidad de 3.491.968 kilos netos.

29. La cebada descargada del "Silver Star", recibida por "Ceisa" en Santa Marta y despachada luego por vía férrea a los depósitos de Malterías Unidas en Zipaquirá y la Caro, fue sometida a análisis de laboratorio y repeso para establecer su propiedad industrial para el malteo y su volumen. "La parte del cargamento descargado por 'Empocol', en Santa Marta, hasta el 14 de diciembre de 1969, cargado por 'Ceisa' a vagones de los Ferrocarriles Nacionales entre el 1º y el 14 de enero de 1970, remesados por Ferrocarriles Nacionales y recibidos, en su destino final, por Malterías Unidas y Almaviva, hasta el 20 de enero de 1970, con un volumen de 5.302.780 kilos, llegaron en condiciones químicas perfectas para el malteo, con todos sus componentes integrados, pasando las pruebas continuadas de remojo y análisis de laboratorio sin objeciones".

30. En cambio, el cereal cargado en Santa Marta y remesado a partir del 15 de enero de 1970, recibido en las estaciones férreas de Zipaquirá, "entre el 21 de enero y el 8 de febrero y en La Caro entre el 5 y el 12 de febrero ..., presentaba humedad excesiva producida por el agua recibida (avería particular) determinante, consecuencialmente, de una deformación de los componentes que redujo a niveles exiguos su capacidad de germinación (alteración química) haciéndola impropia para el malteo, al par que consignaba que, por la misma causa muchos bultos, dañados por la putrefacción, habían ya generado hongos durante el transporte, teniendo que ser segregados de la cebada aparentemente sana para evitar la propagación de la avería y la acentuación de la pérdida de su propiedad química de germinación".

En síntesis, hasta el 12 de febrero de 1970, después de los análisis de laboratorio, se comprobó que 3.933 toneladas y 400 kilos, habían quedado afectadas por "pérdidas, averías y alteraciones químicas de sus componentes".

31. Inmediatamente Malterías tuvo conocimiento del resultado de los primeros análisis químicos del cereal, en los cuales se evidenció su alteración, se dirigió telefónicamente y en carta el 10 de febrero de 1970 a "Ceisa", señalando la aparición del siniestro del cargamento y, al día siguiente, llamando la atención sobre la autorización extendida por dicha empresa para cargar un lote "completamente mojado", por lo que en esta última fecha desplazó a Santa Marta al químico Antonio Paredes Quintero, quien al efecto rindió un informe sobre las alteraciones químicas advertidas en la cebada demorada en Santa Marta, comprobándose luego una pérdida absoluta adicional de 3.491.966 kilos de las 4.140 toneladas de cereal que permanecieron en demora, fuera de control en Santa Marta.

Con estos nuevos resultados, las pérdidas, daños y alteraciones padecidas por la cebada durante el trayecto interior, afectaron, hasta el 16 de febrero de 1970, la cantidad de 7.429.366 kilos. Y con posterioridad a esta fecha, los laboratorios de Malterías pudieron establecer que de la cebada recibida en su planta de Tibitó a partir del 2 de febrero de 1970, 2.273.000 kilos registraron una alteración química. Por otra parte, al culminar el repeso en las plantas de Malterías y Almaviva, se advirtió una merma en el trayecto interior de 42.264 kilos, "al par que el cereal que permaneció en demora forzosa en el puerto, ya alterado, registró una falta de entrega y/o merma por los compradores del salvamento de sacos o bultos contentivos de 284.406 kilos".

De suerte que quedó establecida la "siniestralidad absoluta padecida por el cargamento de

cebada americana importada por Malterías, en los siguientes guarismos'':

''*Cebada siniestrada.*

''Trayecto: marítimo. Siniestro: merma. Lugar: no llegada Santa Marta. Kilos netos: 33.416.

''Trayecto: Interior. Siniestro: alteración química. Lugar: salvamento (raza). Kilos netos: 5.298.921.

''Trayecto: interior. Siniestro: alteración química. Lugar: Muestras salvamento. Kilos netos: 1.973.

''Trayecto: interior. Siniestro: alteración química, falta de entrega y/o merma. Lugar: salvamento no entregado en Santa Marta. Kilos netos: 284.406.

''Trayecto: interior. Siniestro: merma y/o falta de entrega. Lugar: no recibida en destino final. Kilos netos: 42.264.

''Cebada siniestrada totalmente: 5.661.000 kilos netos.

''Trayecto: interior. Siniestro: avería particular y/o alteración química. Lugar: procesada industrialmente. Kilos netos: 3.353.000.

''Cebada siniestrada parcialmente	3.353.000
''Cebada siniestrada totalmente	5.661.000
''Cebada siniestrada parcialmente	3.353.000
''Total cebada siniestrada	9.014.000

Resumen

''Total cebada buena procesada	5.286.000
''Total cebada siniestrada	9.014.000
''Total cebada importada	14.300.000 Kl.''.

32. El 16 de febrero de 1970, día en que terminó la inspección y estudio sobre el estado de la cebada demorada en el muelle número 1 del puerto de Santa Marta y 3 días después de la presentación de los resultados de laboratorio sobre el cereal analizado en las plantas de Tibitó y Almaviva, Malterías, como titular del interés asegurado, se dirigió en comunicación número 099 a ''Ceisa'', como tomador del seguro en los términos del contrato suscrito entre las mismas entidades el 7 de octubre de 1969. En la misma fecha, inmediatamente recibida la comunicación anterior, ''Ceisa'' se dirigió a la Compañía de Seguros Bolívar enterándola del siniestro y transmitiéndole la reclamación formal de indemnización formulada por Malterías. Las dos comunicaciones son transcritas en el hecho 38 del libelo.

33. Formalizado el aviso del siniestro y la reclamación indemnizatoria, en vista de los requerimientos de Malterías para que el asegurador concurriera a analizar la mercancía siniestrada y definir los puntos esenciales de la reclamación, ''Ceisa'' se dirigió de nuevo a Seguros Comerciales en comunicación de 18 de febrero de 1970, con el fin de que esta última impartiera las instrucciones respectivas sobre la destinación del cargamento, y el 23 del mismo mes y año reiteró ''Ceisa'' a la sociedad aseguradora su reclamación, habiéndola aceptado ésta formalmente, mediante comunicación de 25 de los citados mes y año, que también transcribe el demandante en el hecho 39.

34. Aceptada por la compañía aseguradora la reclamación e iniciado el proceso del ajuste, Malterías, como titular del interés asegurado y ''Ceisa'', en su condición de tomador del seguro, agente del vendedor, despachador y encargado de la nacionalización, transporte, redespacho y entrega de la cebada amparada, pusieron a disposición de los ajustadores W. Moller & Cía. Limitada, todos los elementos probatorios necesarios para establecer la existencia del cargamento, su valor, el origen y naturaleza del siniestro, la magnitud de las pérdidas, la cobertura del riesgo y la determinación de la indemnización. Por su parte, los mencionados ajustadores tomaron de inmediato, a nombre de la compañía aseguradora, posesión física del cargamento siniestrado, constatando la densidad de los daños, averías, mermas y alteraciones químicas de la cebada y determinando sus causas, todas coincidentes con los resultados de los exámenes de laboratorio, verificados por Malterías, según se puso de presente con el informe rendido por el químico Mario Ospina Melo el 13 de marzo de 1970, quien fuera designado por los ajustadores para tal fin. Este informe igualmente aparece transcrito en la demanda.

35. De suerte que las pérdidas, daños y alteraciones padecidas por la cebada fueron producto de un hecho externo, o sea, el agua lluvia, lo cual produjo la pérdida total o parcial del grado de germinación natural. No fue, pues, como lo conceptuó el experto de los ajustadores, un vicio propio del cargamento asegurado sino un elemento extraño al cereal el que produjo su real alteración.

36. El artículo 633 del anterior Código de Comercio, vigente por la época en que ocurrieron los hechos, establecía presunción de que el siniestro ocurrió por caso fortuito, pero el asegurador puede acreditar que ha sido causado por un acci-

dente que no le determine responsabilidad. Mas en el presente caso, la presunción resulta inocua, "porque la compañía aseguradora en forma documental constante y continuada expresó el carácter accidental de las pérdidas determinando sus causas y señalando la existencia de responsabilidad en su producción del encargado de la recepción, redespacho, transporte y entrega de la mercancía —Ceisa— y, desde luego, de su importador, propietario y titular del interés asegurado —Malterías Unidas S. A.—.

"Evidentemente, aún con anterioridad a la comprobación del daño y alteración de la cebada —12 de febrero de 1970— y a la misma expedición del seguro interior complementario del marítimo —9 de febrero— que amparó continuamente desde la iniciación su transporte desde Santa Marta hasta Bogotá (Certificado de seguro número TR-200498), Seguros Comerciales Bolívar conocía ya las causas de la pérdida, expresando a su representante Agencias Feldman, en carta IT-1005, de 26 de enero de 1970, suscrita por el doctor Enrique Angulo Amorocho, Jefe de su Departamento de Indemnizaciones, que:

" 'Con el fin de que se sirvan solicitar a la firma Cereales e Inversiones S. A. tomar las medidas necesarias, les informamos que en reciente visita practicada por el señor Gonzalo Arboleda H. a la ciudad de Santa Marta; *se enteró del sistema de almacenamiento utilizado* por la empresa *Puertos de Colombia,* para la cebada llegada en el vapor *Silver Star* de *fecha 27 de noviembre de 1969.*

" 'Esta *cebada 14300 toneladas* se encuentran en los patios 1 y 3, sin protección bajo techo; una tercera parte aproximadamente está cubierta con lonas y el resto del cargamento no tiene protección.

" 'Informaciones de la gerencia de la sucursal y del vigilante portuario, *nos indican que este cargamento de cebada ha sido sometido a los rigores del invierno* que se presentó en el mes de diciembre y primeros días del presente mes de enero' (subraya el suscrito).

"Esta comunicación de 28 de enero de 1970 se produce un día después de que Seguros Comerciales Bolívar, expidiera el certificado de modificación CLA-7645, —27 de enero de 1970—, merced al cual amplió, de febrero 1º a marzo 1º de 1970, la vigencia de su Póliza de seguro número 26118 destinada a garantizar, en beneficio de Malterías Unidas S. A., las obligaciones contraídas por Ceisa, en el contrato de 7 de octubre de 1969, como tomador del seguro, encargado de la recepción, nacionalización, ensacado, redespacho, transporte de la cebada y como representante de su vendedor despachador Fribexport. Y se suscribe, así mismo, esta comunicación —28 de enero de 1970— 15 días después de que el analista de Seguros Comerciales Bolívar confirma a Ceisa la existencia del amparo del transporte de la mercancía en trayecto interior, solicitándole los documentos pertinentes para la expedición del seguro expreso en el Certificado número TR-200498 (—Carta 68-A-0031— transcrita en el hecho 14).

"Pero Seguros Comerciales Bolívar no sólo tuvo, pues, conocimiento de la existencia del riesgo y de las causas que originaron las alteraciones y averías con anterioridad a su aviso y reclamación, sino que, una vez producido el siniestro, después de realizada la inspección de la mercancía siniestrada, verificados análisis y emitido concepto por sus funcionarios, ajustadores y expertos químicos sobre la naturaleza, origen y consecuencias del mismo, calificó oficialmente en lugar, tiempo y modo las circunstancias en que se produjeron las pérdidas en forma documental indesvirtuable e irreversible.

"Así, el 26 de abril de 1970, en comunicación DI-260, dirigida por el Jefe del Departamento de Indemnizaciones, doctor Enrique Angulo Amorocho, a la Junta Administradora Local del Terminal Marítimo de Santa Marta, Seguros Comerciales Bolívar, al demandar oficialmente la exención de bodegajes para la cebada retenida en ese puerto, confirma la falta de disponibilidades que tuvo la Empresa Puertos de Colombia (Empocol), como responsable del manejo portuario de la cebada, para su protección y determina la fecha exacta de la lluvia que causó su pérdida en estos términos inequívocos:

" ' De las informaciones recibidas entendemos que en la actualidad sobre esta cebada pesa un gravamen de bodegajes que alcanza proporciones comparativamente altas y que aún se encuentra pendiente de cancelación. Por el otro lado, *es indudable de su contenido que esta cebada fue afectada el día 13 de enero de 1970 por fuertes lluvias, a cuya influencia el grano estuvo expuesto sin ninguna defensa, ya que no había estado dentro de las posibilidades del terminal marítimo de darle a la cebada la protección acostumbrada en relación con y requerida por esta clase de carga delicada'* (subraya el suscrito).

"Además, en calificación precisa sobre la identidad y densidad de daños, el Jefe del Departamento de Indemnizaciones de Seguros Comerciales Bolívar, hace una evaluación de las pérdidas, al agregar en la comunicación precitada:

" 'A raíz de este deplorable accidente *la cebada sufrió ciertos deterioros cuyas consecuencias la han demeritado en un alto porcentaje, prohíben su utilización para los fines para los cuales fue importada originalmente,* y hacen necesaria su venta a precio muy inferior al original' (subraya el suscrito).

"Finalmente, Seguros Comerciales Bolívar, al invocar las disposiciones legales en que apoya su decisión de exención de bodegajes sobre la cebada siniestrada, precisa la *ocurrencia fortuita* del siniestro, reiterando la *responsabilidad de Empocol* por su falta de medios de protección del cargamento en el Puerto de Santa Marta, en estos términos indelebles:

" 'Invocamos en respaldo de nuestra solicitud el artículo 7º de la Resolución número 015 de octubre 20 de 1969, el cual prevé la posibilidad de tal exención de bodegajes *para casos fortuitos como el presente,* y les rogamos igualmente, considerar en esta conexión *que el accidente que ocasionó el deterioro de la cebada con las consecuentes pérdidas económicas* para *importador y asegurador y que así mismo causó la demora motivo de estos bodegajes, ha sido hecho posible por las limitaciones en las facilidades del mismo terminal marítimo de Santa Marta'* (subraya el suscrito)".

37. Con las afirmaciones anteriores de Seguros Comerciales Bolívar, se evidenció el origen fortuito del siniestro y la ausencia de responsabilidad en su producción de Malterías y Ceisa, al descargar sobre Empocol la culpabilidad sobre los daños provocados por la lluvia al no "darle a la cebada la protección acostumbrada", por "las limitaciones en las facilidades del mismo terminal marítimo de Santa Marta". Las afirmaciones del asegurador, fueron también confirmadas el 12 de enero de 1971 por el Ministro de Obras Públicas y Presidente de la Junta Directiva de la Empresa Puertos de Colombia, doctor Bernardo Garcés Córdoba, en comunicación dirigida al Coronel Jacinto Márquez y al Gerente de Colpuertos de Colombia.

38. De suerte que los textos documentales consignados en los hechos 42, 43 y 44 de la demanda, provenientes del asegurador y de los exdirectores de Puertos de Colombia, precisan que todas las circunstancias fortuitas que contribuyeron al siniestro del cereal estuvieron "fuera de control del importador" Malterías Unidas. Ciertamente, la sociedad aseguradora no ha hecho ninguna imputación a Malterías en la producción del siniestro. Empero, "para eludir sus obligaciones indemnizatorias, ha querido extemporáneamente deformar la calificación fortuita de su acaecimiento y de la responsabilidad de Empocol en el mismo, admitidos expresamente por el Jefe de su Departamento de Indemnizaciones, señalando que Ceisa al autorizar como encargado de la recepción y el transporte, el descargue a la intemperie de la cebada, incurrió en una agravación de los riesgos, siendo que la responsabilidad del descargue de toda la mercancía en el terminal y su protección durante su permanencia en el mismo, incumbía legalmente a la Empresa Puertos de Colombia. Porque ésta asignó libremente el sitio en donde fue arrumada la mercancía y no procuró los medios de protección y forzó a Ceisa a que el descargue se efectuase en patios, rechazando la solicitud de ésta para hacerlo bajo techo en bodegas privadas de Almadelco, a lo que se suma que tampoco facilitó las carpas que le correspondía suministrar para la protección de dicha mercancía, por lo que Ceisa se vio obligada a adquirirlas para suplir esta negligencia de la empresa responsable.

Ahora bien, el hecho de que los señores Wilson Solano y Gabriel Romero, empleados de Ceisa y encargados de la recepción del buque, sin consentimiento y sin conocimiento de Malterías, hubieran autorizado el descargue de la mercancía en patios, impuesto forzosamente por Empocol, no constituye imprudencia o agravación del riesgo, sino que es la contingencia regular a que se ven sometidos todos los usuarios del puerto de Santa Marta. Y añade el demandante: "De estos hechos se infiere claramente que 'Ceisa', como encargado de la recepción y el transporte, en ninguna forma agravó los riesgos existentes y que todas las circunstancias que determinaron el siniestro estuvieron fuera de su control. Pero aún bajo la hipótesis imposible de que el asentimiento expreso, dado por sus funcionarios en Santa Marta señores Gabriel Romero y Wilson Solano, en las comunicaciones de 25 de noviembre y 6 de diciembre de 1969, a la forma de arrume y almacenamiento impuesta por Empocol para el descargue de la cebada, a que se refieren los hechos 25 y 27 de esta demanda, constituyeran un acto culposo la indemnización demandada es, igualmente, procedente, porque *la culpa* al igual que *el dolo* que parece advertir Seguros Comerciales Bolívar en la comunicación suscrita por Solano como un documento antedatado, son riesgos propios a cargo del asegurador, según se desprende del artículo 725 del Código de Comercio Terrestre, vigente hasta el 31 de diciembre de 1971".

Por consiguiente, el precepto antes mencionado "basta para señalar que los hechos dolosos y

culposos que, hipotéticamente se imputaron a 'Ceisa', constituyen riesgos amparados legalmente bajo el contrato de seguro de transporte expreso en la Póliza número 3721 y los Certificados de seguro número TR-197978 y número 200498, emitidos por Seguros Comerciales Bolívar, porque en tal evento, Cereales e Inversiones S. A., actuó en su triple condición de encargado del transporte, recepción y entrega de la cebada asegurada a través de todo el proceso contractual, carácter conocido y aceptado expresamente por el asegurador con anterioridad a la iniciación de los riesgos y la propia cobertura bajo los certificados de transporte, al amparar, el 15 de octubre de 1969, bajo su Póliza de cumplimiento número 26118 el contrato de venta, despacho, transbordo y entrega de la cebada celebrado entre Malterías Unidas S. A. y 'Ceisa', el 7 de octubre de 1969, documento, que, por sí mismo, personificó el interés asegurado y asegurable y demarcó la responsabilidad del asegurador y la extensión de los riesgos. Por consiguiente, sí, por vía de ejemplo, los daños, pérdidas, averías o alteración de la cebada, se hubiesen producido y/o agravado por *culpa* de los funcionarios de 'Ceisa' que asintieron al descargue en patios o si la carta suscrita por el señor Wilson Solano el 6 de diciembre de 1969 a Empocol hubiese sido fechada o antedatada con *dolo,* estos actos en nada alterarían los derechos indemnizatorios de Malterías Unidas S. A., ajena a los mismos, pues como tales serían riesgos por los cuales Seguros Comerciales Bolívar debe responder en los términos del artículo 725 del Código de Comercio Terrestre''.

39. La condición de titular de la reclamación y del seguro de Malterías se encuentra apoyada en la ley y en documentos contractuales. En efecto, Malterías ''fue y es en forma continuada y constante titular del interés asegurado y beneficiaria contractual y legal de los derechos indemnizatorios derivados de los Certificados de seguros número 197978 y número 200498, aplicados a la Póliza automática de transporte número TR-3721, que sirvieran de título a la reclamación presentada y sirven a esta demanda. Lo fue contractualmente, aún antes de emitirse los documentos aludidos, porque en el contrato de 7 de octubre de 1969, suscrito entre Malterías Unidas S. A. y 'Ceisa', cuyo cumplimiento afianzó Seguros Comerciales Bolívar, desde el 15 de octubre de 1969, mediante la Póliza de cumplimiento número 26118, se estipuló claramente la obligación de éste, de 'tomar el seguro' para proteger el transporte durante sus trayectos marítimo e interior, de la mercancía vendida a aquélla, con explicaciones precisas de sus amparos, cargando el comprador con el costo de las primas que, por lo demás, satisfizo anticipadamente. Así mismo, Malterías Unidas es titular de los derechos asegurados bajo los certificados dichos, desde el instante mismo en que como compradora de la cebada, ésta le fue despachada desde el Canadá, por la transferencia automática que del contrato de seguro, expreso en los mismos, se operó, a su favor, por ministerio de la ley, en aplicación del artículo 654 del Código de Comercio Terrestre vigente hasta el 6 de diciembre de 1971''.

40. Formando parte del hecho 46, afirma el libelista que ''está acreditado en los documentos múltiples reseñados en esta demanda que 'Ceisa' obró como representante del despachador, que tomó el seguro, que éste figuró a su nombre, que Malterías Unidas pagó las facturas y las primas del seguro, y que, en consecuencia, aún sin necesidad de cesión efectuada, y con anterioridad a la misma, desde el instante en que se produjo su despacho Malterías Unidas fue el titular de todos los derechos indemnizatorios generados por los Certificados de seguros número 197978 y número 200498. En estas circunstancias a partir del 18 de noviembre de 1969, en que fueron despachadas de Three Rivers (Canadá) en el Silver Star para Malterías Unidas en Tibitó (Zipaquirá), las catorce mil trescientas (14.300) toneladas aseguradas, 'Ceisa' dejó de ser el tomador titular del interés asegurado a su nombre al transmitir los derechos plenos del contrato de seguro a Malterías Unidas, por ministerio de la ley, así fuese nominalmente el 'contratante' inscrito en la póliza automática y en los certificados de seguro aludidos.

''Por lo demás, a fuer de este apoyo legal, Cereales e Inversiones S. A. 'Ceisa', reiteró, en comunicación número 2044 de 8 de mayo de 1970 a Seguros Comerciales Bolívar, la cesión del seguro, efectuado ya por ministerio de la ley, y, posteriormente, ratificó en documento auténtico dicho traspaso en constancia de septiembre 7 de 1971.

''Con tales precisiones Malterías Unidas S. A. sustituyó a 'Ceisa', como titular y beneficiario del seguro, y, en tal carácter, es procedente el título en que apoyó la reclamación presentada a Seguros Comerciales Bolívar y apoya la presente demanda''.

41. Aceptada por Seguros Comerciales Bolívar la reclamación formulada por Malterías por conducto de ''Ceisa'', según da fe la comunicación de 25 de febrero de 1970, ese mismo día los representantes del asegurador W. Moller Compa-

ñía Limitada iniciaron la operación de ajuste, entraron en posesión del salvamento e impartieron instrucciones a "Ceisa" sobre el procedimiento a seguir para solicitar del Idema rebajas de derechos de importación del cereal y definir la disposición de la mercancía averiada en Almaviva. Así las cosas, Malterías y "Ceisa" pusieron a disposición de los ajustadores todos los libros y documentos del caso. Estos procedieron a hacer el reconocimiento directo de la mercancía averiada existente en los muelles de Santa Marta, en las plantas de Malterías y Almaviva y en la agencia de Mosquera, estableciendo el origen, naturaleza y volumen de las pérdidas. La verificación de las averías y alteraciones químicas fue efectuada por el doctor Mario Ospina Melo.

42. Comprobado el volumen, las causas fortuitas de los daños y definida la parte de cebada averiada, los ajustadores, en nombre del asegurador, determinaron la cantidad de cereal que podría ser aprovechado como salvamento para forrajes o alimentos de animales, procediendo a negociarla libremente con Raza S. A., sin ingerencia de Malterías ni de "Ceisa", pues la interesada en adquirirla ofreció hacerlo a razón de $ 1.450.00 por tonelada, puesta en depósitos del comprador. Ante esta situación W. Moller Compañía Limitada "transmitieron" a "Ceisa" su decisión de aceptar la oferta de compra del salvamento de cebada hecho por Raza S. A., " 'en vista de que esta oferta es la más favorable que ha recibido Seguros Comerciales Bolívar, como aseguradores de los dos cargamentos arriba citados ...' ". Por consiguiente, esclarecida así la propiedad y autonomía dispositiva de los aseguradores sobre el salvamento, W. Moller, en representación de Seguros Comerciales, le vendieron a Raza S. A. la totalidad del salvamento de cebada utilizable, operación que quedó confirmada en carta de 14 de abril de 1970, dirigida a los ajustadores, en la que se expresa la aceptación del negocio en las condiciones convenidas, por lo que en la misma fecha antes mencionada estos se dirigieron a "Ceisa" dándole cuenta de la venta y solicitándole la orden para verificar la entrega. Perfeccionada así la operación de venta, W. Moller, actuando en las condiciones tantas veces dichas, ordenó entregar a Malterías el 15 de abril de 1970, "como pago parcial imputable a la indemnización el producto de la operación, expresando en comunicación de esa fecha que "autorizamos entregar a la firma Malterías Unidas S. A. contra recibo, los valores de compra de la cebada citados al margen, a medida que las diferentes partidas sean entregadas a ustedes de acuerdo con el contrato de compraventa que hemos celebrado ...".

43. Con la orden expresa de los vendedores W. Moller Compañía Limitada, Raza S. A. se dirigió el 13 de marzo de 1970 a Malterías remitiéndole cheques por las primeras entregas parciales del salvamento, como pago imputable a la indemnización, reiterando que "nosotros (Raza) compramos a Moller Compañía Limitada, toda la cebada afectada con la reclamación a la compañía de Seguros Bolívar que se encuentra en las instalaciones de Tibitó y Mosquera ..." y, posteriormente, el 23 de julio de 1970, los mismos compradores se dirigieron nuevamente a los ajustadores enterándolos sobre las dificultades para cargar el salvamento en Santa Marta y remitiéndoles una relación de los pagos efectuados a Malterías, añadiendo que descontaron el valor total de los fletes. Culminada la entrega a Raza S. A. por Malterías, aquélla se dirigió a sus vendedores W. Moller, según comunicación de 14 de enero de 1971, informándole sobre el volumen, origen de las entregas, gastos de fletes y la cantidad global recibida por los asegurados Malterías, que descontadas las correspondientes a otro salvamento, resultan los siguientes datos:

"Entregadas por Agencia de Mosquera	436.630
"Entregadas por Almaviva	852.611
"Entregadas por Planta Tibitó	861.590
"Entregadas Terminal Sta. Marta	3.207.560
	5.358.391"

Esta cantidad de cebada comprada por Raza S. A., arrojó un precio bruto de $ 7.789.666.95, el cual quedó afectado en la suma de $ 1.192.461.57, equivalente a los fletes pagados por movilización, recibiendo Malterías la suma de $ 6.577.205.38, cantidad ésta que a su vez se vio reducida por gastos de salvamento, preservación, financiación y bodegaje del cereal, causados con posterioridad a la denuncia del siniestro, con cargo al asegurador. "Así, el saldo neto de la venta del salvamento efectuado por Seguros Comerciales Bolívar a Raza S. A., por conducto de W. Moller Compañía Limitada, fue la suma de dos millones quinientos catorce mil dieciocho pesos con treinta y nueve centavos ($ 2.514.016.39), cifra que Malterías Unidas S. A. recibió con imputación al pago parcial de la indemnización adeudada por la entidad aseguradora".

44. Mediante comunicación de 22 de mayo de 1970 Malterías demandó a Seguros Comerciales

Bolívar "un avance de la indemnización, recibiendo respuesta el 17 (sic) del mismo mes en el sentido siguiente: 'lamentamos manifestarles que por ahora no podemos atender la solicitud de ustedes, pues hasta la fecha no conocemos el informe de ajuste del siniestro' ".

45. El 21 de mayo de 1970 "Ceisa" se dirigió a Puertos de Colombia solicitándoles proporcionar a los ajustadores copia de la correspondencia "que pueda existir entre ustedes y nosotros, incluyendo el Terminal Marítimo de Santa Marta y relativa a la nave S. S. Silver Star", y el 4 de junio Malterías comunicó a la compañía aseguradora la liquidación de valores globales de la cebada importada para que efectuara los reajustes a que hubiere lugar en los términos automáticos de la póliza. Sorpresivamente, 5 meses después de haberse formulado la reclamación de 16 de febrero de 1970, el presidente encargado de Seguros Comerciales Bolívar puso un nuevo eslabón en la cadena de reticencias, al expresar en comunicación de 9 de julio del mismo año que "Efectivamente no ha existido, hasta la fecha, pronunciamiento oficial alguno de la compañía, en cuanto a la indemnización se refiere, porque hasta la fecha, tampoco se ha presentado reclamación alguna por los siniestros ocurridos", ignorando deliberadamente que Seguros había notificado a "Ceisa", desde el 25 de febrero, que la compañía había comisionado a la firma W. Moller Compañía Limitada para atender y definir las reclamaciones y a sabiendas de que la propia compañía, desde hacía más de 3 meses, había vendido la cebada "siniestrada" a Raza S. A.

46. Cuatro días después de esta comunicación, los ajustadores se dirigieron a "Ceisa" proponiendo el ajuste del costo sano "a su reclamación por concepto de contaminación de un cargamento de 14.300 toneladas de cebada procedente de Canadá", conforme al cuadro que se transcribe en el hecho 56 de la demanda y que contiene la relación de los pagos hechos con motivo de la importación del cereal, que ascienden a la suma total de $ 28.779.796.87, solicitando aquéllos que se les confirme "si las partidas que anteceden representan la totalidad de los gastos inherentes a esta importación, y si se puede considerar por lo tanto que el costo de esa misma importación" corresponde a la suma antes referida.

47. Establecido el valor de costo de la cebada importada, de las primas de seguro pagadas y de gastos imprevistos, Malterías consignó la liquidación unitaria por tonelada amparada para el aforo de las pérdidas indemnizables, la cual concretó en la suma de $ 2.347.56 por tonelada.

El valor al costo de la cebada, el valor de las primas de seguros y el valor de los gastos imprevistos, así liquidados, se encuentran cobijados por la póliza automática de transportes y los certificados de seguro, en sus trayectos marítimo e interior, en los términos detallados en los hechos 13, 14 y 15 de la demanda, que la Revisoría Fiscal de Malterías discriminó en la forma siguiente:

"*Valor de los amparos sobre importación de 14.300 toneladas llegadas en el vapor Silver Star.*

"Valor suma asegurada al costo en la permanencia en puerto colombiano y trayecto interno Póliza número TR-3721 y Certificado número TR-200498. $ 29.890.000.00.

"Valor prima de seguro. Certificado número TR-197978. $ 55.686.32.

"Valor prima de seguro, Certificado número TR-200498. $ 1.040.697.49. $ 1.096.383.81. Subtotal $ 30.986.383.81.

"10% sobre gastos imprevistos de acuerdo con la Póliza número TR-3721. $ 3.098.638.38.

"Valor absoluto de la mercancía amparada $ 34.085.022.19" (sic).

48. Con base en los valores transcritos, el ajuste de las pérdidas, mermas, falta de entrega, averías y alteraciones químicas padecidas por la cebada asegurada, arrojó el siguiente ajuste del siniestro, remitido por la Revisoría Fiscal a la Gerencia de Malterías, como cuenta de orden:

"*Ajuste final de la reclamación sobre el siniestro sobre la cebada siniestrada totalmente trayecto marítimo merma.*

"Valor de 33.416 kilos de cebada no recibida en puerto colombiano:

"$ 16.678.289.62 x 33.416 $ 38.973.55
14.300.000 Kls.

"*Trayecto interior alteración química total y/o mermas.*

"Valor de 5.627.584 kilos de cebada siniestrada en el interior a $ 2.374.56 $ 13.383.035.86

"*Trayecto interior avería particular y/o alteración química.*

"Valor del 10.658% de pérdida sobre 3.353 toneladas procesa-

das industrialmente con avería particular y/o alteración química particular $ 1.178.452.80

$ 14.580.452.21

"Menos 1% deducible según la Póliza número 3721 sobre valor absoluto de la mercancía amparada $ 33.955.213.21 $ — 339.562.13

"Valor de la indemnización S/ 9.014 toneladas $ 14.240.900.08

"En esta forma la indemnización total por el siniestro a cargo de Seguros Comerciales Bolívar, arrojó la suma de catorce millones doscientos cuarenta mil novecientos pesos con ocho centavos ($ 14.240.900.08) moneda legal colombiana, a la cual se debitó el pago parcial de dos millones quinientos catorce mil dieciocho pesos con treinta y nueve centavos ($ 2.514.018.39) moneda legal colombiana saldo neto, recibido por Malterías Unidas, a nombre de los aseguradores, como producto del salvamento, en los términos establecidos en el memorando número 01338 de 2 de diciembre de 1971, transcritos en el hecho 53 de esta demanda, resultando el siguiente saldo insoluto indemnizable:

"Valor total de la indemnización sobre 9.014 toneladas siniestradas $ 14.240.900.08
"Menos saldo neto recibido por salvamento —2.514.018.39

"Saldo insoluto de la indemnización a cargo de Seguros Bolívar $ 11.726.881.69

"En esta forma Seguros Comerciales Bolívar adeuda a Malterías Unidas S. A. como indemnización insoluta causada por el siniestro de la cebada asegurada de su propiedad, la suma de once millones setecientos veintiséis mil ochocientos ochenta y un pesos con sesenta y nueve centavos ($ 11.726.881.69) moneda legal colombiana".

49. Seguros Comerciales Bolívar no cubrió la indemnización adeudada dentro de los 90 días siguientes a la aceptación de la reclamación hecha oficialmente por su Jefe del Departamento de Indemnizaciones en comunicación de 25 de febrero de 1970, violando directamente la cláusula 14 de las condiciones generales de la póliza de seguros de transporte número 3721, colocándose así en mora de satisfacer sus obligaciones contractuales hasta la fecha de la demanda.

A más de esta indemnización, Seguros Comerciales Bolívar debe adicionalmente pagar a Malterías Unidas S. A., como propietaria asegurada de la cebada y beneficiaria de los derechos indemnizatorios reclamados, intereses del 2% mensual, más un 5% anual, computados a partir del 23 de febrero de 1970, fecha de la reclamación, hasta que se verifique el pago de la indemnización, según lo establecen las disposiciones legales.

50. Seguros Comerciales Bolívar no objetó dentro del término de 90 días siguientes a la reclamación los comprobantes presentados, ni lo hizo posteriormente en la forma individualizada y específica como lo indica la ley y la jurisprudencia, pues sólo en agosto Malterías fue notificada por la entidad aseguradora que había tomado la determinación "oficial de eludir el pago de la indemnización, designando, contra las normas de compatibilidades, abogadas de su incumplimiento al miembro de su Junta Directiva, doctor Hernando Castillo Samper". Y más exactamente, 7 meses después de haberse presentado la reclamación (16 de febrero de 1970). Seguros Comerciales Bolívar "decidió oficializar su renuencia al pago de la indemnización, en comunicación de 15 de septiembre de 1970, ... respondiendo a la reiteración de cobro formulada por Malterías Unidas S. A. ...".

III. Enterada la sociedad demandada de las pretensiones de la demandante, consignó su respuesta en escrito de 20 de mayo de 1972, en el sentido de no constarle la mayoría de los hechos, de atenerse a los que expresan los documentos, para finalizar con oposición a lo pedido y con la formulación de las excepciones que presenta así: "El asegurado no cumplió con la obligación que a su cargo establece la ley de cuidar las cosas aseguradas, para prevenir el siniestro, con el cuidado y celo de un buen padre de familia, y con las establecidas en ese mismo sentido por la póliza y los certificados de seguros, puesto que Cereales e Inversiones S. A. —Ceisa— ordenó arrumar el cargamento de cebada en los patios del Terminal Marítimo de Santa Marta, a la intemperie, en forma inexplicable, imprudente, temeraria y culposa; ni cumplió con la obligación de dar aviso del siniestro a la compañía inmediatamente que de él tuviera conocimiento y, además, empleó con motivo de la reclamación documentos engañosos y dolosos, como la pretendida carta de 6 de diciembre de 1969 y fue reticente en

declarar a la compañía el acaecimiento del siniestro para obtener que se emitieran los certificados de permanencia y para el trayecto interior''.

IV. Por separado, a su vez la parte demandada procedió a presentar demanda de reconvención contra Malterías Unidas S. A., en procura de que se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que se decrete ''la nulidad de los contratos de seguros contenidos en los Certificados números 197978, emitido el 2 de noviembre de 1969, expedido con aplicación número 029 a la Póliza número TR-3721 y 200498, de 9 de febrero de 1971, expedido en aplicación número 030 a la misma póliza'';

b) En subsidio de la anterior declaración, que se decrete la recisión de los contratos de seguros contenidos en los certificados indicados en el punto anterior;

c) ''En subsidio de lo anterior, pido se decrete la resolución o terminación de los citados contratos de seguro contenidos en los mencionados certificados'';

d) ''En subsidio de las anteriores declaraciones, que se condene a Malterías Unidas S. A. a pagar a Seguros Comerciales Bolívar S. A. los perjuicios que le causó por su culpa al haber ordenado arrumar la cebada a la intemperie en los patios del Terminal Marítimo de Santa Marta, al no haberle dado aviso inmediatamente que tuvo conocimiento del siniestro, a Seguros Comerciales Bolívar y al haber utilizado en apoyo de la reclamación documentos falsos o engañosos''.

V. En 30 hechos descansa la pretensión anterior, los que seguidamente se resumen:

1º Por medio de la póliza automática de seguro de transporte número TR-3721 de 11 de septiembre de 1967, Seguros Comerciales Bolívar celebró un contrato de la naturaleza que en ella se indica, con su asegurado Fribexport Agricultural Export Corporation S. A. y Continental de Cereales. El 11 de febrero de 1969 el asegurador, a solicitud de su asegurado, expidió el anexo número 1 para indicar que de esa fecha en adelante, en la mencionada póliza tendría esta última calidad Fribexport Agricultural Export Corporation S. A., Continental de Cereales y/o Cereales e Inversiones S. A. ''Ceisa''. Más tarde, el 5 de noviembre de 1970 el asegurador emitió el anexo número 3 para dejar como único asegurado de la póliza a ''Cereales e Inversiones S. A. Ceisa''.

2º En dicha póliza consta que ''Seguros Comerciales Bolívar, que en adelante se llamará Seguros Bolívar y el asegurado cuyo nombre aparece arriba, por medio de la presente póliza celebran un contrato de seguro de transporte a base de las condiciones generales impresas, de las condiciones particulares y de las condiciones especiales que constan en la póliza, o en los certificados que se expidan con aplicación a la misma; dejando claramente estipulado que las condiciones particulares priman sobre las generales y las especiales priman sobre las particulares. Todas estas condiciones deben ser expresamente aceptadas por Seguros Bolívar para que tengan validez.

''Condiciones particulares

''a) No obstante lo estipulado en el segundo párrafo de la condición general 1ª, la presente póliza sirve de prueba legal del seguro y ampara automáticamente las mercancías, contra los riesgos y en los trayectos arriba indicados;

''b) La suma asegurada, que determina en cada despacho la responsabilidad máxima de ''Seguros Bolívar' se establecerá así:

''*Trayecto marítimo.* Valor de factura, más gastos, más fletes marítimos, más prima de seguro, más el 10% por concepto de gastos imprevistos.

''*Trayecto interior.* El mismo valor asegurado en el trayecto marítimo, más derechos de aduana, más prima de seguro, más el 10% por concepto de gastos imprevistos;

''c) El término de duración o vigencia de la presente póliza será indefinido; pero ''Seguros Bolívar'' o el asegurado podrán cancelarla en cualquier momento mediante aviso escrito con treinta días de anticipación;

''d) Mientras esté en vigencia la presente póliza el asegurado no podrá tener pólizas o contratos de seguros de transportes, que amparen los mismos intereses en otra u otras compañías;

''e) Así mismo, tampoco podrá exceptuar del seguro bajo este contrato, ninguno de los despachos cuyo amparo se haya pactado bajo la presente póliza;

''f) La omisión de la declaración de seguro de un despacho conocido por el asegurado y amparado por esta póliza o la cesión del mismo a otra compañía invalidará la condición automática de esta póliza;

''g) El asegurado, será deudor a Seguros Bolívar de las primas correspondientes, tanto de seguros avisados como de despachos no avisados o desconocidos por el asegurado;

''h) El asegurado queda obligado a dar instrucciones a sus despachadores para que comuniquen a 'Seguros Bolívar', todos y cada uno de los despachos que han de quedar asegurados

bajo esta póliza, para efectos de la expedición del certificado de seguro. Es entendido que el aviso se dará con anterioridad al despacho;

"i) En la misma póliza, en la cláusula novena, se establece:

"*Prima de seguros.* La prima o premio que Seguros Bolívar cobra es la que aparece en cada certificado de seguro expedido por Seguros Bolívar en aplicación a esta póliza, y se considera aceptada por el asegurado ... El pago de la prima entraña la expresa aceptación por parte del asegurado de todos los datos y condiciones estipulados en el certificado de seguro correspondiente;

"j) Además, la póliza establece en la cláusula quinta, que ésta se rescinde por 'a) el no pago al contado del valor de la prima a la presentación del respectivo certificado de seguro, no obstante lo dispuesto en los artículos 668, 669 y 670 del Código de Comercio Terrestre' ".

3º El asegurado no cumplió con la obligación que asumió en la póliza de declarar los cargamentos en que se hubiere interesado y que debieran quedar cubiertos en ella por el valor de la factura, más gastos, más fletes marítimos, más prima de seguros, más el 10% por concepto de gastos imprevistos para el trayecto marítimo, "pues si el derecho para fomento de la industria de la cebada, equivalente en su valor al derecho de aduanas, que, de conformidad con la ley, se debe pagar es causa desde el momento mismo de la importación del cereal; ese valor ha debido incluirse en aquél que se declaró para el trayecto marítimo y agregarse a él".

4º Seguros Comerciales Bolívar, el 12 de noviembre de 1969, expidió con aplicación a la póliza automática de transporte número TR-3721 el certificado de seguro número TR-197978, para amparar el transporte de 264.560 unidades de cebada en el trayecto marítimo de San Lorenzo (Canadá) hasta Santa Marta contra los riesgos de pérdida total, avería particular, saqueo, merma y alteración química, por un valor de $ 16.057.184.00; pero el asegurado no incluyó en el valor de la cebada, como era su obligación, el valor del subsidio para la industria de cebada "equivalente al valor que le hubiera correspondido a la misma ... por derechos de aduana".

5º Posteriormente, el 9 de febrero de 1970, la sociedad aseguradora expidió el certificado de seguro número TR-200498, para amparar contra los mismos riesgos 14.300 toneladas de cebada, "en permanencia, sesenta días en bodega de la aduana de Santa Marta, en el trayecto marítimo por $ 16.057.184.00 y de la aduana de Santa Marta a Bogotá por $ 29.890.000.00 pero cuando se expidió ese certificado ya la cebada había corrido los riesgos, pues le habían caído fuertes lluvias en los meses de noviembre y diciembre de 1969 y, muy especialmente, el día 13 de enero de 1970. El asegurado, a sabiendas de esa circunstancia, y sin dar ninguna información a la compañía, se apresuró a obtener el mencionado certificado de seguro, habiendo sido reticente sobre todas aquellas circunstancias que, conocidas por la compañía, la hubieran retraído de la celebración del contrato o inducido a celebrarlo en condiciones diferentes".

6º) Para cubrir el transporte de la cebada en su trayecto marítimo, Continental Grain Company Nueva York, celebró un contrato de "Charter-Party" con United Sea Carriers Ltda., el día 10 de agosto de 1969, para traer 14.300 toneladas métricas de cebada desde el puerto de San Lorenzo, Canadá, hasta Santa Marta, Colombia, en los términos de que da cuenta el contrato. Mas ocurrió que el asegurado Ceisa, cuando llegó el cargamento al puerto colombiano dicho, "dio la orden temeraria, imprudente, gravemente negligente, y absurda, en carta de 28 de noviembre de 1969, distinguida en la referencia con el número 602, de descargar la cebada del vapor marítimo en que fue importada a los patios, descubiertos, del terminal marítimo y de arrumarla allí".

7º El informe rendido el 31 de julio de 1970 por el Jefe de Operaciones del Terminal Marítimo de Santa Marta al Gerente de la misma entidad, dice sobre el particular:

"A continuación me permito hacer una descripción sobre la forma como se efectuó el descargue de la motonave Silver Star. El día 19 de noviembre de 1969 atracó la moto nave Ciudad de Barrancabermeja transportando 22.000 toneladas de trigo a granel, zarpando del puerto el día 17 de diciembre. Este trigo venía consignado a los señores 'Idema' y la motonave agenciada por Aníbal Ochoa.

Con carta de fecha 27 de noviembre fue anunciada la moto nave Silver Star, pero comenzaron a laborar el día 28 del mismo, transportando 14.300 toneladas de cebada consignada a los señores Idema y agenciada por Cereales e Inversiones S. A. Pero basados en una disposición de la Junta Directiva de la empresa que ordena no atracar simultáneamente dos motonaves con cereales, por crearse problemas de personal, equipo y, *el no disponerse de espacios cubiertos para almacenaje de carga, se resolvió no atracar la motonave hasta tanto no terminare el descargue del Barrancabermeja* (el subrayado es mío).

" 'Sin embargo, a solicitud de los señores Ceisa con Oficio número 602/69 de 28 de noviembre donde nos autorizan a arrumar en patios, se procedió a atracar la moto nave el día 28 a las 6 horas y servicios a las 21 horas, de acuerdo con su solicitud. El descargue se hizo con el equipo de propiedad de los señores 'Ceisa' previa autorización y arreglo realizado en Bogotá por nuestra subgerencia de operaciones. El material rodante suministrado por los Ferrocarriles Nacionales era asignado en su totalidad a la motonave Barrancabermeja y por consiguiente se procedió a arrumar en patios la carga de la motonave Silver Star, según lo solicitado por los señores 'Ceisa' y que se puede observar en el movimiento diario de descargue, en donde se discrimina la cantidad y lugar donde se ubicó la carga' (el subrayado es mío).

" 'El día 29 de noviembre con Oficio número 604/69 señores 'Ceisa' nos informa sobre el procedimiento que se pensó adoptar para el descargue de la motonave, pero que por motivos expuestos en el Oficio número 038435 de fecha 6 de diciembre se les aclaraba el por qué no se podía proceder de esa manera y también el Oficio número 617/69 en cuanto a la baja producción en el descargue de la motonave Silver Star'. " 'Aproximadamente en el mes de abril, al solicitar Bogotá la información sobre la motonave Silver Star se encontró un oficio en la Oficina de Muelles dirigido al Jefe de Operaciones, en el cual autorizaban para depositar la cebada en patios durante tres días, pero esto se venía haciendo desde el día 28 que se inició el descargue debido a que lo habían autorizado en el Oficio número 602/69 de fecha 28 de noviembre'.

" 'En las órdenes de servicio se pueden apreciar las suspensiones de trabajo por cambio de tubería, lluvia o daños en la maquinaria. Posteriormente a la finalización de labores de la motonave en puerto, los señores Ceisa retiraron parte del cargamento, según consta en las planillas de chequeo debidamente firmadas por el chequeador de la compañía respectiva' ".

8º Concordante con lo anterior, en el comunicado de prensa que dio el Ministro de Obras Públicas, doctor Argelino Durán Quintero, se lee:

" 'Primero. Caso de 'Ceisa'. El 27 de septiembre de 1969 llegó al puerto de Santa Marta, en la motonave Silver Star, un cargamento de cebada con destino a Malterías cuando, según documentos que reposan en la empresa, existía una fuerte congestión portuaria ocasionada principalmente por la llegada de varios buques con cargamento de trigo y cebada a granel, por insuficiencia de bodegas y por falta de capacidad transportadora del ferrocarril. Puertos de Colombia manifestó que no podía recibir el cargamento por las circunstancias anotadas, pues no le era posible almacenarlo en lugar cubierto, ni contaba con carpas para cubrirlo. Entonces Ceisa solicitó su descargue, a la intemperie bajo su exclusiva responsabilidad. Posteriormente un fuerte aguacero averió el cargamento y Puertos de Colombia pidió su retiro, previo el pago de los derechos de bodegaje causados' ".

9º En el Terminal Marítimo de Santa Marta no se permite el descargue de cebada "a patios para dejarla a la intemperie, porque esa entidad sabe, como lo sabe hasta el más lego en la materia, que de humedecerse pierde su germinación". Por tal virtud el mismo terminal, en el año de 1966, cuando Ceisa, quien así mismo figuraba como asegurada, se quejó de que no la hubieran atendido con mayor prontitud en el descargue de un buque con otro cargamento de cebada, el terminal respondió en el sentido de que se trataba de "un cargamento bastante delicado y que no puede ser arrumado en patios por el avecinamiento de la lluvia". En otra oportunidad, el 25 de diciembre de 1968, la Empresa Puertos de Colombia asumió la misma conducta con la importación hecha por Eduardo L. Gerlein & Compañía.

10. "Ceisa, el asegurado, pues, estando en plena época de lluvias, en el mes de noviembre, dio orden, imprudente y temeraria, sin consultar a la compañía de seguros y, a espaldas suyas, de arrumar la cebada en los patios descubiertos, a la intemperie y allí, como tenía necesariamente que ocurrir, la mojaron las diferentes lluvias que le cayeron del 30 de noviembre de 1969 al 15 de enero siguiente y ello ocasionó en cuanto a gran parte de la cebada, la pérdida de su poder de germinación".

11. En el hecho 16 expresa la sociedad contrademandante que en las llamadas "órdenes de servicios" del buque Silver Star y en los documentos denominados "control de naves", correspondientes a esa misma embarcación, "aparece que el trabajo de descargue se suspendió por lluvia, por primera vez, el día 30 de noviembre de 1969, de las 19:30 a las 20:15, casi 48 horas después de iniciado, y, sin darle ningún aviso a la compañía de seguros de que la lluvia había humedecido la cebada ni mucho menos, de que el mismo asegurado había ordenado que se arrumara en patios a la intemperie, se continúa llevando más y más la cebada a patios, y fue así como le cayeron las siguientes lluvias:

Lluvia	*Hora*
Noviembre 30	19:30 a 20:15
Diciembre 9	16:30 a 17:30
Diciembre 9	19:30 a 20:30
Diciembre 12	21:30 a 23:00
Diciembre 19	14:40 a 16:30
Enero 11	13:30 a 17:30
Enero 13	4:00 a 5:00
Enero 13	**17:30 a 8:30**
Enero 15	13:00 a 3:40

"La lluvia del 13 de enero fue torrencial como quiera que, según certificado del Instituto Metereológico e Hidrológico, se registró en Santa Marta en esa fecha una precipitación total de 49.0 milímetros".

12. Ceisa se cuidó de hablar de la carta de 28 de noviembre de 1969 dirigida al Jefe de Operaciones del Terminal Marítimo, en la que ordenó que la cebada se arrumara en patios y, en cambio, mencionó la existencia "de una carta de 8 de diciembre, en que dizque apenas se ordena arrumar en patios la pequeña cantidad de cebada que se alcanzara a descargar en 3 días, 6, 7 y 8 del mismo mes, carta esta última que en realidad de verdad, no existió, y se introdujo posteriormente, en forma subrepticia a los archivos de Puertos de Colombia en Santa Marta, según se desprende" de los hechos subsiguientes:

a) Alirio Cadavid, Gerente en Santa Marta de la sucursal de Ceisa, remitió a Seguros Comerciales Bolívar el 10 de junio de 1970, con carta número 2129, la comunicación que afirma envió Wilson Solano el 6 de diciembre al Jefe de Operaciones del Terminal y que según copia fotostática que a ella se adjuntó, dice así: "En vista de que no hay vagones de ferrocarril para las horas de la mañana del día de hoy, días 7 y 8 de diciembre y que el puerto nos ha informado que no tiene carpas para proteger de la lluvia el cargamento que se descargue de la motonave Silver Star durante los turnos 19:30-22:45 de hoy y etapas del 7 y 8, solicitamos de ustedes que este cargamento sea llevado a los patios del terminal corriendo todos los riesgos por cuenta nuestra y responsabilizándonos nosotros de cualquier daño que pueda sufrir la mercancía durante su permanencia en dichos patios sin la protección debida, ya que el Departamento de Operaciones con anterioridad nos ha informado que no se nos puede prestar";

b) Alirio Cadavid, en la citada comunicación dirigida a la compañía aseguradora, expresa: "'Con la presente estamos acompañando a ustedes una transcripción de la comunicación pasada al Terminal Marítimo de Santa Marta, en diciembre 6 de 1969, suscrita por nuestro empleado Wilson Solano . . .'. 'Por último, debemos manifestarles que el día 6 de diciembre de 1969 entre las 7:30 de la mañana y las 22:45 se descargó a patios un total de 991 sacos, es decir, que en el último turno que comprende el haz 19:30, el haz 22:45 se pudieron haber descargado a patios un total de 330 sacos. Que en diciembre se descargaron a patios 2.750 sacos, es decir, en las etapas a que se refiere dicha carta se descargó un total de 4.787 sacos, que promediando 55 kilos por saco puede dar un total de 260 a 265 toneladas' ";

c) Luego, el mismo representante de la compañía asegurada, en carta de 15 de julio de 1970, dice: "En relación al contenido de la carta dirigida al Terminal Marítimo de Santa Marta y suscrita por el señor Wilson Solano, la cual fue enviada a Seguros Bolívar con carta explicativa nuestra, debemos agregar que lógicamente el tonelaje descargado durante los días 7, 8 y 9 de diciembre de 1969, es imposible que haya sufrido las inclemencias de lluvia, ya que esta cebada fue evacuada en los días subsiguientes para poder desocupar el espacio y continuar el descargue";

d) Se pregunta entonces la sociedad contrademandante: Si la compañía asegurada autorizó llevar a patios la cebada que se alcanzara a descargar en 3 días, "¿cómo pudo haberse llevado allí la descargada en los días subsiguientes y en los anteriores?". Puertos de Colombia, añade la libelista, no lleva a patios cereales, a menos que se lo ordene el interesado, porque sabe el perjuicio que eso conlleva;

e) La circunstancia de que el asegurado no hubiera presentado a la compañía aseguradora la carta de 28 de noviembre y, en lugar de ella le hablara de la de 6 de diciembre, dejó a esta última "perpleja".

13. La cebada perdió su poder de germinación y su valor de costo para el proceso de maltería, porque el asegurado, "a espaldas de la compañía aseguradora, la expuso, en forma tan imprudente como temeraria, casi que loca o, sin el casi, precisamente al riesgo que ocurrió, por lo cual ha perdido todo derecho a la indemnización" a términos del artículo 676 del anterior Código de Comercio. "Resulta por ello muy singular —agrega la contrademandante— que no se hubiera informado a la compañía de seguros la realidad de lo ocurrido, que no se le hubiera enviado copia de la carta número 602 de 28 de noviembre ni se le hubiera hablado de ella y que se le hubiera presentado, en cambio la de 6 de diciembre, para anotarle que, de acuerdo con la autorización

en ella contenida, sólo se había permitido descargar a patios una cantidad mínima de cebada, y agregarle que ni siquiera se humedeció, porque dizque fue remitida prontamente a su lugar de destino, como si la que se descargó el 28 de noviembre en que se inició esa labor, hasta el 6 de diciembre, y del 9 en adelante, hasta el 27, en que se terminó el descargue, hubiera sido por cuenta y riesgo de Puertos de Colombia. Los señores Jefes de Operaciones y de Muelle del Terminal Marítimo de Santa Marta vieron por primera vez la carta de 6 de diciembre en abril siguiente y, el último de tales funcionarios, en cuya oficina ocurrió "el hallazgo", como él mismo lo dice, de esa carta, considera que no fue recibida en esa oficina, todo lo cual se demuestra con la diligencia de inspección judicial que a solicitud de la compañía de seguros practicó el Juzgado Tercero Civil Municipal de Santa Marta a las oficinas del terminal marítimo, diligencia que transcribe el libelista.

14. Lo que afirma el demandante en el sentido de que el descargue de la cebada y su arrume en los patios del terminal se hizo porque Empocol obligó a actuar a Ceisa en esa forma, además de contradecirlo la carta de 28 de noviembre de 1969, el informe del Jefe de Operaciones del Terminal Marítimo y la declaración de prensa del presidente de la junta de esa entidad, lo desvirtúa la sola aquiescencia de Ceisa a la forma como se verificó el descargue, aquiescencia que establece la culpa del asegurado de conformidad con el reglamento de operaciones de Puertos de Colombia consignado en la Resolución número 3269 de 4 de noviembre de 1965. "El asegurado, pues —agrega el contrademandante— estuvo de acuerdo con la forma de descargue de la cebada, no sólo porque fue él quien la ordenó, sino porque, en el supuesto de que no hubiera existido tal orden y no hubiera estado él de acuerdo con la forma de descargue, habría dejado la correspondiente constancia por escrito y habría hecho levantar el acta de protestas que ese mismo reglamento prevé"; pero no hubo ni lo uno ni lo otro. Y desconcierta no solamente que se hubiera dado la orden de evacuar la cebada a los patios y se arrumara a la intemperie, sabiendo de que en caso de que cayera una lluvia destruiría su poder germinativo, sino que, iniciado el descargue y caídas las primeras lluvias, el asegurado no impidió tal labor.

15. De conformidad con los artículos 680 y 681 del Código de Comercio anterior, el asegurado estaba obligado a emplear todo el cuidado y celo de un diligente padre de familia para prevenir el siniestro, pues en su defecto el seguro se rescinde. En concordancia con estas disposiciones, la Póliza número TR-3721 establece que "'Seguros Bolívar se reserva el derecho de rechazar toda reclamación sobre daños y/o pérdidas cuando intervengan las circunstancias que se expresan a continuación ... si el asegurado o quien haga sus veces no cuida por cuantos medios estén a su alcance' y, de otra parte, la misma póliza estipula '... que el asegurado queda privado de todo derecho para reclamar a Seguros Bolívar cuando tenga ocurrencia cualquiera de los siguientes casos ...; c) si el asegurado o cualquier persona obrando en nombre de él pone obstáculos a Seguros Comerciales Bolívar para el ejercicio de los derechos y acciones que la presente póliza y las leyes le confieren; d) si el asegurado realizare un acto o ejecutare un convenio que perjudique el ejercicio de los derechos de que habla el ordinal anterior, o exima de responsabilidad al causante de la pérdida o daño, sea antes o después de efectuarse el seguro".

16. De suerte que los actos realizados por el asegurado, la carta en que ordena el descargue de la cebada a los patios y su arrume a la intemperie, así como los hechos de haber cooperado, dirigido y coordinado que se continuara descargando el cereal después de que cayeron las primeras lluvias, para que continuara mojándose y perdiera su poder de germinación, no son ejemplos del empleo de todo el cuidado y celo de un diligente padre de familia para prevenir el siniestro, sino por el contrario, prueba evidente de la culpa, la negligencia, el descuido y la temeridad del asegurado.

17. Por consiguiente, el asegurado "Ceisa" no cumplió con la obligación impuesta en la póliza y en la ley de enterar al asegurador del acaecimiento del siniestro inmediatamente que tuvo conocimiento de él, o sea, de la ocurrencia del aguacero de 13 de enero de 1970; en cambio, solicitó un certificado de permanencia para amparar la cebada y, otro posterior, para cubrir el trayecto interior, "habiendo sido así reticente en declarar a la compañía, como lo obligaba la ley, todas aquellas circunstancias que, conocidas por ella, la hubieran retraído de la emisión de tales certificados".

18. El asegurado "Ceisa", en apoyo de su reclamación, "hizo uso de declaraciones falsas, la carta de 6 de diciembre de 1969, y empleó medios o documentos engañosos o dolosos", como lo es la misma carta.

VI. Admitiendo unos pocos hechos y negando los más, la sociedad contrademandada se opuso

a las súplicas contenidas en el libelo de reconvención.

VII. Impulsado el proceso, la primera instancia terminó con sentencia de 27 de agosto de 1975, mediante la cual se dispuso:

"1º No prosperan las excepciones genéricas propuestas por la sociedad demandada Seguros Comerciales Bolívar.

"2º Se declara que Seguros Comerciales Bolívar, sociedad anónima debe pagar a Malterías Unidas S. A., el valor de la indemnización, gastos de salvamento e intereses, causados por pérdida, falta de entrega, avería particular y alteración química, siniestros que afectaron durante su transporte, el cargamento de 14.300 toneladas métricas de cebada americana, propiedad de la demandante, amparadas en los trayectos marítimo e interior, entre Canadá-Santa Marta-Bogotá, así como sus permanencias en puerto colombiano, por los certificados de seguros número TR-197978 y número TR-200498, de noviembre 12 de 1969 y 9 de febrero de 1970, respectivamente, expedidos por Seguros Comerciales Bolívar como aplicación a la Póliza automática de transportes número TR-3721, emitida en febrero 11 de 1967 de que era razón social asegurada al despachador Cereales e Inversiones S. A. Ceisa, sociedad domiciliada en Bogotá, y en virtud de la cesión a Malterías Unidas S. A., operada por ministerio de la ley en los términos del artículo 654 del Código de Comercio Terrestre, confirmada por Ceisa a la entidad aseguradora, en comunicación número 2044 de 8 de mayo de 1970 y ratificada por la misma en documento auténtico de 7 de septiembre de 1971.

"3º Como consecuencia, *se condena a Seguros Comerciales Bolívar* a pagar a *Malterías Unidas S. A.*, dentro del término de tres días, después de la ejecutoria de esta sentencia, la suma de *once millones trescientos ochenta y nueve mil quinientos cincuenta y siete pesos con treinta y ocho centavos ($ 11.389.557.38)* moneda corriente, como indemnización por las pérdidas y daños sufridos por el cargamento de cebada "siniestrado", amparado contra los riesgos de pérdida total, falta de entrega, avería particular, saqueo, merma y alteración química por la póliza automática y los certificados de Seguro de Transporte descritos en la petición 1ª de la demanda.

"4º Se condena igualmente a Seguros Comerciales Bolívar a pagar a Malterías Unidas S. A., el valor de los intereses a la tasa corriente más un cinco por ciento anual, de conformidad con el artículo 25 de la Ley 105 de 1927, aclarado por el artículo 3º de la Ley 89 de 1928 sobre la cantidad señalada en el numeral 2º de esta sentencia, desde el 23 de febrero de 1970 hasta el día en que se verifique el pago.

"5º No se hace la condenación principal pedida en el numeral 3º por haber sido descontados en la condena principal los gastos de salvamento.

"6º Se niegan las súplicas de la contra-demanda propuesta por Seguros Comerciales Bolívar y en consecuencia *se absuelve* a la contrademandada Malterías Unidas S. A., de los cargos de la demanda de reconvención.

"7º Se condena a Seguros Comerciales Bolívar a pagar a favor de Malterías Unidas S. A., las costas causadas en la demanda y contrademanda.

"8º No hay lugar a condena por perjuicios por no deducirse temeridad o mala fe".

VIII. Insatisfecha la parte demandada principal con la resolución precedente, en la debida oportunidad interpuso el recurso de apelación, habiendo terminado la segunda instancia con sentencia de 19 de noviembre de 1978, confirmatoria de la del *a quo,* contra la cual la misma parte interpuso el recurso extraordinario de casación, que por encontrarse tramitado procede la Corte a resolver.

La sentencia del Tribunal

Una vez que el sentenciador *ad quem* refiere los antecedentes del litigio y afirma que en el proceso se encuentran reunidos los presupuestos procesales y que la ley aplicable es el anterior Código de Comercio, se ocupa de los temas que a continuación se sintetizan:

A) *Existencia y prueba del contrato de seguros de transporte.*

Aparece o está demostrado lo siguiente:

a) Que el 11 de septiembre de 1967 se celebró un contrato de seguro de transporte, según Póliza automática número TR-3721, entre Seguros Comerciales Bolívar como asegurador y Fribexport Agricultural Export Corporation S. A. y Continental de Cereales;

b) El 11 de febrero de 1969, Seguros Comerciales Bolívar, a solicitud del asegurado, expidió el anexo número 1 para indicar que el asegurado sería Fribexport Agricultural Export Corporation S. A., Continental de Cereales y/o Cereales e Inversiones S. A., Ceisa. Posteriormente, el 5 de noviembre de 1970, la misma compañía aseguradora emitió el anexo número 3 en el sentido

de señalar como único asegurado en la póliza citada a Cereales e Inversiones S. A., Ceisa;

c) El 12 de noviembre de 1969, con aplicación a la Póliza número TR-3721, Seguros Comerciales Bolívar había expedido el Certificado de seguro número TR-197978 para amparar el transporte de 274.560 unidades de cebada en el trayecto de San Lorenzo (Canadá) hasta Santa Marta (Colombia) contra los riesgos de pérdida total, avería particular, saqueo, merma y alteración química, por un valor de $ 16.057.184.00. La citada compañía de seguros, el 9 de febrero de 1970, expidió el Certificado número TR-200498 para amparar, contra los mismos riesgos, 14.300 toneladas de cebada, en permanencia, 60 días en bodega en la aduana de Santa Marta, por el valor antes referido y de la aduana de esta ciudad a Bogotá por $ 29.890.000.00;

d) Por consiguiente, siendo la póliza el título y la prueba del contrato de seguro, se tiene que la Póliza número TR-3721 es automática y fue desarrollada por los anexos 1 y 3 y concretada en los certificados TR-197978 y TR-200498;

e) Que las bases o condiciones generales del contrato de seguro de transporte, de acuerdo con los documentos antes referidos, son:

1º En las condiciones generales de la Póliza número TR-3721 se lee que de acuerdo con la misma póliza y con el alcance de los amparos estipulados por el "certificado de seguros" expedido con aplicación a ella, Seguros Bolívar toma sobre sí los daños y/o pérdidas que puedan sufrir las cosas aseguradas durante su transporte.

2º Con anterioridad a la expedición del certificado de seguro, o sea, el 7 de octubre de 1969, se celebró un contrato entre Malterías Unidas S. A., por una parte, y Cereales e Inversiones S. A. Ceisa y Fribexport Agricultural Export Corporation S. A. por la otra, en cuyas cláusulas 1ª, 2ª y 5ª se acordó " 'El vendedor se compromete a vender la cantidad de trece mil (13.000) toneladas métricas de cebada 10% más o menos de las siguientes especificaciones: poder germinativo: por lo menos 95% a 120 horas; humedad: 13.5% máximo; proteína: 5.8 entre 12 y 14%; clasificación: 58% mínimo sobre malla 6/64 = 7% máximo debajo de malla 5/64; procedente de los Estados Unidos de Norteamérica'. Segunda. El comprador pagará al vendedor la suma de $ 2.243.46 moneda corriente, por tonelada métrica debidamente empacada, pesada y entregada por el vendedor en las condiciones aquí pactadas. En la cláusula 5ª se pactó: 'En la ejecución de las obligaciones, el vendedor se obliga a adquirir la cebada en los Estados Unidos de Norteamérica, contratar y pagar por su cuenta el transporte marítimo desde un puerto de los Grandes Lagos en los Estados Unidos, hasta el puerto de Santa Marta, ensacar y empacar la cebada y despacharla en ese puerto por ferrocarril hasta los depósitos del comprador en Zipaquirá, incluyendo el seguro, el cual amparará pérdida total, avería particular, guerra, pérdida por saqueo, alteración química de los componentes, siempre y cuando éste no sea causado por vicio propio y con un deducible de un dos por ciento (2%), descargar por su cuenta y riesgo la cebada tan pronto llegue al puerto de destino y entregarla debidamente pesada, suministrar por su cuenta sacos de fique aptos para el empaque de cebada en la cantidad que sea necesaria; suministrar las máquinas y todo el equipo y elementos necesarios para el descargue, empaque y entrega de la cebada en las condiciones aquí pactadas, pagar todos los gastos que se ocasionen desde la llegada de la cebada al puerto de destino, su recibo, descargue, empaque, movilización y acarreo, y en fin todos los gastos, derechos, honorarios, indemnizaciones, multas que se ocasionen hasta el momento de hacer la entrega de la cebada al comprador'. El precio de las 13.000 toneladas fue de US$ 681.200 pagadero mediante cartas de crédito en la forma especificada en el contrato. Igualmente, el vendedor se comprometió a otorgar una garantía a favor del comprador de la compañía de Seguros Bolívar, por valor de $ 500.000.00, válida hasta el 31 de diciembre de 1969".

3º "Este contrato fue amparado por Seguros Bolívar mediante Póliza de seguro de cumplimiento número 26118 de 15 de octubre de 1969".

4º De acuerdo con el contrato, "el interés asegurable de Ceisa es el de vendedor encargado de la compra, despacho, seguro de la cebada, recepción, transporte y entrega del cereal y Malterías Unidas S. A. tiene el interés asegurable como 'comprador', o sea propietario de la cebada, conclusión que se deduce de la atenta lectura de la cláusula 5ª antes mencionada en que se especifican las obligaciones de Ceisa. Igualmente se deduce que antes de la expedición de los Certificados de seguro números TR-197978 y TR-200498, la sociedad Seguros Comerciales Bolívar S. A. tenía conocimiento de que el comprador propietario de la cebada era Malterías Unidas S. A., ya que expidió la póliza de cumplimiento del anterior contrato de compraventa y que Ceisa sólo era el representante del vendedor, encargado de la recepción y transporte de la cebada".

B) *El interés asegurable.*

Del contrato de seguro, que consta en los Certificados de seguro números TR-197978 y TR-

200498, "se deduce que Ceisa tiene interés asegurable como representante del vendedor, como encargado de la recepción y transporte de la cebada, y Malterías Unidas S. A. como comprador y propietario de la cebada", pues en la cláusula 5ª del contrato celebrado entre Ceisa y Malterías está claramente definido el interés asegurable de aquélla; y de la prueba de inspección judicial practicada a Ceisa y a Malterías, como del dictamen pericial, se deduce que todos los gastos los hizo Malterías Unidas S. A., compradora propietaria de la cebada, y que Ceisa actuó sólo como representante del vendedor, transportador, recepcionista y despachador, todo lo cual se reafirma con las facturas comerciales proforma presentadas al Idema, registros de importación, facturas comerciales de fletes y servicios portuarios.

Luego expresa el sentenciador que el interés asegurable de Malterías Unidas S. A. "es como propietaria y compradora de la cebada, así como introductora de dicho cereal" y aparece demostrado con los siguientes elementos de convicción:

"a) Contrato de compraventa que obra a los folios 19 y 20 y en que aparece Malterías Unidas S. A. como compradora y propietaria de la cebada;

"b) Facturas comerciales y consulares (folios 128 a 129 del cuaderno número 1) proforma en que aparece Ceisa como representante del despachador y Malterías Unidas como comprador;

"c) Facturas consulares (folios 48 a 51 del cuaderno número 1 y 490 a 497 del cuaderno número 2) en que aparece Malterías Unidas S. A. como introductor destinatario de la cebada;

"d) Dictamen pericial antes mencionado (folios 479 a 484 vuelto, cuaderno número 2) en que Malterías Unidas S. A. aparece como introductor, comprador y propietario de la cebada;

"e) Manifiestos de aduana de importación de la cebada números 2119, 2120, 2121 y 0104 de la Aduana de Santa Marta, en que aparece Malterías Unidas como destinatario de la cebada (folios 58 a 62, cuaderno número 1);

"f) Cartas de crédito a favor de Fibrexport Agricultural Corporation S. A. extendidas por los bancos Comercial Antioqueño (folios 392 a 396, cuaderno número 2) y del Comercio (folios 355 a 367 del cuaderno número 2) que fueron abiertas por Malterías Unidas como propietario y comprador, habiendo pagado el valor de las mismas;

"g) Los documentos exhibidos en las inspecciones judiciales practicadas tanto en los libros de 'Ceisa' como en los de Malterías (folios 1 a 349 del cuaderno número 2), comprueban que todos los gastos los hizo Malterías Unidas en cuanto a la adquisición, transporte, seguro, entrega y los que hizo Ceisa los efectuó con dineros de Malterías Unidas, lo cual también fue reafirmado por los peritos antes mencionados;

"h) El interés asegurable de Malterías Unidas S. A. es reconocido por los ajustadores W. Moller & Compañía Limitada en toda la correspondencia y en las declaraciones del presidente de Seguros Comerciales Bolívar S. A. (folios 303 a 307), en las declaraciones del Gerente de Ceisa (folios 344 vuelto a 348), del señor Daniel Zamora, Gerente de W. Moller & Compañía Limitada (folios 343 a 344 vuelto), Peter Romberg, ajustador del siniestro de la firma W. Moller & Compañía Limitada (folios 187 a 192 del cuaderno número 3), Jaime Feldman, agente de Seguros Bolívar (folios 338 a 340 del cuaderno número 2) y Uriel Botero Ramírez, químico de Malterías Unidas (folios 340 a 348). Todas estas declaraciones reconocen en forma clara y expresa que Malterías Unidas es la propietaria y compradora de la cebada, lo cual determina su interés asegurable".

C) *Cesión del contrato de seguros.*

Con apoyo en lo preceptuado en el artículo 654 del anterior Código de Comercio y los comentarios hechos a tal precepto por el tratadista Efrén Ossa, el sentenciador saca las conclusiones siguientes: "a) que desde el momento de la transmisión de la propiedad de la cosa asegurada, por ministerio de la ley se opera la cesión del contrato de seguro en favor del adquirente, y b) que el adquirente de la cosa asegurada queda como 'asegurado' a menos que el primitivo asegurado conservare algún interés en la cosa asegurada, como por ejemplo que el vendedor conserve interés de acreedor hipotecario en la cosa enajenada; por una parte el precio, y c) que la cesión del contrato de seguros es válida; a) si el interés asegurable ha sido enajenado, y b) que el asegurador dé su consentimiento en la transmisión a título singular".

Agrega el Tribunal que la Corte, en sentencia de 24 de septiembre de 1929, dijo que " 'Cuando las mercancías aseguradas se remiten por cuenta y riesgo del introductor, *la propiedad de ellas se le transmite desde que fueron despachadas;* y en caso de avería en el transporte, el remitente queda libre de toda responsabilidad para con el introductor. Si las mercancías aseguradas fueron despachadas por la casa remitente al introductor por cuenta y riesgo de éste, quien pagó el valor de las facturas cargado con el valor de la prima de seguro, en caso de avería *el seguro debe pa-*

gársele a éste que es el dueño de las mercancías recibidas, y no a la casa remitente, aunque ésta hubiese sido la que contrató el seguro con la compañía aseguradora' (subraya el Tribunal)".

A continuación el juzgador *ad quem* expresa que aplicando al caso *sub lite* las consideraciones precedentes, se puede deducir lo siguiente:

"a) Traspaso a título singular de la cosa asegurada a Malterías Unidas S. A. Está probada la enajenación ya que obra en autos (folios 19 a 20, cuaderno número 1) el contrato de compraventa celebrado el 7 de octubre de 1969 y debidamente reconocido ante Notario;

"b) La transmisión efectuada respecto de la cosa asegurada a título de venta, hizo que se cediera el contrato de seguros sin necesidad de cesión y por ministerio de la ley al tenor del artículo 654 del Código de Comercio corriendo desde dicho momento los riesgos por cuenta suya. Por tanto, desde que se despachó la cebada de los Grandes Lagos a Zipaquirá, se transmitió o cedió el contrato de seguros a Malterías Unidas, aunque Ceisa siguiese figurando nominalmente en los documentos de amparo como asegurado, sin que fuera necesaria la cesión hecha por Ceisa el 6 de mayo de 1970;

"c) Los Certificados de seguro números TR-197978 y TR-200498, se emitieron por Seguros Comerciales Bolívar S. A. a Cereales e Inversiones S. A., 'Ceisa', cuando ya la entidad demandada conocía que la cebada había sido transmitida a Malterías Unidas S. A. y por ende ésta tenía interés asegurable, debido a que amparó el cumplimiento del contrato celebrado entre Ceisa y Malterías Unidas el 7 de octubre de 1969, mediante Póliza de seguro número 26118 visible a los folios 76 a 78 del cuaderno número 1;

"d) Al efectuarse la cesión del contrato de seguro por la transmisión de la propiedad de la cebada a título singular, Ceisa dejó de ser asegurado quedando como tal Malterías Unidas S. A., la cual pagó las cartas de crédito, las primas de seguro y los gastos como se constató por los peritos y en las inspecciones judiciales que se practicaron en los asientos contables tanto de Ceisa como de Malterías Unidas S. A. (folios 312 a 330, cuaderno número 2 y 356, 357 y 392 a 396 del cuaderno 1)".

Para rebatir la alegación de la parte demandada consistente en que Malterías no era asegurada sino Ceisa y que no hubo transmisión de la propiedad asegurada y, por ende, no le son aplicables los artículos 654 y 726 del Código de Comercio, sostiene el Tribunal que el primero sí lo es "y habiéndose operado la transmisión a título singular de la cebada mediante el contrato de compraventa celebrado entre Ceisa y Malterías Unidas S. A., el contrato de seguros quedó cedido a partir del despacho de las mercancías el 18 de noviembre de 1969 y por tanto dejando de ser asegurada Ceisa. El hecho de que en los certificados de seguro aparezca Ceisa como asegurado, no significa que no se hubiera operado la cesión por ministerio de la ley y al tenor del artículo 654 del Código de Comercio y de la jurisprudencia de 24 de septiembre de 1929 antes mencionada. No es exacto que como la sociedad Cereales e Inversiones S. A. 'Ceisa' actuara como agente y representante de la sociedad extranjera Fribexport Agricultural Export Corporation S. A., la cebada no era de su propiedad, y por ende no se operó el fenómeno a que se refiere el artículo 654 del Código de Comercio, por cuanto en la Póliza número TR-3721 de 11 de septiembre de 1967 figura como asegurado Fribexport Agricultural Export Corporation S. A. y Continental de Cereales, en el anexo 1 de 11 de febrero de 1969 el asegurado quedó como Fribexport Agricultural Corporation S. A., Continental de Cereales y/o Cereales e Inversiones S. A., Ceisa, y en el anexo 3 de 5 de noviembre de 1970 (sic), quedó como único asegurado 'Cereales e Inversiones S. A., Ceisa', lo cual indica el interés asegurable que tenía Ceisa antes de la celebración del contrato de 7 de octubre de 1969. No es tampoco exacto que aún habiéndose operado la cesión del contrato de seguros, Malterías Unidas tenga la calidad de beneficiaria del seguro y siga siendo Ceisa el asegurado, por cuanto todos los riesgos y gastos de transporte de la cebada corrieron por cuenta de Malterías Unidas S. A., desde el momento de la celebración del contrato de compraventa, lo que está indicando que adquirió la calidad de 'asegurada', y que Ceisa únicamente contrajo las obligaciones de transporte como recepción y entrega de la cebada".

"Tampoco es exacto el argumento del apoderado de la parte demandada, consistente en que como no se trata de la obligación de entregar una especie o cuerpo cierto sino un género: 13.000 toneladas de cebada americana, los riesgos no corren por cuenta de Malterías Unidas sino después de la entrega o si se la hubiere remitido por cuenta y riesgo de esta última, lo que no se hizo. En efecto: en las comunicaciones dirigidas por Ceisa y Malterías Unidas al Idema (folios 142 a 146, cuaderno número 2), como en los manifiestos de aduanas (folios 58 a 62, cuaderno número 2), como en las cartas de crédito (folios 355 a 367 y 392 a 398 del cuaderno número 2) y demás documentos, aparece Malterías Unidas como in-

troductor y destinatario real de la cebada y por ende esto implica que se le remitió el cereal por su cuenta y riesgo. Además, el contrato de compraventa es consensual, por regla general y sólo es solemne en los casos previstos por el artículo 1857 del Código Civil, lo cual indica que se perfecciona desde que las partes están de acuerdo con la cosa y con el precio, pudiéndose inclusive vender cosa ajena, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo, al tenor del artículo 1871 del Código Civil".

D) *Factores esenciales pactados en el contrato de seguro de transporte y su prueba.*

a) *Bien asegurado.* Según los certificados de seguro, el objeto del contrato de seguro lo constituyó el transporte de 14.300 toneladas de cebada americana con un poder de germinación del 98% y en condiciones sanitarias certificadas por el Ministerio de Agricultura del Canadá;

b) *Los riesgos cubiertos.* Se encuentran en la Póliza automática número TR-3721 y en los certificados de seguro números TR-197978 y TR-200498 y se refieren a la pérdida total, avería particular, merma, saqueo y alteración química de los componentes;

c) *Los valores asegurados.* Tuvieron como base las condiciones generales y en los certificados de seguros antes referidos se fijaron.

E) *Trayectos asegurados.*

Comienza el Tribunal por observar que en la Póliza automática número TR-3721 se pactó como trayecto marítimo "desde cualquier parte del mundo hasta cualquier parte del país"; pero en el Certificado de seguro número TR-197978 se determinó "desde San Lorenzo (Canadá) hasta Santa Marta" y en el Certificado número TR-200498 el trayecto interior quedó fijado "desde Santa Marta hasta Bogotá".

F) *Prima.*

Según los aludidos certificados de seguros, por el trayecto marítimo e interior, se pagaron a la compañía de Seguros Comerciales Bolívar, como prima pactada, la cantidad total de $ 1.096.383.81, todo lo cual aparece acreditado con prueba documental, exhibición de libros e inspección judicial.

G) *Ocurrencia del siniestro.*

La cobertura de los riesgos es por pérdida total, avería particular, merma, saqueo y alteración química, de conformidad con la póliza automática y los certificados de seguros.

a) *Pérdida por merma y falta de entrega.* Al verificarse un "repeso", se registró una pérdida por merma de 33.416 kilos, la cual ocurrió entre Three Rivers y Santa Marta, como lo demuestra la constancia dejada al respaldo de los manifiestos de aduana. Además, se constató "una pérdida por merma y falta de entrega de 42.284 kilos", como se desprende de las guías de despacho de los Ferrocarriles Nacionales;

b) *Pérdida por alteración química y avería particular. Su causa. Reclamación y ajuste.* Sostiene el sentenciador de segundo grado que está probado en el proceso, mediante comunicaciones del Jefe de Indemnizaciones de Seguros Comerciales Bolívar a la Junta Administradora del Terminal Marítimo de Santa Marta y del químico Mario Ospina Melo, que "fundamentalmente la causa del siniestro de la cebada, o sea, de su alteración química se debió a las lluvias que cayeron en la ciudad de Santa Marta y especialmente el día 13 de marzo de 1970 ... Esta causa es aceptada por las partes, tanto en la demanda principal como en la demanda de reconvención y sus contestaciones. El químico, doctor Mario Ospina Melo expresó: 'La cebada llegada a Santa Marta sufrió humedad con agua líquida y por esto sufrió avería', por cuanto explicó que el poder germinativo lo pierde la cebada si se moja (folios 349 a 351 del cuaderno número 1). Esta apreciación técnica en cuanto al origen del siniestro de la cebada es compartida por el químico de Malterías Unidas S. A., doctor Uriel Botero Ramírez (folios 340 a 351 del cuaderno número 1), luego de haber efectuado ambos químicos exhaustivos análisis de laboratorio. Ahora bien: no puede alegarse como causal eximente del pago, el vicio propio de la cebada (artículo 876 del anterior Código de Comercio), por cuanto ya se anotó que la calidad y condiciones sanitarias de la cebada fue analizada, comprobada y certificada por el Ministerio de Agricultura de Canadá, que expresó que dicho cereal tenía un grado de germinación del 98%, lo cual se probó con los certificados fitosanitarios que obran en autos (folios 29 a 30 y 36 a 39 del cuaderno número 1).

"La alteración química de la cebada se debió principalmente como se ha analizado, a las fuertes lluvias que cayeron en Santa Marta los días 12 y 13 de enero de 1970. Ahora bien: la nave Silver Star arribó a Santa Marta el 23 de noviembre de 1969, el 28 de noviembre del mismo año se inició el descargue de la cebada que terminó el 27 de diciembre del citado año. Así las cosas, el riesgo ocurrió en el término pactado. La cláusula 10 de las condiciones generales de la Póliza automática de transportes número TR-

3721 expresa: 'Comienzo y fin de los riesgos. Tomando como base de apreciación los lugares geográficos estipulados en el certificado de seguro, los cuales forman el trayecto asegurado, el seguro hecho bajo esta póliza ampara los intereses asegurados desde el momento en que son sacados de sus depósitos y/o almacenes de origen, quedando posteriormente por cuenta del asegurado, según las condiciones de venta, para ser expedidos por medios ordinarios de transporte, incluyendo el transbordo usual si lo hubiere, directa o indirectamente a sus destinatarios, hasta el momento en que llegan a sus depósitos y/o almacenes de su destino, de acuerdo con las siguientes estipulaciones:

"a) El seguro marítimo termina con la nacionalización o pago de los derechos de aduana o al vencimiento de treinta (30) días, contados a partir de la medianoche del día en que las mercancías hayan sido totalmente descargadas del buque de mar en el puerto último final de destino, lo que ocurra primero;

"b) El seguro interior complementario del marítimo continúa en vigor hasta que las mercancías lleguen al depósito de destino final indicado en la póliza o certificado de seguro y se extiende a cualquier demora de la mercancía en el puerto marítimo de treinta (30) días, contados desde la fecha de nacionalización o pago de derechos de aduana, lo que ocurra primero.

"En el caso *sub lite,* se terminó el descargue el 27 de diciembre y el riesgo ocurrió el 13 de enero del año siguiente, por lo cual todavía estaba amparada la mercancía por el seguro marítimo. Además, el 9 de febrero de 1970, cuando Seguros Comerciales Bolívar expidió el certificado de seguro número TR-200498, para amparar contra los mismos riesgos 14.300 toneladas de cebada en permanencia, 60 días en bodega en la aduana de Santa Marta, en el trayecto marítimo por $ 16.057.184.00 y de aduana de Santa Marta por $ 29.690.00 (sic), ya la entidad demandada tenía conocimiento de que se había presentado el riesgo de la caída de lluvia el 13 de enero de 1970 sobre la cebada que estaba a la intemperie. En efecto, el señor Manuel Acosta declaró: 'Sí es cierto que el día 30 de enero de 1970, el señor Antonio José Sánchez Vives, por cuenta de Seguros Bolívar me llamó para que le tomara unas fotografías en los patios del Terminal Marítimo de Santa Marta, sobre un cargamento de cebada, perteneciente a Cereales e Inversiones 'Ceisa' S. A. e inmediatamente me informaron eso, tomé las fotografías' (folio 600, cuaderno número 1). Esta declaración demuestra que Seguros Bolívar hizo tomar las fotografías que aparecen al folio 699 vuelto del cuaderno número 1 y por ende que conoció el estado de la cebada al expedir el Certificado de seguro número TR-200498 de 9 de febrero de 1970. Por tanto, contrató el seguro del trayecto interior a sabiendas de que se había producido el siniestro amparado por el seguro de transporte marítimo el 13 de enero de 1970 y no falta de continuidad entre los dos seguros".

Ante esta situación, continúa el Tribunal, "Ceisa", actuando por cuenta de Malterías, formuló la reclamación a Seguros Comerciales Bolívar, en comunicaciones de 16, 18 y 23 de febrero de 1970 y ésta aceptó la reclamación mediante comunicación de 25 de ese mismo mes y año, y al efecto designó como ajustadores a la sociedad W. Moller & Compañía Limitada y ésta, como representante de la compañía de seguros, vendió "el salvamento de la cebada a la sociedad 'Raza S. A.', con destino a forrajes de animales", lo cual está demostrado con prueba documental.

H) *Valor de la cebada siniestrada e indemnización.*

Mediante prueba pericial rendida por los expertos Alejandro Ortega y Manuel Quintero, se establece que el volumen y valor de la "cebada siniestrada" por merma, falta de entrega, avería particular y alteraciones químicas, se concreta en las siguientes partidas:

"33.416 kilos de cebada que es la merma en el trayecto marítimo: $ 38.973.55.

"5.627.584 kilos siniestrados en el trayecto interior, a $ 2.374.56 cada uno: $ 133.636.035.86 (sic).

"3.353.000 kilos procesados industrialmente con el 10.656% con avería particular y/o alteración química particular: $ 1.178.452.80 = $ 14.580.462.21.

"Menos: deducible Póliza número TR-3721 sobre valor absoluto de la mercancía amparada por $ 33.956.213.21: $ 339.662.13.

"Total $ 14.240.900.08.

"Menos saldo neto recibido por salvamento $ 2.514.018.39.

"Saldo insoluto de la indemnización a cargo de Seguros Bolívar: $ 11.726.681.69".

El Tribunal cierra este capítulo afirmando que a la suma de $ 11.726.681.69, "hay que agregarle los intereses corrientes del 2% más un 5% como pena, computados a partir del 23 de febrero de 1970, fecha de la reclamación hasta cuando se verifique el pago, al tenor del artículo 26 de la Ley 105 de 1927. El interés del 2% mensual fue certificado por la Superintendencia de Coo-

perativas al folio 323 del cuaderno número 1 y es el corriente al tenor de los artículos 23 del Decreto 1598 de 1963 y 41 del Decreto 2059 de 1968 y Resoluciones números 51 y 58 de la Junta Monetaria''.

I) *Excepciones propuestas por la sociedad Seguros Comerciales Bolívar S. A.*

Comienza el Tribunal por afirmar que la parte demandada propuso la excepción genérica que resulte de los siguientes hechos:

a) Que el asegurado ''Ceisa'' no cumplió con la obligación que le imponía el inciso 3º del artículo 680 del Código de Comercio, o sea, de emplear todo el cuidado y celo de un diligente padre de familia para prevenir el siniestro, pues, por el contrario incurrió en culpa grave;

b) Que Wilson Solano, empleado de ''Ceisa'', en forma dolosa introdujo una carta que limitaba el almacenamiento en patios a determinados días.

Estudiando las excepciones, dijo el Tribunal:

''Ahora bien: hay prueba de que 'Ceisa' solicitó a Puertos de Colombia que se permitiese descargar el buque a granel para ensacar bajo techo, en bodegas de Almadelco (folios 297 del cuaderno número 1 y 471 a 472 del cuaderno número 2), que requirió de los ferrocarriles varios vagones para evacuar la cebada (folio 472 del cuaderno número 2), que no había bodegas cubiertas (hechos certificados por Puertos de Colombia, folio 509, cuaderno número 2), que no se permitió el descargue a granel como lo declara el Jefe del Terminal Marítimo, que existía otro barco y había congestión por falta de capacidad portuaria, sin embargo, no hay la menor duda de que hubo culpa por falta de prudencia y diligencia por parte de 'Ceisa' al dar la orden de arrumar a la intemperie la cebada, lo que condujo a su pérdida parcial. Desde luego que una persona prudente y diligente, actuando en las mismas circunstancias, no habría procedido en esa forma, lo cual demuestra que hubo culpa de 'Ceisa'. Pero, como la cebada había sido vendida a Malterías Unidas y al serle cedido el contrato al tenor del artículo 654 del anterior Código de Comercio, quedó como asegurado y no habiéndose probado que Malterías Unidas S. A. incurrió en culpa grave o dolo, la culpa de 'Ceisa' no puede perjudicarla, ni tampoco impedir que Seguros Comerciales Bolívar S. A. le pague la indemnización como titular y beneficiario del tantas veces mencionado Seguro. No hubo pues, dolo ni culpa grave ni reticencia por parte de Malterías Unidas S. A., lo cual indica que no es aplicable al caso *sub lite* el numeral 3º del artículo 680 del anterior Código de Comercio, Malterías Unidas pagó la prima, hizo todos los gastos y de buena fe creyó que 'Ceisa', encargada de la recepción y transporte de la cebada cumpliría sus obligaciones prudente y diligentemente.

''El segundo hecho alegado, o sea que el señor Wilson Solano, introdujo fraudulentamente la carta de 6 de diciembre de 1969 dirigida al terminal, no está plenamente probado. Pero, aun considerando que está probado por la declaración del señor Alfonso Linero D. (folio 156 del cuaderno número 3), tampoco es un hecho imputable a Malterías Unidas S. A., por cuanto el citado señor Solano era empleado de 'Ceisa' y no de Malterías Unidas.

''De acuerdo con lo anterior, tanto la culpa grave como el dolo no son imputables a Malterías Unidas, asegurada, titular y beneficiaria del seguro, por lo cual Seguros Comerciales Bolívar S. A. no puede negarse al pago de la indemnización, al tenor del artículo 725 del anterior Código de Comercio que decía lo siguiente: 'El asegurador responde por los daños causados por culpa o dolo de los encargados de la recepción, transporte o entrega de los efectos asegurados'. Si bien no puede considerarse a 'Ceisa' como fletador ni en estricto sentido como transportador, sí está probado con el contrato de compraventa celebrado el 7 de octubre de 1969 entre 'Ceisa' y Malterías Unidas S. A., que 'Ceisa' se encargó del despacho, recepción, nacionalización, transporte y entrega de la cebada importada, y por tanto sí es aplicable el mencionado artículo 725 del anterior Código de Comercio. En efecto: este artículo expresa que el asegurador responde de los daños causados por culpa o dolo 'de los *encargados* de la recepción, transporte o entrega de los efectos asegurados'. Por tanto, la sociedad Seguros Bolívar S. A., debe responder de la culpa de 'Ceisa' que contractualmente quedó obligada a recibir la cebada, nacionalizarla y encargarse del transporte hasta el lugar de su destino.

''Debe observarse que los certificados de seguro no fueron expedidos en consideración a la persona del asegurado, pues Seguros Comerciales Bolívar S. A. conocía antes de su expedición que la cebada había sido vendida a Malterías Unidas S. A. por cuanto expidió el seguro de cumplimiento del contrato de venta de la cebada, lo cual indica que lo conoció en todos sus términos. Así pues, Seguros Comerciales Bolívar S. A. sabía que la cebada era de propiedad de Malterías Unidas y que 'Ceisa' sólo actuaba como recepcionista y transportadora del cereal hasta Bogotá.

"Por tanto los riesgos, dolosos o culposos de 'Ceisa', encargada de la recepción, transporte y entrega de la cebada, corren por cuenta del asegurador según el artículo 725 del anterior Código de Comercio y no habiéndose demostrado que son imputables a Malterías Unidas S. A., no puede negársele la indemnización, debiéndose en consecuencia negar las excepciones propuestas".

J) *La demanda de reconvención.*

Finalmente, afirma el Tribunal que como quiera que los fundamentos de hecho del libelo de mutua petición coinciden con los hechos que le sirvieron de soporte a las excepciones alegadas por la misma parte, la "demanda de reconvención debe ser negada por las mismas razones que se expusieron al decidir las excepciones y, concretamente, por las siguientes:

"1ª Seguros Comerciales Bolívar S. A. sabía que el propietario de la cebada era Malterías Unidas, por cuanto mediante Póliza de seguro de cumplimiento número 26118, aseguró el cumplimiento del contrato de 15 de octubre de 1969 celebrado entre 'Ceisa' y Malterías Unidas respecto de la venta de la cebada;

"2ª En virtud del contrato de compraventa celebrado entre 'Ceisa' y Malterías Unidas S. A., se cedió el contrato de seguros por transmisión a título singular al tenor del artículo 654 del Código de Comercio y por tanto a partir del 18 de noviembre de 1969, fecha en que la cebada asegurada fue despachada del Canadá, en el vapor Silver Star hasta Santa Marta y por ende se iniciaron los riesgos del transporte, por mandato legal se transfirieron los derechos y obligaciones que tenía 'Ceisa' como asegurado a Malterías Unidas S. A., quedando esta última sociedad como asegurada y beneficiaria del seguro; Malterías Unidas pagó la prima de seguro y todos los gastos como se pudo comprobar con las pruebas documentales que anteriormente se enunciaron y por ende 'Ceisa' quedó únicamente como encargada de la recepción, transporte y entrega de la mercancía;

"3ª Malterías Unidas S. A. no dio la orden de arrumar la cebada en los patios del terminal a la intemperie sino que dicha orden la dio 'Ceisa' y no se probó que ésta hubiera recibido al efecto órdenes de aquélla. Anteriormente se ha expresado que no hay ninguna prueba de la culpa, dolo o negligencia grave de Malterías Unidas S. A., limitándose ésta a recibir la cebada en su planta de Tibitó y hacerla examinar técnicamente;

"4ª Malterías Unidas S. A. quedó como asegurada y beneficiaria del seguro por ministerio de la ley (artículo 654 del Código de Comercio), no tiene por qué responder de culpa o dolo, si lo hubo, de 'Ceisa', al dar la orden de arrume de la cebada a la intemperie;

"5ª Malterías Unidas S. A. no se encargó ni de la recepción, ni del transporte, ni de la entrega de la mercancía, habiendo verificado estas operaciones 'Ceisa', y

"6ª No se probó que Malterías Unidas S. A. hubiera utilizado documentos falsos o fraudulentos sin que tenga responsabilidad por hechos o actos imputables a 'Ceisa', ya que ésta dejó de ser asegurada desde el momento mismo en que transfirió a título de venta la cebada. No habiéndose probado el dolo, culpa o reticencia de Malterías Unidas, deben negarse todas las súplicas contenidas en la demanda de reconvención".

La demanda de casación

Doce cargos, todos dentro de la órbita de la causal primera, formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, de los cuales unos se estudiarán en forma conjunta y otros separadamente.

Cargo primero.

Por éste se denuncia quebranto, por vía directa, de los artículos 642, 260 y 425 del Código de Comercio anterior, por falta de aplicación y de los artículos 654, 674, 680 inciso final, 689, 691, 721, 724, 298 del mismo Código, 8 y 13 de la Ley 27 de 1888, 38 de la Ley 153 de 1887 y 2036 del Código de Comercio actual, por aplicación indebida.

Comienza el recurrente por expresar que el Tribunal, en algunos apartes de su fallo, da por sentado que la cebada fue vendida por Fribexport a Malterías y su transferencia se verificó el 18 de noviembre de 1969, fecha del despacho del cereal desde un puerto de los Grandes Lagos; pero —dice el recurrente— "suponiendo que Fribexport hubiera transferido la propiedad de la cebada a Malterías Unidas S. A. y que ésta hubiera corrido con los riesgos desde que se embarcó, o sea, antes de que se le entregara pesada en Tibitó, que era lo previsto en el contrato, el artículo 654 del Código de Comercio anterior, no podía aplicarse porque quien habría hecho la transferencia de la propiedad, en el mejor de los supuestos, habría sido Fribexport, la cual no tenía en el momento de efectuarla ningún seguro que ceder; pues el único que existía sobre la ce-

bada era el tomado por 'Ceisa' personalmente, para cubrirse de cualquier responsabilidad que le pudiera caber para con su futuro propietario, o sea, Malterías Unidas, seguro que conservó incólume en su cabeza, pues nunca cedió su interés asegurable''.

Luego agrega el censor:

''En el contrato de 7 de octubre de 1969 (folios 19 y 20 del cuaderno principal) 'Ceisa' se obligó a entregar la cebada a Malterías Unidas S. A. en sus depósitos de Tibitó, de modo que tenía interés en su conservación para poder cumplir con esa obligación, y por eso la aseguró. Tenía, pues, en ella un interés asegurable distinto del de propietario; es decir, un interés propio en cosa ajena, por la eventual responsabilidad que le pudiera caber con su propietario si no cumplía con su obligación de entregársela. Su interés era el que el artículo 642 del Código de Comercio anterior comprende en la expresión 'sea en cualquiera otra que lo constituya interesado en la conservación del objeto asegurado'.

''Además, como la obligación de 'Ceisa' era la de entregar pesada la cebada, que luego resultó vendida por otro, o sea Fribexport, en su lugar de destino final y para ello debía contratar su transporte, adquirió así en cuanto al trayecto marítimo, la categoría de comisionista de transporte a que se refiere el artículo 425 del Código de Comercio anterior y sus responsabilidades inherentes (artículo 426 ibídem); y respecto de su obligación de despacharla de Santa Marta por ferrocarril, la de cargador, remitente o consignante, de que habla el artículo 260 del mismo Código.

''Por el hecho de que Fribexport adquiriera la cebada y la despachara a Colombia entraba a actuar 'Ceisa' para cumplir sus obligaciones de comisionista de transporte, de cargador y persona encargada de entregarla en los depósitos del comprador en Zipaquirá y empezaba a correr con los riesgos inherentes a esa obligación, que por ello aseguró. 'Ceisa' no fue nunca propietaria de la cebada, ni ella misma prometió venderla, pues esa obligación la adquirió Fribexport''.

Por consiguiente, anduvo acertado el Tribunal cuando consideró que el encargado de adquirir la cebada en Estados Unidos y quien la había vendido a Malterías había sido Fribexport; pero, si el propietario de la cosa la vendió y pretendió transmitir su propiedad sin haber tomado ''ningún seguro'', era inaplicable el artículo 654 de la legislación comercial anterior.

Después de transcribir el precepto antes mencionado y apartes de un concepto del tratadista J. Efrén Ossa sobre los alcances de la misma norma, afirma el acusador: ''Por tanto, la venta hecha por Fribexport de una cebada a Malterías Unidas, aunque hubiera sido seguido del modo para la transmisión de la propiedad, —lo que ocurrió— no podía transmitir un seguro que el enajenante no tenía, ya que el único existente sobre el grano lo contrató 'Ceisa', como interesado en su conservación, no como propietario, sino como responsable de su entrega en Tibitó. Si el artículo 654 fuera aplicable, resultaría que la compradora de la cebada ocuparía en el seguro no el lugar del enajenante, que no tenía ninguno, sino el de un tercero o sea 'Ceisa' y se produciría como dice el doctor Ossa, 'un milagro que ni la ley misma podría hacer' porque, 'repugna a la lógica jurídica que alguien pueda transmitir una relación contractual a que es extraño ... La ley no puede pretender que una persona (el asegurado) transmita un derecho, y menos aún una obligación, que no tiene' ''.

Ante estas circunstancias, añade el recurrente, si Fribexport, mediante una relación contractual, se comprometió a venderle a Malterías más de 13.000 toneladas de cebada y a despachárselas en tal forma que aquella compañía, conjuntamente con ''Ceisa'', se comprometía a entregarlas al comprador pesadas, en sus depósitos de Tibitó-Zipaquirá, razón por la cual ''Ceisa'' aseguró su transporte en Seguros Bolívar desde San Lorenzo, Canadá, hasta Santa Marta, primero, y luego hasta Zipaquirá, ''en nada se afectaba el seguro contratado por 'Ceisa' para responder de cualquier eventual responsabilidad que pudiera llegar a caberle para con el propietario de la cebada, sino cumplía con su obligación de entregársela en el lugar del destino final por el hecho de que se transmitiera la propiedad del cereal. Ni mucho menos porque se empezara a dar cumplimiento con el despacho de la cebada del exterior a Colombia, al contrato de 7 de octubre de 1969, con lo cual entraba a actuar también en ejercicio de sus funciones 'Ceisa', para cumplir su obligación de hacer todas las gestiones que fueran del caso para entregar la cebada pesada, en los depósitos del comprador en Tibitó''.

A continuación dice el casacionista que para el caso de no verificarse el despacho de la cebada del exterior a Colombia, ''Ceisa'' no tendría modo ni manera de dar cumplimiento a sus obligaciones, ni por tanto, corría riesgo alguno ''el despacho —añade— era lo que hacía que las obligaciones de 'Ceisa' entraran en juego y empezaran a correr los riesgos a ella inherentes y tuviera vigencia el seguro tomado para amparar-

los. Pero por ese despacho, según el Tribunal, el seguro muere para quien lo tomó y nace para quien no lo contrató, aunque Fribexport, antecesor en el dominio de la cebada, no tuviera la calidad de asegurado ni hubiera contratado seguro alguno, arrebatándoselo al asegurado original, o sea 'Ceisa', que no fue el tradente del cereal. Si 'Ceisa' no vendió la cebada y tomó el seguro para responder de la obligación de entregarla pesada, en Tibitó, no puede privársela de su condición de asegurado, sólo porque como estaba contratado se efectuó el despacho del cereal, lo cual según lo pactado permitía que entrara en juego el incumplimiento de las obligaciones del asegurado de entregarla pesada, en su lugar de destino. Y si el antecesor en el dominio de la cebada no tenía la calidad de asegurado, ya que el que tenía lo había ordenado cancelar, mal podría transmitir con la cebada un seguro que a él no le pertenecía, para que el adquirente del cereal o sea Malterías Unidas tuviera el carácter de asegurado de que carecía el tradente mismo''.

Fundándose el censor en citas doctrinales de algunos tratadistas nacionales y foráneos y en la observación de que la jurisprudencia de la Corte aplicada por el sentenciador de segundo grado se refiere a un caso diferente del aquí contemplado, remata la acusación sosteniendo que el *ad quem* infringió el artículo 654 del Código de Comercio anterior por indebida aplicación, porque la venta de la cebada hecha por Fribexport a Malterías no transmitió el seguro, como quiera que el asegurado era ''Ceisa'' y no la sociedad vendedora, con lo cual violó por el mismo concepto el artículo 674 y las demás disposiciones enunciadas al comienzo del cargo, en el sentido allí referido.

Cargo segundo.

Hácese consistir en el quebranto de los artículos 654, 674, 560 inciso final, 689, 721, 724 del Código de Comercio anterior, 8, 13 de la Ley 27 de 1888, 38 de la Ley 153 de 1887 y 2036 del Código de Comercio actual, por aplicación indebida, a consecuencia de errores evidentes de hecho cometidos en la apreciación de la Póliza número TR-3721 y del Certificado número TR-197978.

En el desenvolvimiento de la censura dice el casacionista que el Tribunal consideró que el seguro quedó cedido a partir del despacho de las mercancías, o sea el 18 de noviembre de 1969, día en que, por consiguiente, ''Ceisa'' dejó de ser asegurado. Más no se percató que ese día comenzaban a correr los riesgos a su cargo, pues la cláusula 10 de la póliza —estatuye que ''el seguro ... ampara los intereses asegurados— desde el momento en que son sacados de sus depósitos y/o almacenes de origen o quedan posteriormente por cuenta del asegurado, según las condiciones de venta, para ser expedidos por medios ordinarios de transporte ...''. Y si el Certificado número TR-197978, que aseguró el transporte desde San Lorenzo hasta Santa Marta no estableció el momento en que empezaban a correr los riesgos para el asegurador, es evidente que tal punto queda gobernado por lo estipulado en la referida póliza.

Ahora, si como lo acepta el Tribunal y se afirma en el hecho 1º de la demanda, los riesgos quedaron por cuenta de ''Ceisa'' desde que se despacharon las mercancías desde un puerto de los Grandes Lagos hasta Santa Marta, dice el censor que se llega hasta el extremo de que ''conforme al pensamiento del sentenciador, el mismo día, 18 de noviembre de 1969 por un lado el seguro quedó cedido por 'Ceisa' a Malterías Unidas y por otro, 'Ceisa' empezó a correr con los riesgos de dicho seguro, como se deduce de la póliza, o sea, que al tiempo nació el seguro para 'Ceisa' y para ella murió'', siendo que es necesario que transcurra un lapso de tiempo entre el momento en que el seguro entre en vigencia y aquél en que se efectúe la transferencia de la propiedad de la cosa asegurada.

Fundado en el anterior postulado concluye el casacionista, afirmando que por no haberse apreciado la cláusula transcrita de la póliza y el certificado que concretó el seguro, el Tribunal incurrió en yerro fáctico respecto de la fecha en que empezaron los riesgos para ''Ceisa'', lo que dio lugar al quebranto del artículo 654 del anterior Código de Comercio y de las demás disposiciones enunciadas por la censura, en el sentido en ella indicados.

Cargo tercero.

Acúsase la sentencia de violar los artículos 232, 238, 239, 273, 276, 278 del Código de Comercio anterior, 143, 160, 201, 226, 241, 245, 248 del anterior Código Marítimo y Fluvial por falta de aplicación y 654, 674, 680 inciso final, 689, 691, 721, 724 del Código de Comercio derogado, 8, 13 de la Ley 27 de 1888, 38 de la Ley 153 de 1887 y 2036 del Código de Comercio actual por aplicación indebida, a consecuencia de errores de hecho y de derecho cometidos por el Tribunal en la estimación de las pruebas.

Este cargo lo funda el recurrente en las siguientes apreciaciones:

a) En el Charter Party o contrato de fletamento de 6 de octubre de 1969 se dice "que Continental Grain Company" como fletador, tomó la nave Silver Star para transportar en ella 14.300 toneladas de cebada a Santa Marta, Colombia. Más en ese documento no se dice, ni de él se puede deducir, que se haya remitido el cereal al comprador, ni mucho menos al domicilio de éste, por lo que al ignorar el Tribunal dicho documento incurrió en evidente error de hecho;

b) Preceptúa el artículo 228 del Código de Comercio Marítimo y Fluvial que "el cargamento está afecto privilegiadamente al pago de los fletes, capa de indemnizaciones que deban los cargadores en razón de fletamento". Si el vapor que trajo el cereal llegó a Santa Marta el 27 de noviembre y en esa fecha no se habían pagado aún los fletes, ni tampoco existe prueba de que los hubiera cancelado el cargador al fletante, luego, al considerar el Tribunal, "aún suponiendo que Malterías fuera el consignatario, que se entregó a esta sociedad la cebada, incurrió en evidente error de hecho y en violación de la norma citada últimamente que impedía entregar la mercancía antes de pagarse los fletes, pues éstos gozaban de privilegio";

c) A términos del artículo 276 del anterior Código de Comercio, la prueba de la entrega se acredita con la carta de porte, salvo que ésta no exista en cuyo caso, se justifica con cualquiera de los medios que indica el artículo 276. Por consiguiente, el Tribunal, al dar por establecido que Malterías Unidas fue introductor y destinatario real de la cebada, con elementos de convicción distintos de la carta de porte y sin prueba de que ésta no existía, incurrió en quebranto de los artículos 276, 278 y 260, el último del Código de Procedimiento Civil, por inaplicación, a consecuencia de yerros de valoración en la apreciación de las pruebas.

Cargo cuarto.

Lo presenta así: ser la sentencia del Tribunal "violatoria en forma indirecta, por falta de aplicación, de los artículos 279 y 290 del Código de Comercio anterior; y, por aplicación indebida de los artículos 298, 300, 654, 674, 680 inciso final, 689, 691, 721, 724 y 725 del Código de Comercio anterior, 8 y 13 de la Ley 27 de 1888; 2036 del Código de Comercio actual y 38 de la Ley 153 de 1887 inciso 1º, como consecuencia de errores evidentes de hecho en la apreciación de las pruebas ...".

El censor concreta los yerros en los siguientes elementos de convicción;

a) En el alcance de la cláusula 5ª del contrato de 7 de octubre de 1969 celebrado entre "Ceisa" y Fribexport con Malterías;

b) Las declaraciones rendidas por Alirio Cadavid el 22 de junio de 1972 y el 11 de junio de 1974, en las que aquél, como representante de "Ceisa", reconoce que la mencionada sociedad actuó como agente naviero del buque Silver Star y como representante de los armadores;

c) El informe del Jefe de Operaciones del Terminal Marítimo de Santa Marta y dirigido al Gerente de la misma entidad, en cuanto allí se afirma que la motonave Silver Star estaba agenciada por "Ceisa";

d) La declaración rendida por Hernando León Gómez atinente al reconocimiento del informe anterior;

e) Las certificaciones y comunicaciones de Puertos de Colombia, en cuanto en ellas se reconoce que "Ceisa" actuó como agente naviero del buque ya citado.

A continuación expresa el recurrente que si el Tribunal afirma y repite que "Ceisa", según el contrato de 7 de octubre, quedó encargada de la recepción, transporte y entrega de la cebada, y por tal virtud y con fundamento en el artículo 725 del Código de Comercio, la sociedad demandada debe responder de su culpa y aún de su dolo, basta leer la cláusula 5ª del mencionado contrato para deducir que "Ceisa" se obligó a contratar y pagar por su cuenta el transporte marítimo desde un puerto de los Grandes Lagos hasta el puerto de Santa Marta y a despacharla desde éste por ferrocarril, hasta los depósitos del comprador en Zipaquirá. Esto permite concluir —continúa el recurrente— que "Ceisa" "no se comprometió a hacer transporte alguno; que en cuanto al marítimo actuaría como comisionista del transporte y, en cuanto al terrestre como cargador, remitente o consignante. Una cosa es encargarse del transporte marítimo y otra comprometerse a contratarlo y a pagarlo por su cuenta; y una cosa es encargarse del transporte terrestre y otra diferente despachar la cebada de Santa Marta por ferrocarril hasta Zipaquirá. Por otro lado, 'Ceisa' no se obligó a efectuar la 'recepción' de la cebada sino a 'ensacar y empacar la cebada' y a despacharla hasta los depósitos del comprador en Zipaquirá. Y si bien es cierto que en dicha cláusula 'Ceisa' se obliga tan pronto llegue 'al puerto de destino' a descargar por su cuenta y riesgo ésta (la cebada), no se dijo que el descargue lo debiera efectuar por sí misma sino por su cuenta y riesgo, es decir que debía pagarlo y correr con los riesgos del descargue, ya que su obligación fue 'suministrar las

máquinas y todo el equipo y elementos necesarios para el descargue', y además a 'pagar todos los gastos que se ocasionen, desde la llegada de la cebada al puerto de destino, su recibo, descargue, empaque, movilización y acarreo' '', lo cual está diciendo que el recibo de la cebada debía efectuarlo otra persona y no directamente ''Ceisa''. Si el propio Tribunal reconoce que las funciones de ''Ceisa'' no eran simplemente las de encargada de la recepción, transporte y entrega de la mercancía, ya que fundado en el dictamen pericial sostiene que ''Ceisa'' aparece como ''agente del despachador, agente aduanero del importador, transportador, fletador y representante del introductor'', quebrantó el artículo 725 del anterior Código de Comercio, puesto que este precepto no dice que el asegurador deba responder de las culpas del 'agente del despachador', ni de las del 'agente aduanero del despachador', ni del 'importador', ni de las del 'representante del introductor', ni de las de los comisionistas de transporte, ni de las de los cargadores, ni de los obligados a 'ensacar y empacar' las mercancías y despacharlas por ferrocarril, ni de las que deban 'suministrar por su cuenta sacos de fique aptos para empaque', ni de las de quienes deban 'suministrar las máquinas y todo el equipo, ni de las culpas de los que deban pagar todos los gastos que se ocasionen desde la llegada de la cebada al puerto de destino, su recibo, descargue, empaque, movilización y acarreo'.

Por último, afirma el recurrente que con las declaraciones citadas al comienzo del cargo se acredita que ''Ceisa'' actuó como agente naviero del Silver Star y como representante de los armadores. Al no percatarse el Tribunal de lo que exteriorizan tales pruebas incurrió en el yerro de facto que le achaca.

Cargo quinto.

Por este cargo denuncia violación de los artículos 238 inciso 2º, 240 del Código de Comercio anterior, por falta de aplicación y de los artículos 239, 654, 674, 680 inciso final, 689, 691, 721 y 724 del mismo Código, 8 y 13 de la Ley 27 de 1888, 38 de la Ley 153 de 1887 y 2036 del Código de Comercio actual, por aplicación indebida, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

A criterio del recurrente, los elementos de convicción desacertadamente estimados, son los siguientes:

a) Las comunicaciones dirigidas por ''Ceisa'' y Malterías al Idema, que hablan de la posible importación de determinada cantidad de cebada, ''y no de quién ni a partir de cuál momento haya de correr con los riesgos inherentes al transporte'';

b) Los manifiestos de aduana, en que sólo aparece, para efectos fiscales, quién es el importador y el exportador, pero no quién ni a partir de cuándo debe correr con los riesgos de la mercancía que se haya de importar;

c) Las cartas de crédito, que indican a quién y en qué forma debe pagarse la mercancía importada, pero no señalan quién ni a partir de cuándo corre con los riesgos del objeto vendido cuyo pago con esas cartas se asegura.

Después de transcribir una doctrina de la Corte sobre entrega real o simbólica en materia comercial, concluye que ''no puede decirse, como lo hace el Tribunal, que las comunicaciones dirigidas por 'Ceisa' y Malterías Unidas al Idema, los manifiestos de aduana, las cartas de crédito y mucho menos 'los demás documentos', prueban 'diversos actos de tradición y simbólica' que produjeron 'la virtual entrega de la cosa vendida poniéndola por este medio a disposición del comprador'. Y al estimar probado con dichos medios el momento en que los riesgos correspondieron a Malterías Unidas, incurrió en error de hecho evidente, ya que aquéllos no prueban ningún medio de tradición simbólica previsto en la ley, y por ello violó por aplicación indebida el artículo 239, del Código de Comercio anterior, y consecuencialmente el 654 y los que determinan la indemnización y reembolso de gastos. Y por falta de aplicación, los artículos 238 y 240 referentes a la tradición de las mercancías''.

Cargo sexto.

Lo hace consistir el recurrente en el quebranto del artículo 233 primer inciso y numeral 3 del Código de Comercio anterior, por falta de aplicación, y de los artículos 654, 674, 680 inciso final, 689, 691, 721, 724 del mismo Código, 8 y 13 de la Ley 27 de 1888, 38 de la Ley 153 de 1887 y 2036 del Código de Comercio actual, por aplicación indebida, a consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

En el desarrollo del cargo expresa el recurrente que si de conformidad con el artículo 233 del Código de Comercio, cuando las mercancías, debiendo ser entregadas por peso, perecieren o se deterioraren antes de ser pesadas, serán de cargo del comprador, en este caso, como la cebada fue comprada para ser entregada por peso, según se establece en el contrato de 7 de octubre de

1969, y el cereal pereció en Santa Marta "antes de ser pesado en Tibitó, la pérdida era de Fribexport, como vendedora, no del comprador, a cuyo cargo sólo podían correr los riesgos después de que se le hubiera entregado la cebada en Tibitó y no antes".

Concluye el censor que como el Tribunal dejó de apreciar las cláusulas segunda, quinta y octava del contrato antes mencionado y, por tal virtud, consideró que los riesgos habían empezado a correr para Malterías a partir del 18 de noviembre de 1969, fecha en que se dice fue despachada la cebada a esta última, incurrió en error evidente de hecho.

Cargo séptimo.

Textualmente reza: "La sentencia es violatoria en forma indirecta, por falta de aplicación, de los artículos 1536 del Código Civil y 182 del Código de Comercio anterior; y por aplicación indebida de los artículos 654, 680 inciso final, 689, 691, 721 y 724 ibídem; 8 y 13 de la Ley 27 de 1888; 2036 del Código de Comercio actual y 38 de la Ley 153 de 1887 que dan vigencia a los del Código de Comercio anterior, por error evidente de hecho en la apreciación de la cláusula undécima del contrato de venta de la cebada celebrado el 7 de octubre de 1969".

El casacionista fundamenta el cargo en las reflexiones siguientes:

a) Sostiene el Tribunal en uno de los apartes de la sentencia que "Tampoco es exacto que aun habiéndose operado la cesión del contrato de seguro, Malterías Unidas tenga la calidad de beneficiaria del seguro y siga siendo 'Ceisa' el asegurado, *por cuanto todos los riesgos y gastos del transporte de la cebada corrieron por cuenta de Malterías Unidas, desde el momento de la celebración del contrato de compraventa,* lo que está indicando que adquirió la calidad de asegurada y que 'Ceisa' únicamente contrajo las obligaciones de transporte, recepción y entrega de la cebada".

b) Pero acontece que el contrato de venta de la cebada está sujeto a una condición suspensiva contenida en la cláusula undécima que dice: " 'La validez del presente contrato queda condicionada a la aprobación de la licencia de importación respectiva por parte del Instituto de Comercio Exterior'. Por tanto, mientras no se cumpliera la condición pactada, se suspendía la adquisición de los derechos al tenor del artículo 1536 del Código de Comercio (sic). Y al pasar por alto dicha estipulación el Tribunal incurrió en error evidente de hecho";

c) Si Malterías adquirió la propiedad de la cebada desde el momento mismo de la celebración del contrato de compraventa como lo estima el Tribunal, mal podría correr con los riesgos de ésta, y no corriendo con ellos, no se le podía ceder el contrato de seguro, por cuanto en esa fecha no se había expedido "el certificado respectivo".

Cargo noveno.

Por éste denuncia quebranto de los artículos 234, 296, 654, 674, 680 inciso final, 689 y 691 del anterior Código de Comercio, 8 y 13 de la Ley 27 de 1888, 2036 del Código de Comercio actual y 38 inciso 1º de la Ley 153 de 1887, por aplicación indebida, a consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

Comienza el censor por transcribir algunos pasos de la sentencia del Tribunal, para asegurar a continuación que de dichos apartes y en contraposición a lo que se afirma en otros, resulta que el *ad quem* consideró que "Ceisa" hizo transmisión a título singular de venta de la cebada a Malterías, "cuando aquélla no vendió ni transmitió la propiedad de la cebada, que nunca fue de su pertenencia. Lo ocurrido, como dice la demanda del proceso, fue que 'Ceisa' representada por su agente Rodney Plunkett, 'obrando por sí misma y como agente en Colombia de Fribexport', suscribió el 7 de octubre de 1969 un contrato merced al cual se comprometió a vender a Malterías Unidas trece mil toneladas 10% más o menos de cebada americana, a términos de tal contrato".

Enseguida asevera el censor que sea que se entienda que quien se comprometió a vender fue Plunkett, como Gerente de "Ceisa" y agente de Fribexport, lo cierto es que conforme al hecho 1º de la demanda, "Ceisa" comprometió a Fribexport a adquirir en los Estados Unidos y a vender a Malterías el volumen de la cebada antes dicho, o sea, que no fue la asegurada "Ceisa" quien debía vender el cereal, "sino Fribexport que en la fecha del despacho de la cebada, 18 de noviembre de 1969, había dejado de ser asegurada".

A continuación expresa el recurrente que de los hechos 18 y 19 se desprende, porque allí se afirma, que fue Fribexport quien le vendió a Malterías la cebada y en esas condiciones aquélla le facturó a ésta el cereal.

De otra parte, en las facturas consulares números 242054, 307403, 307401 y 307402, no aparece "Ceisa", quien a la sazón era el asegurado como despachador de la cebada desde el Canadá, sino Continental Grain Company de New York,

quien no había contratado seguro alguno, "y se supone obraba por cuenta de Fribexport". Tampoco en las facturas comerciales números 52257/3 y 52257/F aparece "Ceisa" facturando el valor de la cebada sino Fribexport, que a la fecha de ellas había dejado de ser asegurado. Además en los manifiestos de importación números A-548443, 548446, 548447 y 548448, no aparece "Ceisa" como exportador de la cebada sino Continental Grein Company. Ni en los registros de importación expedidos por Incomex aparece "Ceisa" como exportador, sino Fribexport. Por último, sostiene el casacionista, las cartas de crédito irrevocables números BT16100 y 12190, expedida la primera por el Banco Comercial Antioqueño y la segunda por el Banco del Comercio el 14 de noviembre y 24 de diciembre de 1969, fueron abiertas para el pago del valor de la cebada a favor de Fribexport y no de "Ceisa".

"Todas estas pruebas —dice el censor— no fueron apreciadas por el Tribunal, quien incurrió por tanto en error evidente de hecho" al considerar en su sentencia que "Ceisa" fue el vendedor de la cebada.

Se considera

1. El Código de Comercio de 1887, que rigió hasta el 31 de diciembre de 1971, aplicable a la situación *sub lite,* definía el seguro como "un contrato bilateral, condicional y aleatorio, por el cual una persona, natural o jurídica, toma sobre sí, por un determinado tiempo, todos o algunos de los riesgos de pérdida o deterioro, que corren ciertos objetos pertenecientes a otra persona, obligándose, mediante una retribución convenida, a indemnizarle la pérdida, o cualquier otro daño estimable, que sufran los objetos asegurados" (artículo 634).

2. Como quiera que la noción precedente carecía de precisión y no comprendía todas las especies de seguros y todas sus características, se hicieron repetidas críticas por quienes se han ocupado del estudio de esta materia, las cuales pueden compendiarse así:

a) Dejaba de lado los seguros patrimoniales y personales, en cuanto concreta los riesgos a los "objetos";

b) Dejaba entrever que sólo el propietario de los objetos puede contratar el seguro, siendo que el mismo estatuto comercial abría el campo para que personas titulares de derechos diferentes, como el fideicomisario, usufructuario, acreedor hipotecario y prendario, arrendatario, administrador de bienes ajenos, etc., contrataren el seguro, por tener interés real en la conservación del bien (artículo 642);

c) Facultaba a las personas naturales para figurar como aseguradoras, cuando a partir de la Ley 105 de 1927, tales personas no pueden ser empresarios de contratos de seguros;

d) Enumeraba los atributos del contrato de seguro, circunscribiéndolos a tres, dejando de lado otros, como las características de principal, de tracto sucesivo, oneroso, de adhesión, indivisible y solemne que tiene el contrato.

De la censura precedente también ha participado la doctrina de la Corte, pues en fallo reciente dijo: "Anotan los comentaristas que la definición transcrita es incompleta, por cuanto al referirse a 'los objetos' dejaba por fuera los riesgos personales y patrimoniales, a pesar de lo cual en otras disposiciones se refería el estatuto a los seguros de vida, algunas clases de riesgos patrimoniales y a los de manejo y cumplimiento. Además —dicen— no solamente el Código amparaba el derecho de dominio, porque el artículo 642 mencionaba a los copartícipes, fideicomisarios, usufructuarios, arrendatarios, acreedores, administradores de bienes ajenos, o cualquiera otra condición que constituya a una persona en 'interesada en la conservación del objeto asegurado'. Los doctrinantes ensayan definiciones más generales, como la dada por Picar y Besson, que enseñan que se trata de 'Una operación por la cual una parte, el asegurado, se hace prometer mediante una remuneración, la prima, una prestación por otra parte, el asegurador, en caso de realización de un riesgo'. Por lo demás, la Ley 105 de 1927 modificó el Código en el sentido de quitarles a las personas naturales la posibilidad de ser aseguradoras" (casación civil, de 16 de noviembre de 1977, aún no publicada).

3. De conformidad con la legislación que se viene comentando, eran partes en el contrato de seguro el asegurador, o sea "la persona que toma de su cuenta el riesgo", y el asegurado, es decir, quien "queda libre de él" (artículo 636).

Por su parte, el nuevo estatuto comercial expuso que son partes en dicho contrato el asegurador, "o sea la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos", y "el tomador, o sea la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos" (1037).

4. *Siendo que el contrato de seguro registra entre sus atributos el de ser solemne, como quiera que para su perfeccionamiento se exige que conste por escrito (artículo 638 del Código de Comercio anterior y 1036 del Código de Comercio*

actual), a este documento le asigna la ley expresamente el nombre de 'póliza', la cual deberá contener, según la legislación aplicable al caso, los enunciados siguientes:

a) *Nombres y apellidos de asegurador y asegurado y sus domicilios;*

b) *La calidad con que el asegurado contrata;*

c) *La designación clara y precisa del valor y naturaleza de los objetos asegurados;*

d) *La cantidad asegurada;*

e) *La época en que principia y concluye el riesgo respecto del asegurador;*

f) *La prima del seguro, con indicación del tiempo, lugar y forma de pago;*

g) *La fecha y hora de su celebración;*

h) *La enunciación de todas las circunstancias que puedan suministrar al asegurador un conocimiento exacto y completo de los riesgos, así como las demás estipulaciones que quisieren agregar las partes.*

5. *De estas estipulaciones, como lo tiene dicho la doctrina de la Corte, unas son indispensables consignarlas en la póliza y otras no. Las primeras, por esenciales a la validez del contrato de seguro, deben ser enunciadas, y las segundas no son de indicación ineludible.*

Dentro de la primera especie están:

a) *Los nombres de las partes contratantes;*

b) *La designación de la cosa asegurada;*

c) *La cantidad asegurada o modo de fijarla;*

d) *La designación del riesgo que toma el asegurador, y*

e) *La prima del seguro.*

Dentro de la segunda especie figuran:

a) *La declaración de la calidad que toma el asegurado;*

b) *El valor de la cosa asegurada, ya que su monto puede determinarse por otros medios de prueba según lo indica el artículo 657 del Código de Comercio;*

c) *El tiempo, lugar y forma de pago de la prima, puesto que la omisión de estos extremos la suplen los artículos 646 a 653 del Código de Comercio;*

d) *La fecha y la hora del contrato, pues se exige en interés de los terceros para efecto de la validez de varios seguros sucesivos, tal como lo prevén los artículos 646 a 653 del Código de Comercio;*

e) *Las indicaciones que señala el artículo 719 en el seguro de transporte terrestre, cuya omisión puede suplirse por otro medio de prueba legal al serle aplicable a la póliza de seguro de transporte el artículo 276 del Código de Comercio, el cual expresa que "la omisión de alguna de las enunciaciones que prescribe el artículo 274, no destruye el mérito probatorio de la carta de porte, y las designaciones omitidas, podrán ser suplidas por cualquier especie de prueba legal (casación civil, de 8 de marzo de 1926. XXXII, 234 y 16 de noviembre de 1977, aún no publicada).*

6. *Ahora bien, dentro de las diferentes especies de pólizas de seguros figura la denominada automática, a la cual no se refirió la legislación anterior, pero que con el incremento del seguro se abrió paso con acentuada celeridad, particularmente en los ramos de incendio y transporte, circunstancia ésta que a la postre impusieron su reconocimiento y reglamentación legal, como se desprende de los artículos 1050 y 1071 del actual Código de Comercio, estableciendo especialmente el primero que "la póliza flotante y la automática se limitarán a describir las condiciones generales del seguro, dejando la identificación o valoración de los intereses del contrato, lo mismo que otros datos necesarios para su individualización, para ser definidos en declaraciones posteriores. Estas se harán constar mediante anexo a la póliza, certificado de seguro o por otros medios sancionados por la costumbre".*

7. *Cuando es menester cubrir intereses sobre bienes indeterminables o de bienes en permanente renovación, como cuando unos salen y otros entran, se acude al seguro automático, que ha sido de gran utilidad especialmente en el campo del transporte, puesto que mediante esta modalidad el asegurador se compromete a responder de los despachos de cosas o mercancías que revistan determinado interés para el asegurado, y a su vez éste se obliga a cubrir las primas y a declarar periódicamente los bienes que van quedando amparados.*

8. *Por la forma como se desenvuelve el seguro contenido en una póliza automática, es frecuente que se expidan algunos documentos como anexos y certificados, destinados los primeros, generalmente, a introducirle modificaciones a la póliza, que pueden ser de fondo y de forma, orientados los segundos a concretar y singularizar las estipulaciones generales consignadas en la misma. En este campo, ha dicho la Corte que "la póliza flotante, análoga a la automática, viene a ser un acuerdo normativo, un patrón o modelo, un contrato 'cuadro' que contiene una serie de reglas generales y algunas estipulaciones particulares, que para cada caso especial se concretan en certificados, que algunos engloban dentro de los llamados 'anexos', que se expiden con aplicación a ella, en los que se especifica cada situación par-*

ticular relacionada con el transporte real y concreto de cada remesa de mercancías que, como lo dice un autor nacional (Ossa, Tratado Elemental de Seguros, página 121), 'suelen ser verdaderos amparos individualizados, que se otorgan con cargo a las condiciones generales preestablecidas', pudiendo mediante ellos modificarse las estipulaciones de la póliza normativa, pues se trata en realidad de una convención posterior celebrada entre las mismas partes, que según principio de derecho prima sobre la anterior. Trátese o no de anexo, para la interpretación del contrato deben tenerse en cuenta, en conjunto, la póliza automática, los anexos que la modifiquen y los certificados de amparo específico que se expidan con aplicación a ella" (casación civil 16 de noviembre de 1977, no publicada).

9. Precedentemente se dejó sentado que entre las enunciaciones esenciales en el contrato de seguro se encuentra la atinente a los nombres de las partes contratantes; pero también se dejó dicho que la declaración de la calidad que toma el asegurado no pertenece a la especie de las esenciales, como quiera que con la colaboración de otras instituciones, como el mandato, con o sin representación, quien figura en esas condiciones no pasa de ser un sedicente asegurado y tenga esa verdadera calidad un tercero, como desde vieja data lo ha sostenido la jurisprudencia al afirmar: "Si bien el nombre de los contratantes (asegurador y asegurado) debe figurar en la póliza como requisito esencial, ello no se opone a que, por aplicación de otros preceptos, el seguro pueda aprovechar a persona distinta de la que figura como asegurada; persona que no obstante, se considera como tal asegurado y puede demandar en nombre propio el pago del valor de las mercancías aseguradas en caso de siniestro. Tal sucede cuando el seguro se contrata a favor de otro, verbigracia, cuando el dueño de una póliza flotante asegura bajo esa póliza mercancías de otro con conocimiento de la compañía aseguradora. En tal caso el nombre del dueño de las mercancías aseguradas no tiene por qué figurar en la póliza del que figura como asegurado, sin que por eso deje de tener los derechos del asegurado" (casación civil de 8 de marzo de 1926, tomo XXXII, página 235).

10. Por celebrarse generalmente el contrato de seguro en consideración de la persona del asegurado, regularmente no se ofrecen variaciones en las posiciones de quienes intervienen en su formación, o sea, el asegurador y asegurado. Con todo, en los seguros reales, la legislación anterior, que es la aplicable al caso *sub lite*, se alejó del criterio subjetivo y acogió el objetivo, pues ante el deceso del tomador o por virtud de un negocio dispositivo sobre la cosa asegurada, por ministerio de la ley se transmite el seguro al adquirente y, por ende, éste ocupa el lugar jurídico del anterior asegurado, ya que con arreglo al artículo 654 del Código de Comercio se establecía que "transmitida por título universal o singular la propiedad de la cosa asegurada, el seguro correrá en provecho del adquirente, sin necesidad de cesión, desde el momento en que los riesgos le corresponden, a menos que conste evidentemente que el seguro fue consentido por el asegurador, en consideración a la persona asegurada".

Con motivo de ser el contrato de seguro una convención intuitu personae, *no ha mirado la doctrina con plena satisfacción el hecho de que transmitida la propiedad de la cosa asegurada implique igualmente la transferencia del seguro; con todo la aceptan para no colocarse de espaldas a la celeridad con que se celebran los negocios de índole comercial, como lo observa Halperin en su tratado de "Seguros", cuando dice: "... En el rigor de los principios, el contrato de seguro no debería transferirse en los supuestos de enajenación de las cosas o derechos sobre los cuales recae el interés asegurable. Pero las necesidades del comercio imponen la transferencia con las mercaderías, para hacer posible la rapidez de las transacciones".*

Sin apartarse por entero de la concepción intuitu rei *o criterio objetivo, el actual estatuto comercial se inclinó más por el principio* intuitu personae, *especialmente cuando se efectúa la transferencia del interés asegurado o de la cosa a que esté vinculado el seguro, por acto entre vivos, pues en este evento, como norma general, se extingue el contrato, y excepcionalmente subsistirá si el original asegurado conserva algún interés asegurable y entera de esta circunstancia al asegurador dentro de los diez días siguientes a la fecha de la transferencia, como cuando dispone de una cuota del bien y conserva su señorío sobre la cuota restante (artículo 1107). En cambio resulta preponderante el criterio objetivo, cuando la transmisión del interés asegurado o de la cosa a que esté vinculado el seguro se verifica por causa de muerte, pues en tal caso, quedará subsistente el contrato a nombre del adquirente o adjudicatario, pero éste tendrá un plazo de quince días, contados a partir de la fecha de la sentencia aprobatoria de la partición para comunicar al asegurador la respectiva adquisición, y, si así no actúa, "se produce la extinción del contrato", a menos que el asegurador consienta expresamente en la supervivencia del mismo (artículo 1107).*

11. *Regresando a la legislación anterior en lo tocante con la transmisión del seguro con motivo del desplazamiento del derecho que tenía el asegurado original sobre la cosa, lo cual daba lugar a que el adquirente del bien asegurado, sin necesidad de cesión u* ope legis, *contrajera la calidad de asegurado, tal institución, cimentada en la concepción objetiva, exigía los presupuestos siguientes:*

a) *Existencia de un contrato de seguro;*

b) *Transmisión de la propiedad de la cosa asegurada por causa de muerte o por acto entre vivos;*

c) *Efectuada la transmisión o transferencia, el seguro correrá en provecho del adquirente, sin necesidad de cesión, desde el momento en que los riesgos le correspondan (654 del Código de Comercio anterior).*

Por el contrario, no se realizaba la cesión ope legis, *según la legislación que se viene comentando, en los eventos siguientes:*

a) *Cuando constaba "evidentemente que el seguro fue consentido por el asegurador en consideración a la persona asegurada", o sea, celebrado* intuitu personae *(artículo 654);*

b) *Cuando la transmisión se hiciera a título singular y ante el requerimiento que le formulaba el asegurador al adquirente para que manifestara si deseaba o no aprovecharse del seguro, éste respondía negativamente; en este particular caso, si el adquirente "lo rehusare y el asegurado conservare algún interés en la casa, el seguro continuará por cuenta de éste, hasta concurrencia de su interés" (artículo 856), como ocurría cuando el asegurado enajenaba parte de la cosa asegurada, o conservaba sobre ella algún derecho, por ejemplo, de usufructo, uso, habitación, etc.*

12. *De suerte que enajenada la cosa asegurada, el seguro, como norma general, se transmitía al adquirente por ministerio de la ley, y esta cesión producía los efectos siguientes:*

a) *El contrato de seguro subsistía;*

b) *El asegurado original quedaba eliminado de su condición de tal y entraba a ocupar el mismo lugar jurídico el adquirente del bien;*

c) *Como consecuencia lógica y obvia, los derechos y obligaciones recíprocas nacidos del contrato de seguro, ataban en lo sucesivo al asegurador y al adquirente o nuevo asegurado, por lo que corría de cargo de éste continuar con el pago de la prima en la forma y época convenidas, prevenir el riesgo, etc., y a cargo de aquél pagar las respectivas indemnizaciones por la ocurrencia del siniestro;*

d) *El asegurador tenía la vía expedita para alegar respecto del adquirente los medios exceptivos que hubiera podido invocar respecto del primitivo asegurado, si tales medios se habían configurado con antelación a la cesión* ope legis.

Aludiendo precisamente a los efectos de la transferencia del seguro, sostiene el tratadista argentino Isaac Halperin que "el fundamento de la transferencia está en la ley: no existe un nuevo contrato de seguro con el adquirente ... el vendedor queda eliminado del contrato; ya no debe cumplir las cargas y obligaciones contractuales —mantenimiento del estado del riesgo, informaciones, etc.—; su conducta es indiferente para el comprador; y por otra parte, pierde todo derecho derivado del contrato. El comprador subentra en el contrato, y desde que es investido del interés, debe cumplir con todas las cargas y obligaciones contractuales y legales, y responde por sus violaciones. A la vez será el titular de las indemnizaciones —si fuere de siniestros anteriores, si media cesión—, gastos de salvamento realizados, y del ejercicio de los demás derechos que le competen en su carácter de asegurado. El adquirente toma el contrato en el estado en que se halle al momento en que subentra, debiendo sufrir todas las defensas e impugnaciones que el asegurador pudo oponer al enajenante".

13. *Como ya se indicó, la cesión del contrato de seguro* ope legis *exige como presupuesto* sine qua non, *respecto del adquirente, que en él concurren el título y el modo, pues si existe el primero pero no se ha verificado el segundo, la transmisión del seguro, en esas condiciones, aún no se ha efectuado. Entonces, ésta ocurre cuando coexisten en cabeza del adquirente de la cosa asegurada la causa remota y próxima, o sea, el título y el modo. Y, cuando el título pertenece a la especie de los llamados traslaticios, como la compraventa, el modo, como obligación de dar a cargo del vendedor, se cumple con la entrega de la cosa enajenada que hace el vendedor al comprador, ya en forma real o física, ora de manera simbólica, cumpliéndose esta última especie, en materia comercial y según la legislación aplicable al caso* sub lite, *mediante una cualquiera de las modalidades siguientes:*

a) *Por la expedición que hace el vendedor de las mercancías al domicilio del comprador o a cualquier otro lugar convenido, salvo que se remitan a un consignatario del vendedor, con orden de no entregarlas sino contra el pago del precio (artículo 238);*

b) *Por la transmisión del conocimiento, carta de porte o factura, durante el transporte de las mercancías por mar y tierra;*

c) *Por la fijación que hace el comprador de su marca en las mercancías compradas con conocimiento y aquiescencia del vendedor;*

d) *Por cualquier otro medio autorizado por el uso constante del comercio (artículo 239).*

14. Atendiendo la doctrina de la Corte a las diversas formas como se cumple la tradición de mercancías enajenadas y precisando los alcances del artículo 654 del Código de Comercio anterior en cuanto consagraba la transmisión del seguro al adquirente por ministerio de la ley, dijo aquélla: "cuando las mercancías aseguradas se remiten por cuenta y riesgo del introductor, la propiedad de ellas se le transmite desde que fueron despachadas; y en caso de avería en el transporte, el remitente queda libre de toda responsabilidad para con el introductor. Si las mercancías aseguradas fueron despachadas por la casa remitente al introductor por cuenta y riesgo de éste, quien pagó el valor de las facturas cargado con el valor de la prima de seguro, en caso de avería el seguro debe pagársele a éste que es el dueño de las mercancías recibidas, y no a la casa remitente, aunque ésta hubiera sido la que contrató el seguro con la compañía aseguradora" (*Gaceta Judicial*, tomo XXXVII, 208).

15. Descendiendo al caso *sub lite* dice el censor, en el cargo primero, que viene formulado por la vía directa, que el sentenciador *ad quem* desacertó en la aplicación del artículo 654 del Código de Comercio, por cuanto este precepto no estaba llamado a gobernar la controversia, en síntesis, por lo siguiente:

a) Porque quien habría hecho la transferencia de la cebada a Malterías, en el mejor de los supuestos, habría sido Fribexport, y en el momento del despacho del cereal desde un puerto de los Grandes Lagos —18 de noviembre de 1969—, ésta no tenía "seguro que ceder, pues el único que existía era el tomado por 'Ceisa' ", quien no era propietaria de la cebada y sólo tenía interés en la conservación de la misma, según el contrato de 7 de octubre de 1969;

b) Que la obligación de "Ceisa" era entregar pesada la cebada en el lugar de destino final y por ende, adquirió las calidades, en cuanto al trayecto marítimo, de comisionista del transporte y, en cuanto al terrestre, de cargador, remitente o consignante;

c) Que la venta de la cebada hecha por Fribexport a Malterías, "aunque hubiera sido seguida del modo para la transmisión de la propiedad, —lo que no ocurrió— no podía transmitir un seguro que el enajenante no tenía, ya que el único existente sobre el grano lo contrató 'Ceisa', como interesado en su conservación, no como propietario, sino como responsable de su entrega en Tibitó";

d) Que "por la venta de la cebada el seguro no se transmitió a Malterías Unidas S. A. y, por tanto, 'Ceisa', que era el asegurado, siguió siéndolo, de modo que no podía ordenarse el pago de la indemnización a quien no era el asegurado";

e) Que los conceptos de tratadistas nacionales y las citas de algunos extranjeros, conducen a la inaplicación del artículo 654 del Código de Comercio anterior.

16. Por el contrario, el sentenciador de segundo grado, para aplicar el precepto contentivo de la cesión *ope legis* del contrato de seguro, se fundó en que "Ceisa" tiene un interés asegurable como representante del vendedor, como encargado de la recepción y transporte de la cebada, y Malterías como comprador y propietario, según lo deduce de los elementos de convicción siguientes:

a) Del contrato de seguro que consta en los certificados números TR-197978 y TR-200498;

b) Del contrato de compraventa de la cebada celebrado el 7 de octubre de 1969;

c) De la póliza de seguro de cumplimiento del anterior contrato, distinguido con el número 26118;

d) De la inspección judicial y el dictamen de peritos, con los cuales se establece que todos los gastos del contrato de compraventa de la cebada y pago de primas de seguros, los hizo Malterías;

e) Que desde el 18 de noviembre de 1969, fecha del despacho de la cebada de los Grandes Lagos a Zipaquirá, se transmitió el contrato de seguros a Malterías, aunque "Ceisa" siguiese figurando en los documentos de amparo como asegurada.

17. Si el censor controvierte quién era el asegurado, quién vendió, si el vendedor al momento de realizarse la tradición figuraba como asegurado, si al comprador se le hizo o no tradición de la cebada, qué calidad tenía "Ceisa" en el seguro contratado y en el contrato de compraventa, si hubo o no transmisión legal del seguro, necesariamente estaba obligado, según la preceptiva técnica del recurso extraordinario de casación, a lanzar su ataque por la vía indirecta, pues fundado en la directa, el recurrente no podía apartarse, ni en lo más mínimo, de las conclusiones a que llegó el Tribunal en el examen de los hechos. Como no actuó así, el cargo no se abre paso.

Con todo, en apartes anteriores se dejó explicado que la declaración de la calidad que toma el asegurado en el contrato de seguros no es esencial, porque otra persona resulta ser el verdadero asegurado, como cuando el tomador actúa a través de un mandato, con o sin representación, o también, cuando con conocimiento de la compañía aseguradora, asegura mercancías pertenecientes a otro.

18. En el cargo segundo, que viene presentado por la vía indirecta, por cuanto le achaca al Tribunal el quebranto de varias normas sustanciales, por indebida aplicación, a consecuencia de errores evidentes en la apreciación de la Póliza número TR-3721 y del Certificado TR-197978, como quiera que el Tribunal consideró que el 18 de noviembre, fecha del despacho de las mercancías desde un puerto de los Grandes Lagos hasta Santa Marta, el seguro quedó cedido por "Ceisa" a Malterías y a la vez, según la prueba antes referida, aquélla empezó a correr con los riesgos, sin tener en cuenta que según el artículo 654 del Código de Comercio debe "transcurrir un lapso de tiempo entre el momento en que el seguro entra en vigencia y aquél en que se efectúa la transmisión de la cosa asegurada".

Según la legislación aplicable, enajenada la cosa asegurada, el seguro correrá en provecho del adquirente, sin necesidad de cesión, desde el momento en que los riesgos empiecen a correr por su cuenta (654 del Código de Comercio). Y, en materia de transporte, los riesgos principian desde el momento establecido en la convención o, por imperativo legal, desde que la mercancía queda a disposición del porteador o de sus dependientes y concluye con la entrega a contento del consignatario (artículo 298 inciso 2º y 721 ibídem).

Es verdad que normalmente y para efectos de la cesión *ope legis* del seguro, dada la forma como se suceden los negocios jurídicos, la contratación del seguro, la iniciación de los riesgos, la venta y tradición de la cosa asegurada, no coinciden en el tiempo. Empero, de aquí no se sigue que en un mismo día no puedan coincidir todos ellos, ni tampoco se puede sostener que la iniciación de riesgos y la transferencia del derecho de cosa asegurada no puedan tener ocurrencia también en una misma fecha, porque bien puede suceder que estas situaciones se verifiquen, con breves espacios de tiempo, en un solo día.

Por consiguiente, si el Tribunal sostuvo que el 18 de noviembre de 1969, fecha del despacho de las mercancías a Malterías desde el puerto de Three Rivers a Santa Marta, se efectuó la tradición al adquirente del bien enajenado y se verificó la cesión del seguro por ministerio de la ley, es una interpretación que no entraña yerro evidente de hecho, por estar dentro del campo de las posibilidades, lo cual conduce al fracaso del cargo.

19. Se duele el censor en el cargo tercero de que el sentenciador *ad quem* hubiera quebrantado la ley sustancial que cita a consecuencia de yerros fácticos y de derecho cometidos en las pruebas siguientes:

a) El contrato de fletamento o "Charter Party", de fecha 6 de octubre de 1969, porque en éste se expresa que la "Continental Grain Company", como fletador, toma la nave Silver Star para transportar a Santa Marta, Colombia, las 14.300 toneladas de cebada y no se dice en él, ni se puede deducir que se haya remitido la carga al comprador, ni a su domicilio;

b) El hecho n) de la demanda, en cuanto en él se dice que la factura comercial por los fletes del barco se extendió el 8 de diciembre de 1969, cuando el vapor había llegado a Santa Marta desde el 27 de noviembre de ese año, siendo que el artículo 226 del Código de Comercio impide entregar la mercancía antes de pagarse los fletes;

c) La factura comercial número 52257/3 de 8 de diciembre de 1969, a virtud de que el Tribunal considera que se hizo la entrega del cargamento F.O.B. a Malterías, olvidando que según la ley (artículos 276 y 278 del Código de Comercio), la prueba de la entrega eficaz es sólo la carta de porte, pues en su defecto podrá acreditarse por cualquiera otro medio.

En primer lugar, la calidad de propietaria, introductora y destinataria por parte de Malterías, la deriva el *ad quem* de un conjunto de pruebas, tales como el contrato de compraventa del cereal, facturas comerciales y consulares, comunicaciones dirigidas por "Ceisa" y Malterías al Idema, manifiestos de aduana, cartas de crédito, dictamen pericial, elementos de convicción éstos que no fueron impugnados por el censor en el cargo y, mientras tal cosa no ocurra, el reparo es ineficaz, porque tal conclusión permanece en vigor y conserva su firmeza mientras no sean destruidos todos los elementos que le sirven de soporte, como lo tiene declarado la doctrina de la Corte (casación civil de 6 de agosto de 1958, LXXXVIII, 596; 24 de enero de 1962, XLVIII, 18; enero 28 de 1966, CXV, 60).

El segundo reparo es intrascendente, porque la entrega tradición al comprador hecha por el vendedor, que ya se había cumplido con la expedi-

ción que éste hizo a aquél de las mercancías el 18 de noviembre de 1969, difiere de la entrega, tenencia y derecho que tiene el transportador o armador sobre las mercancías transportadas para lograr el pago del flete acordado.

Menos acertado anda el recurrente en el tercer reparo, porque siendo consensual el contrato de transporte, como lo dice la ley (artículo 283 del Código de Comercio) y lo reitera la jurisprudencia, su existencia, condiciones y la entrega de las mercancías se acreditan con la carta de porte o con otros medios de prueba (Código Civil, 21 de marzo de 1939, XLVIII, 193). Además, como el Tribunal dio por establecida la entrega de la cebada a Malterías desde su despacho ocurrido el 18 de noviembre de 1969, mediante un conjunto de pruebas, sin que el recurrente hubiere atacado los elementos de convicción que tuvo en cuenta el *ad quem*, el reparo, por este aspecto, es incompleto. Por consiguiente, el cargo no cobra éxito.

20. Eligiendo la vía indirecta, el casacionista en el cargo cuarto denuncia como quebrantadas por el Tribunal las mismas normas sustanciales indicadas en los cargos anteriores, salvo los artículos 279, 290, 300 y 725 del Código de Comercio anterior, a consecuencia de los siguientes yerros fácticos:

a) Interpretación de la cláusula 5ª del contrato de 7 de octubre de 1969 celebrado por Malterías con "Ceisa" y Fribexport, por cuanto el Tribunal considera que mediante él "Ceisa" quedó encargada de la recepción, transporte y entrega de la cebada, cuando la referida cláusula sólo exterioriza que "Ceisa" se obliga a contratar y pagar el transporte desde un puerto de los Grandes Lagos hasta Santa Marta y a despacharla por ferrocarril hasta Zipaquirá. Por otra parte, "Ceisa" no se obligó "a efectuar la recepción de la cebada sino a ensacar y empacarla", ni se convino que el descargue lo debiera efectuar por sí misma, sino por su cuenta y riesgo, corriendo de su cargo el equipo para la evacuación del cereal, lo cual indica que su recepción no "la debía efectuar 'Ceisa' directamente" y por tanto se aplicaron indebidamente las disposiciones que cita en el cargo;

b) Las declaraciones de Alirio Cadavid, el informe del Jefe de Operaciones del Terminal Marítimo de Santa Marta, el testimonio de Hernando León Gómez y las certificaciones y comunicaciones de Puertos de Colombia, en cuanto mediante éstas se señala a "Ceisa" como agente naviero del "Silver Star".

Cuando se controvierte por las partes el alcance de las cláusulas de un contrato y además éstas no se encuentran revestidas de claridad y precisión, debe el juzgador desentrañar el sentido de las declaraciones de voluntad consignadas en la respectiva convención, para lo cual, en esta labor de hermenéutica el legislador ha consignado una serie de pautas legales, entre las cuales consagra aquella que dispone examinar de conjunto las estipulaciones, o sea, interpretando unas por otras, en procura de lograr que todas ellas guarden armonía entre sí, que se ajusten a la naturaleza y a la finalidad de la convención y que concurran a satisfacer la común intención de las partes (artículo 1622 del Código Civil). Precisamente, la doctrina de la Corte, concediéndole la verdadera importancia que tiene la denominada "interpretación sistemática o de armonía", expresa que "cuando por disentimiento de las partes en el punto se discute judicialmente el alcance de las relaciones surgidas de un contrato, corresponde al juzgador desentrañar el sentido o la significación de las declaraciones de voluntad, con el fin de determinar las obligaciones que por emanar de la convención han de asegurarse en su cumplimiento. En esta tarea, como lo ha expuesto insistentemente la doctrina, el criterio normativo que debe guiar al fallador ha de encaminarse siempre a darle efectividad a la voluntad convencional, indagando, dentro de los principios generales de la hermenéutica contractual, cuáles fueron realmente los objetivos y las finalidades que se propusieron los contratantes al ajustar el pacto. Dentro de las reglas de hermenéutica que el juez debe observar al interpretar un contrato, figura la que dice que ha de considerar en conjunto las diversas estipulaciones que complementándose entre sí conducen a estructurar la convención. 'Las cláusulas de un contrato —dice el artículo 1622 del Código Civil— se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad'. Por cuanto ordinariamente el contrato se presenta como una unidad, para conocer la verdadera voluntad de las partes deben apreciarse todas sus estipulaciones en forma coordinada y armónica; si con desprecio de este procedimiento se aíslan unas de otras como entes autónomos, cuando por sí solas carecen de vida propia e independiente, se corre el riesgo de romper la unidad y de hacerle producir al negocio jurídico efectos contrarios a los que de su conjunto realmente se deducen" (casación civil de 15 de junio de 1972, tomo CXLII, 218 y 219).

Otra regla auxiliar de interpretación de un contrato y a la cual, según las circunstancias, puede acudir el fallador, es la llamada "interpretación fáctica", o sea, por la aplicación práctica

que hayan dado los contratantes a sus estipulaciones, pues en verdad nada resulta ser más expresivo o indicativo de la real voluntad de las partes que la ejecución que ellas le hayan dado al contrato (artículo 1622 inciso final del Código Civil).

En la tarea que le compete al juzgador para indagar la intención de las partes al ajustar la convención, se ha sostenido de manera permanente y reiterada por la jurisprudencia, que es una cuestión confiada a su autonomía, de tal modo que el alcance que le haya dado a las estipulaciones sólo puede modificarse en casación, cuando apareciere de un modo evidente en los autos que el sentenciador incurrió en error de hecho o de derecho, yerros que no se dan cuando la interpretación hecha es una de las posibles o aceptables. Por tal virtud, ha dicho la Corte que "la interpretación de un contrato por el Tribunal de instancia es cuestión confiada a su autonomía de criterio o discrecionalidad, por lo cual esa interpretación prevalece, aunque pudiese haber otras aceptables, salvo que incurra en error evidente de hecho, error éste que sólo cabría, o bien cuando el sentenciador supone estipulaciones que no existen, o niega o ignora las que existen, o sacrifican su sentido con deducciones absurdas por opuestas a la lógica elemental o al sentido común" (casación civil de 21 de noviembre de 1969. CXXXII, 179; 15 de junio de 1972, CXLII, 219; 7 de octubre de 1976, aún no publicada).

Hechas estas precisiones se tiene que la cláusula 5ª del contrato de 7 de octubre de 1969, literalmente dice: "En la ejecución de las obligaciones, el *vendedor,* se obliga a adquirir la cebada en los Estados Unidos de Norteamérica, contratar y pagar por su cuenta el transporte marítimo desde un puerto de los Grandes Lagos en los Estados Unidos, hasta el puerto de Santa Marta, ensacar y empacar la cebada y despacharla de ese puerto por ferrocarril hasta los depósitos del *comprador* en Zipaquirá, incluyendo el seguro, el cual amparará pérdida total, avería particular, guerra, pérdidas por saqueo, alteración química de los componentes, siempre y cuando éste no sea causado por vicio propio y con un deducible de un dos por ciento (2%), descargar por su cuenta y riesgo la cebada tan pronto llegue al puerto de destino y entregarle debidamente pesada, suministrar por su cuenta sacos de fique aptos para el empaque de cebada en la cantidad que sea necesaria; suministrar las máquinas y todo el equipo y elementos necesarios para el descargue, empaque y entrega de la cebada en las condiciones aquí pactadas, pagar todos los gastos que se ocasionen desde la llegada de la cebada al puerto de destino, su recibo, descargue, empaque, movilización y acarreo, y en fin todos los gastos, derechos, honorarios, indemnizaciones, multas que se ocasionen hasta el momento de hacer la entrega de la cebada al *comprador*".

Por su parte, el sentenciador *ad quem,* una vez que transcribe las cláusulas "primera" y "quinta" y alude a lo pactado en la "séptima" y "décima", sostiene que de acuerdo con dicho contrato, "Ceisa" quedó encargada "de la compra, despacho, seguro de la cebada, recepción, transporte y entrega del cereal ...". Y más adelante deriva la misma conclusión, no sólo de la referida convención y su cláusula quinta, sino además de los siguientes elementos de convicción no impugnados en la censura que se estudia: de las inspecciones judiciales practicadas a "Ceisa" y Malterías, del dictamen pericial, de las facturas comerciales proforma, de los registros de importación, de la factura comercial de fletes y de las facturas de servicios portuarios.

La interpretación de conjunto que le dio el Tribunal a la cláusula 5ª no choca con la intención que tuvieron las partes contratantes al celebrar la convención de 7 de octubre de 1969, y menos se patentiza el yerro evidente, ante la falla del impugnador de no atacar las otras pruebas tenidas en cuenta por el fallador para calificar las diversas posiciones que asumió "Ceisa" en el aludido contrato. Y, en lo que toca con las otras pruebas —declaraciones y certificaciones—, en nada resquebrajan la interpretación que del contrato hizo el Tribunal, pues dada la multiplicidad de propósitos comerciales, no es óbice para que "Ceisa", fuera de las obligaciones contractuales, figurara además asumiendo otras, que en lugar de ser excluyentes, van orientadas a lograr la ejecución o cumplimiento del pacto.

21. En el cargo quinto, presentado por la vía indirecta, el casacionista le achaca al Tribunal el quebranto de la ley sustancial que en él cita, originado en los siguientes yerros fácticos:

a) Que ni las comunicaciones dirigidas por "Ceisa" a Malterías, ni los manifiestos de aduana, ni las cartas de crédito, señalan a partir de qué momento corre Malterías con los riesgos de la mercancía;

b) Que el *ad quem,* al dar por probado con dichos medios el momento en que los riesgos correspondieron a Malterías, incurrió en evidente error de hecho, puesto que con ellos no se demuestra la tradición simbólica prevista en la ley.

En apartes anteriores quedaron analizadas las diferentes formas como se cumplía la tradición

en el derecho mercantil anterior y se dijo que de ello se ocupaban los artículos 238 y 239, aplicables al litigio. Por razón del primero, la expedición que hacía el vendedor de las mercancías al domicilio del comprador o a cualquier otro lugar convenido, implicaba la tradición efectiva de ellas, a menos que el envío se hubiere hecho sin el ánimo de transferir la propiedad, como cuando fueran remitidas a un consignatario con orden de no entregarlas hasta que el comprador pagara el precio o diera garantías suficientes. Con motivo del segundo precepto, la entrega tradición se entendía verificada por la transmisión del conocimiento, carta de porte o factura, por la fijación que hacía el comprador de su marca en las mercancías compradas con conocimiento y aquiescencia del vendedor y, finalmente, por cualquier otro medio que hubiere impuesto el uso constante del comercio.

Igualmente se dejó explicado que efectuada la tradición de mercancías aseguradas, la transmisión del seguro operaba *ope legis* en favor del adquirente, quien desde el momento empezaba a correr con los riesgos. Y la interpretación que sobre los elementos de convicción en este preciso punto hizo el Tribunal, no se resiente de un yerro evidente de hecho, máxime que el censor se limita a impugnar algunas pruebas, dejando por fuera de su ataque otras que por sí solas le sirven de soporte a la conclusión del *ad quem*, tales como el contrato de compraventa, las facturas comerciales, las facturas consulares, el dictamen pericial, los documentos exhibidos en la inspección judicial, la correspondencia de los ajustadores W. Moller Compañía Limitada. Estas pruebas corresponden a los "demás documentos" a que alude el sentenciador de segundo grado, para derivar de ellos la calidad de Malterías como introductor, destinatario del cereal, así como del envío de la cebada por su cuenta y riesgo. Al no comprender el ataque estas pruebas, el cargo es incompleto y conduce a su rechazo.

22. El cargo sexto viene igualmente formulado por la vía indirecta, pues mediante él, el recurrente denuncia quebranto de los preceptos sustanciales que allí cita, a consecuencia de errores de hecho en la apreciación del contrato de 7 de octubre de 1969, concretamente, por cuanto omitió tener en cuenta lo estipulado en las cláusulas 5ª y 8ª, las cuales ponen de presente que el vendedor de la cebada se comprometió a entregarla pesada en Tibitó y, al parecer está en Santa Marta, la pérdida del cereal corría de cargo de Fribexport y no de Malterías; que el *ad quem*, al afirmar que los riesgos comenzaron a correr para Malterías desde el 18 de noviembre de 1969, fecha del despacho de la cebada, incurrió en yerro manifiesto de hecho.

La reflexión que hizo el Tribunal en el sentido de que Malterías adquirió el señorío del cereal desde el embarque de la mercancía en un puerto de los Grandes Lagos y por ende, allí comenzó su riesgo e interés asegurable, lo fundó en una multiplicidad de elementos de convicción que el censor no ataca y que, entre tanto no desquicie la totalidad de los fundamentos en que descansa tal reflexión, el cargo resulta incompleto.

En efecto, el Tribunal, fuera del contrato de compraventa de la cebada, se apoya en estas otras pruebas no comprendidas e impugnadas: "b) facturas comerciales y consulares (folios 128 a 129 del cuaderno número 1) proforma en que aparece 'Ceisa' como representante del despachador y Malterías Unidas como comprador; c) facturas consulares (folios 48 a 51 del cuaderno número 1 y 490 a 497 del cuaderno número 2) en que aparece Malterías Unidas S. A. como introductor destinatario de la cebada; d) dictamen pericial antes mencionado (folios 479 a 484 vuelto, cuaderno número 2) en que Malterías Unidas S. A. aparece como introductor, comprador y propietario de la cebada; e) manifiestos de aduana de importación de la cebada números 2119, 2120, 2121 y 0104 de la Aduana de Santa Marta, en que aparece Malterías Unidas como destinatario de la cebada (folios 58 a 62, cuaderno número 1); f) cartas de crédito a favor de Fribexport Agricultural Corporation S. A., extendidas por los Bancos Comercial Antioqueño (folios 392 a 398, cuaderno número 2) y del Comercio (folios 355 a 367 del cuaderno número 2) fueron abiertas por Malterías Unidas como propietario y comprador habiendo pagado el valor de las mismas; g) los documentos exhibidos en las inspecciones judiciales practicadas tanto en los libros de 'Ceisa' como en los de Malterías (folios 1 a 349 del cuaderno número 2) comprueban que todos los gastos los hizo Malterías Unidas en cuanto a la adquisición, transporte, seguro, entrega y los que hizo 'Ceisa' los efectuó con dineros de Malterías Unidas, lo cual también fue reafirmado por los peritos antes mencionados; h) el interés asegurable de Malterías Unidas S. A. es reconocido por los ajustadores W. Moller & Compañía Limitada en toda la correspondencia y en las declaraciones del Presidente de Seguros Comerciales Bolívar S. A. (folios 303 a 307), en las declaraciones del Gerente de 'Ceisa' (folios 344 vuelto a 348), del señor Daniel Zamora, Gerente de W. Moller & Compañía Limitada (folios 343 a 344 vuelto), Peter Romberg, ajustador del siniestro de la firma W. Moller & Compañía Limitada (folios

187 a 192 del cuaderno número 3), Jaime Feldman, agente de Seguros Bolívar (folios 338 a 340 del cuaderno número 2) y Uriel Botero Ramírez, químico de Malterías Unidas (folios 340 a 348). Todas estas declaraciones reconocen en forma clara y expresa que Malterías Unidas es la propietaria y compradora de la cebada, lo cual determina su interés asegurable''.

De suerte que no resulta contraevidente la interpretación hecha por el Tribunal del contrato de compraventa, si con la colaboración y apreciación de otras numerosas pruebas, se repite, no atacadas, concluye que Malterías tenía interés asegurable desde el despacho de la mercancía ocurrido el 18 de noviembre de 1969, en razón de que ésta se comportó desde dicha fecha como propietaria e introductora de la cebada, máxime que hizo todos los gastos en cuanto a ''adquisición, transporte, seguro y entrega'' del cereal.

23. En lo que atañe al séptimo cargo, que viene presentado también por la vía indirecta, se funda en el yerro de hecho cometido por el Tribunal en la ''apreciación de la cláusula undécima del contrato de venta de la cebada celebrado el 7 de octubre de 1969'', porque habiéndose acordado en dicha cláusula que ''la validez del presente contrato queda condicionada a la aprobación de la licencia de importación por parte del Instituto de Comercio Exterior'', entre tanto no se cumpliera con esta condición, se suspendía la adquisición del derecho y, por tanto, Malterías no podía adquirir la propiedad del cereal desde la celebración del aludido contrato y tampoco corría desde ese momento con los riesgos, como lo sostuvo el Tribunal.

En torno a este cargo se observa, en primer lugar, que el sentenciador *ad quem* consideró que Malterías quedó como titular del riesgo asegurable a partir del momento del despacho de la mercancía de un puerto de los Grandes Lagos (18 de noviembre de 1969) y no desde la fecha de celebración del contrato, como lo sostiene el recurrente. En segundo lugar, a la cláusula undécima se le dio cumplimiento, pues existe prueba documental de que la importación de la cebada fue autorizada por el Instituto Colombiano de Comercio Exterior según las Licencias números 075232 y 084414 de 29 de octubre y 28 de noviembre, respectivamente. En tercer lugar, no debe olvidarse que cumplida la condición suspensiva, obra con efecto retroactivo.

24. Como último cargo por la vía indirecta, que corresponde al noveno de la demanda de casación, sostiene el censor que el Tribunal quebrantó las normas sustanciales que en él cita, a consecuencia del desacierto cometido en la estimación de las pruebas, el considerar que ''Ceisa'' hizo la transferencia a Malterías del derecho de propiedad de la cebada, cuando aquella nunca tuvo la calidad jurídica de dueña, sino Fribexport, quien además, a la fecha del envío de la referida mercancía, había dejado de ser asegurada, como se desprende de la demanda, de las facturas consulares, comerciales, de los manifiestos de importación y de las cartas de crédito, medios éstos de convicción que el *ad quem* no apreció.

Procede hacer a esta censura las observaciones siguientes:

a) A lo largo del fallo del Tribunal se pone de manifiesto que sí tuvo en cuenta las anteriores pruebas, pues hizo referencia específica a ellas en diferentes pasajes;

b) Que mediante otras pruebas no impugnadas en el cargo, como el dictamen pericial, la póliza de cumplimiento, la inspección judicial y otras más, deduce el *ad quem* que ''Ceisa sólo actuó como representante del vendedor, transportador, recepcionista y despachador'';

c) Que las calidades con que actuaba ''Ceisa'', agrega el sentenciador, al contratar ésta un seguro de cumplimiento del contrato de compraventa de la cebada, fueron conocidas por Seguros Comerciales Bolívar, aun antes de la expedición de los certificados de seguros números TR-197978 y TR-200498, esto es, ''que 'Ceisa' sólo era el representante del vendedor, encargado de la recepción y transporte de la cebada'';

d) Que si en algunos pasajes del fallo atacado el juzgador de segundo grado califica a ''Ceisa'' como ''vendedor'', esta afirmación no se puede aislar del criterio general que exterioriza la sentencia, vale decir, que ''Ceisa'' actuó como representante del vendedor Fribexport.

Por consiguiente, el cargo es incompleto y se impone su rechazo.

Cargo octavo.

Acúsase la sentencia del Tribunal de ser violatoria de los artículos 1566, 1567 del Código Civil, 232, 235, 239, 240 del Código de Comercio anterior, por falta de aplicación, y de los artículos 654, 674, 680 inciso final, 689, 691, 298 del mismo Código, 8, 13 de la Ley 27 de 1888, 38 de la Ley 153 de 1887 y 2036 del Código de Comercio actual, por aplicación indebida.

En procura de demostrar el cargo, el censor sienta las apreciaciones siguientes;

a) Para el Tribunal, Malterías fue la asegurada y no "Ceisa", porque aquélla adquirió la propiedad de la cebada desde cuando le fue despachada de los Grandes Lagos y tomó así *ope legis* el seguro vigente para provecho suyo, mas no explica por qué aquella adquirió el dominio desde el envío de la mercancía;

b) De acuerdo con las disposiciones legales, la legislación colombiana, siguiendo el Derecho Romano, la adquisición de los derechos reales se logra mediante la concurrencia del título y el modo, por lo cual la compraventa, como título que es, sólo es fuente de obligaciones;

c) De conformidad con la legislación civil y comercial, cuando la obligación del vendedor consiste en la entrega de bienes de género, la pérdida corre de cargo del vendedor y, por ende, corre con los riesgos;

d) Entonces, siendo que por el contrato de 7 de octubre de 1969, Fribexport y "Ceisa" se obligaron para con Malterías a adquirir, vender, transportar y entregarle en Zipaquirá determinadas cantidades de cebada de las calidades allí señaladas, que debían ser pesadas, contadas y analizadas en su poder germinativo en los depósitos de la última sociedad en Tibitó, ninguna duda cabe de que por tratarse de obligación de género, la pérdida, aun la fortuita o por caso de fuerza mayor, corría de cargo de la parte vendedora;

e) "Ya que la venta no transfiera el dominio; que la entrega de mercancía en tránsito o transporte se hace con la transmisión del conocimiento, carta de porte o factura; que cuando las mercaderías han de ser entregadas por peso, número o medida, su pérdida o deterioro serán de cargo del vendedor; que éste asume los riesgos de ellas mientras el comprador no las reciba, y que no se remite a duda que Fribexport y 'Ceisa' debían entregar la cebada, contada, pesada y analizada en Zipaquirá, lo cual no realizaron, al menos totalmente, por el siniestro ocurrido mientras aquélla se encontraba por orden de 'Ceisa' a la intemperie en los patios del Terminal Marítimo de Santa Marta durante el transporte, resulta que el sentenciador dejó de aplicar las disposiciones acabadas de referir, para aplicar indebidamente los preceptos que establecen el traspaso automático del seguro al adquirente de la mercancía y a la obligación indemnizatoria y de reembolso de gastos a cargo de los aseguradores".

Cargo décimo.

Lo presenta así: "Violación por falta de aplicación de los artículos 254, 662, 676, 680 numeral 3º, 681 del Código de Comercio anterior y 1964 del Código Civil; y por aplicación indebida de los artículos 674, 680 inciso final, 689, 691, 721, 724, 298 del Código de Comercio anterior; 8 y 13 de la Ley 27 de 1888; 2036 del Código de Comercio actual y 38 de la Ley 153 de 1887 inciso 1º, que dan vigencia a los del Código de Comercio anterior".

A intento de demostrar el cargo y una vez que el censor transcribe apartes de la demanda principal, de la sentencia del juzgado de primera instancia y del Tribunal, sostiene que de la motivación del *ad quem* se deduce que éste considera "que la cesión del seguro a favor de Malterías Unidas, operó por ministerio de la ley con fundamento en el artículo 654 del Código de Comercio anterior, siguiendo al respecto la petición primera de la demanda, de modo que no parece fundarse en una cesión de derechos que se pretende efectuó 'Ceisa' en la Comunicación número 2044 de 8 de mayo de 1970 y que se afirma fue ratificada en documento posterior, ya que el Tribunal la estimó 'innecesaria', según se ha visto. Por tanto, suponiendo que la demanda tuviera una causa jurídica principal para legitimar a Malterías Unidas como demandante de la indemnización y reembolso de gastos de salvamento y una secundaria, o sea la pretendida cesión de derechos de que se habla en tales documentos, es lo cierto que sólo la primera determinaba la legitimación aludida. Pero como la parte resolutiva de la sentencia confirma la del juzgado quien reconoció a Malterías Unidas como cesionaria del seguro por transmisión legal, añadió que la cesión fue 'confirmada' por nota de 8 de mayo de 1970 y 'ratificada' por documento de 7 de noviembre de 1971, si se llegara a entender que su legitimación obedeció también a tales comunicación y constancia, el presente cargo tiene asidero dentro de la técnica del recurso.

"En efecto, dejando de lado la llamada cesión automática, que por cierto legalmente no existió, la voluntaria estaría sujeta a lo prescrito en el artículo 254 del Código de Comercio anterior que expresa: 'La cesión de un crédito justificado por un título simplemente nominativo, que no puede ser transmitido por endoso, queda sujeta a las reglas establecidas por el Título de la Cesión de Derechos del Código Civil'. El artículo 1964 del Código Civil dice que la cesión no traspasa las excepciones personales del cedente, que en realidad no son excepciones sino beneficios o ventajas inherentes a la persona del cedente".

Por consiguiente, añade el acusador, la culpa del cedente es oponible al cesionario por el deu-

dor, o sea, que en este caso Seguros Bolívar puede oponer a Malterías Unidas la culpa en que incurrió "Ceisa" y que el mismo Tribunal reconoce en su fallo. Luego el Tribunal debió aplicar las disposiciones enunciadas al comienzo del cargo, pues de haberlo hecho, habría denegado "la condena al pago del seguro perseguido por Malterías Unidas como cesionaria de 'Ceisa' " y habría decretado "las pretensiones de la demanda de reconvención tendientes a la rescisión del seguro".

Finalmente, una vez que el recurrente cita una doctrina de la Corte, dice que observa que si la Corporación considera que la sentencia acusada no se fundó en la cesión voluntaria de "Ceisa" a Malterías de los derechos del seguro de la cebada, sino en la automática de que trata el artículo 654 del Código de Comercio, "también tendría que absolver a la parte demandada".

Cargo duodécimo.

Lo expresa así: "La sentencia es violatoria por falta de aplicación de los artículos 673, 740, 765 y 1880 del Código Civil; de los 232, 233, 235, 239 y 240 del Código de Comercio anterior; por aplicación indebida de los artículos 654, 674, 680, inciso final, 689, 691, 721 y 724 del Código de Comercio anterior, 8 y 13 de la Ley 27 de 1888; 2036 del Código de Comercio actual y 38 de la Ley 153 de 1887, inciso 1º, que dan vigencia a lo anterior; y, por falta de aplicación, de los artículos 662, 680 numeral 3º, y 681 numeral 2º, del Código de Comercio anterior, si se considera que la causa de la acción también comprende la cesión voluntaria que hizo de sus derechos a la reclamación con motivo del siniestro 'Ceisa' a Malterías Unidas".

Se funda el cargo en los argumentos siguientes:

a) Al afirmar el Tribunal en la sentencia que "todos los riesgos y gastos de la cebada corrieron por cuenta de Malterías Unidas, desde el momento de la celebración del contrato de compraventa" y en otros apartes reiterar que la sociedad demandante "fue la compradora de la cebada y, por ello, su propietario", siendo que al tenor de los artículos 673, 765 y 1880 del Código Civil, la venta, como título que es, no transfiere la propiedad si no va seguida del modo tradición, se tiene que "por el sólo hecho de haberse celebrado un contrato de compraventa, Malterías no adquirió la propiedad de la cebada ni, consiguientemente, corrió riesgo alguno. Por ello quedó aplicado indebidamente a este caso el artículo 654 y los preceptos que establecen las obligaciones indemnizatorias y del reembolso de gastos a cargo de los aseguradores, y todo ello por falta de aplicación de los artículos que establecen que la compraventa es un simple título y que la adquisición de dominio no se efectúa sino por el modo de la tradición. Si ello es así, Malterías no quedó, por razón de la celebración del contrato de compraventa automáticamente con la calidad de propietaria ni, desde la celebración de tal contrato, corrió con riesgo alguno y como 'Ceisa' aseguró un interés distinto del de propietario, no perdió su calidad de asegurada por el hecho de la venta efectuada por Fribexport a Malterías, y, no habiendo perdido esa condición, continuó como asegurado y si se encuentra que fue también causa de la petición la cesión que hizo 'Ceisa' a Malterías en carta de 8 de mayo de 1970, número 2044, de sus derechos a la reclamación por virtud del siniestro, entonces, como el asegurado incurrió en culpa, que el Tribunal encontró probada, ha debido decretarse la rescisión del seguro y, como ello no se hizo, resultarían también violados los artículos 680 numeral 3º, 681 numeral 2º; 254, 662 y 676 por falta de aplicación".

Se considera

1. *La doctrina de la Corte tiene repetido que la causal primera de casación consiste siempre en la violación de la ley sustancial y que dicho quebranto puede producirse por dos vías distintas e inconfundibles, o sea, por la directa o por la indirecta. Tiene lugar la primera, cuando sin consideración a las pruebas que le hayan servido al sentenciador para formar su juicio, el fallador deja de aplicar al caso del litigio el precepto que lo rige, o le aplica una disposición que no es la pertinente o, le aplica la que sí lo es, pero le da un alcance que no le corresponde. Ocurre la segunda, cuando la sentencia incurre en un error de hecho o en uno de derecho en la estimación del material probatorio y a consecuencia de tal yerro deja de aplicar, al caso litigioso, la norma que lo regula o le aplica una disposición que le es extraña.*

2. *Entonces, si la causal primera permite enjuiciar la sentencia del Tribunal por una de las dos vías ya referidas, cuando el censor monta el ataque por la vía directa, concuerda con la apreciación que el sentenciador ha hecho de la situación fáctica* sub lite, *mas considera que éste no ha aplicado las normas sustanciales que la gobiernan, o que ha hecho actuar las que le son impertinentes o que ha interpretado erróneamente*

determinados preceptos. Si el ataque se funda en la indirecta, el recurrente le imputa al fallo acusado quebranto legal por haber adulterado la situación fáctica que exteriorizan los autos, a consecuencia de errores de hecho o de derecho cometidos en la apreciación de las pruebas.

3. *Como la vía directa difiere sustancialmente de la indirecta, cuando el recurrente acude a la primera, resulta impropio y, por ende, alejado de la técnica, que en la fundamentación del cargo se enfrenta a las conclusiones a que ha llegado el Tribunal en la tarea del examen de los hechos. En efecto, tiene dicho la doctrina de la Corte que "en la demostración de un cargo por violación directa de la ley sustancial el recurrente no puede separarse ni aun 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 inaplicados, o indebidamente aplicados, o equivocadamente interpretados, 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" (casación civil, 28 de noviembre de 1969. CXXXII, 193; 17 de febrero de 1972, tomo CXLII, página 46; 20 de marzo de 1973, tomo CXLVI, página 60).*

4. En lo atinente al cargo octavo, es preciso observar que el censor, situado en la vía directa, se enfrenta a las conclusiones fácticas sacadas por el Tribunal con fundamento en los medios de prueba, pues con apoyo en el contrato de 7 de octubre de 1969 y con otros elementos de convicción, sostuvo el sentenciador que la obligación de entregar la cebada en Tibitó o Zipaquirá la contrajo "Ceisa" y no Fribexport como lo afirma el recurrente; que figurando Malterías en varios documentos, agrega el *ad quem*, como introductor, comprador, propietario real y quien hizo todos los gastos de transporte y seguros, era ésta quien corría con los riesgos y no otra persona; que aún más, producido el siniestro, "'Ceisa', actuando por cuenta de Malterías Unidas S. A. formuló la reclamación a Seguros Comerciales Bolívar mediante comunicaciones números 964, 973 y 969 de 16, 18 y 23 de febrero de 1970" y ésta "aceptó la reclamación mediante comunicación I T-227 de 25 de febrero de 1970, designando como ajustadores a W. Moller & Compañía Limitada", quienes como representantes de la mencionada compañía de seguros vendieron el salvamento de la cebada a Raza S. A., "lo cual está probado con los documentos que obran en el expediente".

Este cargo se resiente, pues, de falta de técnica, como quiera que debió dirigirse por la vía indirecta, a lo cual se suma que si el Tribunal consideró que el sólo despacho o envío de la mercancía implicaba tradición, o sea, se fundó en el artículo 238 del Código de Comercio anterior, estaba obligado el censor a señalar en la censura, como quebrantada, esta disposición, pues insistentemente ha sostenido la doctrina de la Corte que si una situación de hecho no está contenida en uno o varios preceptos sino en muchos más cuya integridad constituye la proposición jurídica completa, le impone al recurrente la necesidad de formular la acusación con el señalamiento de todas aquellas normas sustanciales que estructuran la mencionada proposición, pues de no hacerlo así, la impugnación no es cabal y, por tanto, queda trunca.

5. En la fundamentación del cargo décimo el censor sostiene:

1º Que de algunos apartes de la motivación de la sentencia del Tribunal, éste considera "que la cesión del seguro a favor de Malterías Unidas operó por ministerio de la ley con fundamento en el artículo 654 del Código de Comercio anterior, siguiendo al respecto la petición primera de la demanda, de modo que no parece fundarse en una cesión de derechos que se pretende efectuó 'Ceisa' en la comunicación de 8 de mayo de 1970 y que se afirma fue ratificada en documento posterior, ya que el Tribunal la estimó 'innecesaria', según se ha visto";

2º "Pero como la parte resolutiva de la sentencia confirma la del juzgado quien reconoció a Malterías Unidas como cesionaria del seguro por transmisión legal, añadió que la cesión fue 'confirmada' por nota de 8 de mayo de 1970 y 'ratificada' por documento de 7 de noviembre de 1971 si se llegara a entender que Malterías estaba legitimada para reclamar la indemnización, en razón de tales 'comunicación y constancia', el *ad quem* debió aplicar los artículos 254 del Código de Comercio, 1964 del Código Civil, 680, 681, 662 y 675 del Código de Comercio";

3º Que dejando de lado la llamada cesión automática, que por cierto no existió, a la cesión voluntaria le son aplicables los preceptos anteriores;

4º Que el Tribunal debió denegar la condena al pago del seguro "por razón de las notas varias veces citadas, que dicen:

"a) 'Nos permitimos informarle que transferido a Ceisa (sic) todos los derechos que con

relación al reclamo del siniestro de dicho cargamento puedan originarse; por lo tanto les rogamos se sirvan seguir entendiéndose para todos los efectos legales con los señores Malterías Unidas' (nota 8 de mayo de 1970);

"b) 'Ceisa' hace constar el 7 de septiembre de 1971 que dirigió la anterior comunicación a Seguros Bolívar y que 'para todos los efectos legales ratificó dicha cesión' ";

"c) Que 'para relievar la tentativa de fraude a la ley contenida en la pretendida cesión automática del seguro a Malterías Unidas y en la aparente cesión directa de los derechos derivados de éste', existe una serie de documentos que hacen aparecer a 'Ceisa' como asegurado y no a Malterías y en 'determinado momento del reclamo aparece como por arte de magia un nuevo asegurado con el fin de eludir las consecuencias de la culpa en que incurrió Ceisa' ".

6. De otro lado, en el desarrollo del cargo duodécimo, también el recurrente discrepa de las conclusiones del Tribunal, sobre todo de la consistente en que Malterías no quedó por razón del contrato de compraventa como dueña de la cebada. Empero, no puede pasarse por alto que el *ad quem*, para calificar a Malterías de propietaria de la cebada, o sea, para dar por establecidos el título y el modo, se fundó en una serie de documentos, como la carta de porte, facturas, avisos de embarque, dictamen de peritos y testimonios.

7. De suerte que los cargos octavo, décimo y duodécimo, que vienen ubicados por la vía directa, debieron ser formulados por la indirecta y, como así no lo hizo el recurrente, se impone su rechazo.

No sobra agregar que el Tribunal, para concluir con una decisión condenatoria respecto de la parte demandada, no se apoyó en la cesión voluntaria sino en la que se verificó por ministerio de la ley, como insistentemente se ha dicho en el despacho de los cargos anteriores y como claramente lo expresó el sentenciador cuando dijo: "La transmisión efectuada respecto de la cosa asegurada a título de venta, hizo que se cediera el contrato de seguros sin necesidad de cesión y por ministerio de la ley al tenor del artículo 654 del Código de Comercio, corriendo desde dicho momento los riesgos por cuenta suya. Por tanto, desde que se despachó la cebada de los Grandes Lagos a Zipaquirá, se transmitió o cedió el contrato de seguros a Malterías Unidas, aunque 'Ceisa' siguiese figurando nominalmente en los documentos de amparo como asegurado, *sin que fuera necesaria la cesión hecha por 'Ceisa' el 8 de mayo de 1970*" (subraya la Corte).

Cargo undécimo.

Se acusa la sentencia del Tribunal de infringir los artículos 38 de la Ley 153 de 1887, 2036 y 1080 del Código de Comercio actual, por falta de aplicación, 25 de la Ley 105 de 1927 y 3 de la Ley 89 de 1928, por aplicación indebida.

Se funda en las apreciaciones siguientes:

"a) El Tribunal condenó a la sociedad aseguradora a pagar la indemnización demandada con intereses corrientes, aumentados en cinco puntos, desde la fecha en que se hizo la reclamación hasta el día en que se efectúe el pago, pero a la sanción en esa cuantía y forma solamente podía condenarla, si la condena al principal procediera, por el lapso transcurrido desde la primera fecha hasta el día en que entró a regir el nuevo Código de Comercio, o sea el 1º de enero de 1972, artículo 2036 del mismo, pues de ahí en adelante la indemnización no puede ser sino del 18%, según el artículo 1080 de tal obra";

"b) El artículo 25 de la Ley 105 de 1927 aclarado por el 3º de la Ley 89 de 1928, entroniza una sanción diferente, o sea el interés corriente aumentado en cinco puntos. Por tanto, si las dos normas establecen sanciones distintas para el no pago oportuno del seguro, es preciso tener en cuenta que el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, aplicable según el 2036 del Código de Comercio actual, dispone: 'En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración', salvo 'las que señalan *penas* para el caso de *infracción de lo estipulado;* la cual *infracción será castigada* con arreglo a *la ley bajo la cual se hubiere cometido*' ";

"c) Aquí la infracción de no pagar el seguro se habría cometido en parte bajo el imperio de la ley anterior, y debía ser penada con arreglo a lo que establecían las Leyes 105 de 1927 y 89 de 1928 durante el tiempo transcurrido desde la fecha de la reclamación hasta la de la vigencia del nuevo Código; y de ésta en adelante con aplicación a la nueva ley, o sea con un interés del 18% anual. Y como así no se decretó, pues la sanción se impuso en toda su extensión conforme a lo preceptuado en los artículos 25 de la Ley 105 de 1927 y 3º de la Ley 89 de 1928 el cargo resulta obviamente demostrado".

Se considera

1. *Como quiera que de las relaciones contractuales surgen derechos y obligaciones para las partes, éstas deben quedar al abrigo del cambio*

de legislación, pues no parece justo y equitativo que celebrada una convención consultando la legislación existente, quedan las partes expuestas en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de las obligaciones a una legislación posterior que acaso no previeron ni se imaginaron. Es ésta la razón para que desde el siglo pasado se hubiera sentado el principio legal de que los contratos se rigen por la ley vigente al tiempo de su celebración (artículo 38, Ley 153 de 1887), postulado reiterado por el actual Código de Comercio cuando preceptúa que "los contratos mercantiles celebrados bajo el imperio de la legislación que se deroga conservarán la validez y los efectos reconocidos en dicha legislación, con arreglo a lo establecido en los artículos 38 a 42 de la Ley 153 de 1887".

2. *No obstante el principio general de que las convenciones se rigen por la ley vigente al tiempo de su celebración, se exceptúan de este criterio: a) las leyes concernientes al modo de reclamar judicialmente los derechos que resultaren de los contratos, y b) las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado (artículo 38, numerales 1º y 2º, Ley 153 de 1887). En efecto, la primera excepción se rige por la ley vigente al momento en que se formula la reclamación judicial, en razón de que "las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir" (artículos 40, Ley 153 de 1887 y 699 del Código de Procedimiento Civil), o sea, son de su aplicación inmediata y, la segunda, porque igualmente se establece que la pena será impuesta "con arreglo a la ley bajo el cual se hubiere cometido" (artículo 38, numeral 2º, segunda parte, Ley 153 de 1887).*

3. *En cuanto a la segunda excepción, hay que precisar que ella se refiere, como lo anotan algunos tratadistas nacionales y extranjeros, a las penas que por la infracción del contrato "impongan las leyes" y no a las que hayan acordado las partes, como la cláusula penal, porque éstas quedan comprendidas dentro del principio general establecido en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, vale decir, se rigen por las leyes vigentes al tiempo de celebración del contrato.*

4. *Según la legislación vigente cuando se presentaron los hechos que aquí se controvierten, el asegurador debía pagar la suma indemnizable dentro de los 90 días siguientes a aquel en que el asegurado o beneficiario presentara la reclamación aparejada de todos los comprobantes indispensables de acuerdo con la póliza, pues de lo contrario aquél debía reconocer, además de la indemnización, un interés igual al corriente, más el 5% anual, computados desde su vencimiento, sin perjuicio de la acción ejecutiva pertinente, caso en el cual los intereses se computarán desde la fecha del reclamo. Si la compañía aseguradora reconociere y pagare dentro de dicho término alguna suma inferior a la cantidad reclamada, los intereses referidos se pagarán únicamente sobre el saldo que posteriormente se reconozca por la compañía o que judicialmente se fije, "pero siempre computado desde el vencimiento de los noventa días" (artículos 25, Ley 105 de 1927 y 3 de la Ley 89 de 1928).*

5. *La legislación comercial actual, que entró en vigencia el 1º de enero de 1972, cuando aún no había ocurrido el pago del seguro, no se alejó por completo de lo establecido por las Leyes 105 de 1927 y 89 de 1928, en lo referente a la sanción al asegurador por mora en el pago del seguro, puesto que del criterio precedente se apartó esencialmente en dos aspectos: redujo el plazo a 60 días; y, respecto de la sanción, si el asegurador no paga el valor del siniestro dentro del plazo legal, deberá reconocer y pagar al "asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, intereses moratorios a la tasa del dieciocho por ciento anual". Sin embargo, el asegurado o beneficiario tendrá derecho a demandar, en lugar de los intereses dichos, "la indemnización de perjuicios causados por la mora del asegurador" (artículo 1080 del Código de Comercio).*

6. *Cuando la sanción no tiene por venero la convención sino la ley, debe estarse a lo dispuesto por ésta, o sea, que las penas establecidas por el ordenamiento, para el caso de infracciones de lo estipulado, serán castigadas con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido. Por lo mismo, si la infracción se prolonga en el tiempo y en dicho lapso tienen vigencia dos leyes, que fijan diferente monto como pena para el incumplimiento, deben tenerse en cuenta esos dos estatutos, por estar llamados a gobernar la sanción o pena cometida bajo la vigencia de los mismos.*

7. En este orden de ideas, si el Tribunal condenó a la sociedad demandada a pagar a la sociedad demandante, fuera del valor de la indemnización reclamada con motivo del siniestro del cereal, los intereses corrientes, más el 5% anual, "computados a partir del 23 de febrero de 1970, fecha de la reclamación hasta cuando se verifique el pago, al tenor del artículo 25 de la Ley 105 de 1927", o sea, que impuso tal sanción con sujeción a dicha ley, siendo que a partir del 1º de enero de 1972, fecha en que empezó a regir el

nuevo Código de Comercio, debió penar la infracción con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1080 del mismo estatuto, se infiere que quebrantó las normas sustanciales enunciadas en la censura, circunstancia por la cual se impone casar la sentencia recurrida y proceder la Corte, como Tribunal de instancia, a proferir la que ha de reemplazarla.

La sentencia sustitutiva

1. Es necesario observar, a título de introducción, que al haber prosperado del recurso de casación únicamente el cargo undécimo, que se circunscribió a impugnar de la sentencia del *ad quem* la condena por los intereses corrientes, más un 5% anual, la Corte, al decidir en instancia, sólo contrae su estudio y revisión a este preciso punto.

2. Hecha la reclamación de pago del valor del siniestro el 23 de febrero de 1970, vigente la Ley 105 de 1927, la compañía aseguradora debió pagar el valor del seguro contratado dentro de los 90 días siguientes hábiles (artículo 62 del Código Político y Municipal), o sea, antes del 17 de junio de ese año. Como no hizo el pago dentro del término antes señalado, debe reconocer, sobre el valor de la indemnización establecida y a partir del 17 de junio de 1970 hasta el 31 de diciembre de 1971, el interés corriente de ese entonces, más el 5% anual (artículo 25 Ley 105 de 1927 y 3 Ley 89 de 1928). Y, a partir del 1º de enero de 1972 hasta cuando se verifique el pago de la mencionada indemnización, la compañía demandada debe reconocer a la demandante intereses moratorios a la tasa del dieciocho por ciento anual (artículo 1080 del Código de Comercio).

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, CASA la sentencia materia del recurso extraordinario, dictada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y, procediendo como juzgador de instancia, CONFIRMA, de la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá, lo resuelto en ella en los ordinales 1º, 2º, 3º, 5º, 6º, 7º y 8º y la revoca en lo tocante con lo dispuesto en el ordinal 4º y, en su lugar,

Resuelve:

1 CONDÉNASE a la sociedad Seguros Comerciales Bolívar S. A. a pagar a la sociedad Malterías Unidas S. A. el valor de los intereses corrientes, más un 5% anual, desde el 17 de junio de 1970 hasta el 31 de diciembre de 1971, sobre el monto de la indemnización de que da cuenta el fallo del *a quo* en ordinal 3º de su parte resolutiva. Sobre esta misma cantidad y a partir del 1º de enero de 1972 hasta cuando el pago se verifique, la sociedad Seguros Comerciales Bolívar pagará a la sociedad Malterías Unidas S. A., intereses moratorios a la tasa del 16% anual.

2º CONDÉNASE a la sociedad Seguros Comerciales Bolívar al pago de las costas de la segunda instancia, en proporción de un 80%.

No hay lugar a costas en el recurso extraordinario de casación.

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

Alberto Ospina Botero, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Ricardo Uribe-Holguín.

Carlos G. Rojas Vargas
Secretario.

RESPONSABILIDAD CIVIL AQUILIANA

Perjuicios morales y materiales. Compensación de culpas.

Existe presunción de culpa en contra del autor de un daño, cuando éste se ocasiona por el ejercicio de actividades de suyo peligrosas.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., septiembre 5 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Zambra Alvarez.*

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cartagena, en el proceso ordinario que Alfredo Santos Villamizar entabló contra la sociedad "Petroquímica Colombiana S. A.".

Antecedentes

1. Ante el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cartagena, Alfredo Santos Villamizar inició proceso ordinario contra Petroquímica Colombiana S. A. con el fin de obtener se declare que dicha sociedad es civilmente responsable del accidente sufrido por el demandante el 11 de abril de 1965, de cuyas resultas él quedó herido y falleció su hijo menor de edad Carlos Alfredo Santos Vecino. Y que en consecuencia, con costas a cargo de la demandada, se la condene a pagar al demandante "la suma líquida de dinero que resulte como perjuicios".

2. En síntesis, hizo consistir Santos Villamizar su *causa petendi* así:

a) En las horas de la tarde del 11 de abril de 1965, Petroquímica perforó la carretera que pasa frente a sus instalaciones en Mamonal y a todo lo ancho de esa vía dejó un terraplén de tierra sin luces ni señales anunciadoras de peligro;

b) Al regresar de Mamonal conduciendo su Jeep R 4151 y acompañado de su hijo Carlos Alfredo, Santos Villamizar se estrelló a las 8 de la noche contra el obstáculo que Petroquímica había dejado en la carretera;

c) Como consecuencia del accidente murió el menor Carlos Alfredo, que para esa época tenía 12 años de edad y era buen hijo de familia y aprovechado estudiante. Y el demandante sufrió heridas y fracturas corporales de consideración. Además, como secuela del mismo la familia Santos-Vecino sufrió grave traumatismo que la impulsó a vender sus haberes en Cartagena, ciudad en donde estaba establecida de tiempo atrás, para trasladarse a Cúcuta con el fin de restablecer allí su hogar, y

d) El Juzgado Permanente de Tránsito y Transportes de Cartagena, por providencia del 24 de mayo de 1966, declaró único responsable del accidente a Petroquímica.

3. Se trabó el proceso con oposición de la demandada, quien, además de proponer excepción de prescripción, negó la mayoría de los hechos y tan sólo se limitó a reconocer: que los trabajos de montaje de sus equipos e instalaciones los había encomendado a la firma Lummus Ingeniería y Construcción Colombia S. A.; que por informaciones que poseía no se había perforado la carretera el 11 de abril de 1965 en las horas de la tarde; que la empresa que hizo los trabajos cumplió con las señales necesarias; que esos trabajos eran de conocimiento en toda el área de Mamonal; y que Petroquímica tenía una Póliza de seguro número SMM-011 del 28 de agosto de 1964 con la Compañía Colombiana de Seguros para cubrir esos riesgos.

Por este último motivo "denunció el pleito" o llamó en garantía a la compañía aseguradora, entidad que al contestar la citación negó la validez de la póliza por no estar firmada por el asegurado, y además manifestó que éste no había dado cumplimiento a los artículos 634 y 680 del derogado Código de Comercio vigente para cuando se extendió el referido contrato de seguro. La Colombiana de Seguros, en escrito que le fue rechazado por extemporáneo, quiso extender el llamamiento en garantía a la Suramericana de Seguros, su coaseguradora en un 20% al tenor de la póliza mencionada, e invocar también la excepción de prescripción.

4. Después de surtida escasa actividad probatoria y la de alegaciones de rigor, el juzgado puso fin a la primera instancia con fallo del 30 de septiembre de 1976, declarando no probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada y, denegando las pretensiones de Santos Villamizar, para en consecuencia absolver a Petroquímica de los cargos de la demanda.

5. Por apelación del demandante se abrió la segunda instancia ante el Tribunal de Cartagena, que la cerró con sentencia del 14 de febrero de 1977, confirmatoria en un todo de la del *a quo* y con costas a cargo del actor, quien a su turno interpuso el recurso de casación que ahora se decide.

El fallo impugnado

1. Después de un breve recuento del litigio, y para terminar con expresa acogida de los razonamientos del inferior, el Tribunal se detiene en el examen y comentario de parte del material probatorio, o sea de los documentos acompañados por el demandante a su libelo y provenientes del Juzgado Permanente de Tránsito y Transportes de Cartagena, para negarles todo valor demostrativo por darles tratamiento de prueba trasladada en cuyo trámite no se cumplió el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, norma que en su criterio sólo permite traslado de pruebas de un proceso civil a otro de la misma índole, pues "si esas pruebas practicadas como se acaba de expresar se van a trasladar a un proceso de índole civil como el que nos ocupa, deben ser ratificadas para que la parte contra quien se aduzcan tenga oportunidad de controvertirlas, pues de lo contrario, se rompe la igualdad de los sujetos de la relación procesal".

"Ya esta Sala tuvo oportunidad de pronunciarse respecto a (sic) la prueba trasladada en providencia fechada el 12 de agosto del año próximo pasado en el ordinario de Edigma Ramos Alvarez contra Empresa de Transporte Chambacú Limitada, tramitado en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito. En aquella ocasión esta Corporación se pronunció en la forma que sigue: 'Lo anterior no admite el menor reparo, pero hay que tener en cuenta que el trámite que se verifica ante las autoridades del tránsito es de carácter administrativo, denominado en este campo procedimiento administrativo y por lo tanto las pruebas que se practiquen dentro de este procedimiento, no son de recibo en ningún proceso de carácter civil, porque el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, se refiere a prueba trasladada de un proceso civil a otro, y no de una diligencia administrativa a un proceso. La actuación practicada por las autoridades del tránsito como son la elaboración del croquis, la resolución que impone la respectiva sanción al causante del accidente y las demás que obran en autos, han sido trasladadas al presente proceso civil, las que por las razones expuestas anteriormente, no pueden tenerse en cuenta como medio probatorio en este proceso' ".

La demanda de casación

Contiene dos cargos que, por orden lógico, se estudian y deciden así:

Primer cargo. En el ámbito de la causal segunda, acusa la sentencia de no estar de acuerdo con las pretensiones oportunamente alegadas por los litigantes, pues no obstante el llamamiento en garantía a la Compañía Colombiana de Seguros y las defensas de este litisconsorte de la demandada (artículos 56 y 57 del Código de Procedimiento Civil), nada se resolvió sobre el particular y por tanto no se produjo decisión sobre un extremo ineludible de la relación sustancial en juego, de donde se deriva la inconsonancia del fallo con las pretensiones y excepciones de las partes.

A intento de justificar su acusación, agrega el recurrente que "ni siquiera en la parte motiva de ambas decisiones hay alusión a los derechos y obligaciones de aquel litigante, y no sería admisible pensar que, por cuanto la sentencia fue absolutoria, implícitamente definió la situación de él, como quiera que la sentencia 'deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, y de las excepciones' (artículo 304 del Código de Procedimiento Civil), entre las cuales deben contarse las atañederas al *litis consorte* llamado en garantía, como lo exige el inciso final del artículo 56 del

Código de Procedimiento Civil, aplicable por reenvío expreso del artículo 57 *in fine* del mismo Código".

Y remata agregando que pide la casación del fallo para que la Corte, ya en instancia, entre a decidir por entero el recurso de apelación que solamente interpuso la parte demandante, y proceda a emitir un pronunciamiento estimatorio.

Considera la Corte

1. A modo y semejanza de la acumulación de pretensiones sucesivas, el llamamiento en garantía, o mejor la pretensión a él inherente, está condicionada al "resultado de la sentencia", pues cobra fuerza y virtualidad sólo cuando una de las partes "tenga derecho legal o contractual de exigir de un tercero la indemnización del perjuicio *que llegare a sufrir,* el reembolso total o parcial del pago *que tuviere que hacer*" (artículo 57 del Código de Procedimiento Civil. Se subraya).

Estas locuciones condicionales que se han subrayado, aunadas al presupuesto de pender del resultado del pleito, implican que sobre el llamamiento en garantía no procede decisión autónoma o independiente, sino condicionada al resultado de un proceso que dé lugar a fallo que en últimas decrete la indemnización de un perjuicio sufrido por quien efectúa el llamamiento, o que a éste le quepa condena que implique un pago que le deba ser reembolsado total o parcialmente.

Si tales indemnizaciones o reembolsos dependen ineludiblemente del "resultado de la sentencia", como reza el Código, es evidente que si el fallo no contiene declaración o condena algunas en contra de quien efectúa el llamamiento, es innecesario que exista pronunciamiento, obviamente desestimatorio por sustracción de materia, en relación con el llamado a garantizar.

De ahí que, por estar expresamente sometido el llamamiento en garantía a lo dispuesto en los artículos 55 y 56 del Código de Procedimiento Civil, en virtud del aparte final del artículo 57 ibídem, le sea aplicable el último inciso del artículo 56, que dispone que en la sentencia se resolverá, *cuando fuere pertinente,* sobre la relación sustancial entre denunciante (o convocante) y denunciado (o convocado), sin que por tanto sea pertinente ese pronunciamiento en caso de no ser acogidas las súplicas de la pretensión principal.

Y por último, como el fallo absolutorio no es susceptible de ataque por incongruencia, según lo tiene decidido la Corte en múltiples sentencias, por contener decisión completa, aun siendo negativo, sobre todas y cada una de las súplicas de la demanda, pues bien distinto de dejar de decidir es decidir negativamente, mal puede predicarse incongruencia de un fallo que niega las pretensiones del demandante y que no contiene resolución, por sustracción de materia, sobre el condicional llamamiento en garantía que el demandado, sólo para el supuesto no acogido por el fallo, de ser condenado, hizo en su oportunidad (XVII, 222; XCIII, 130; LXVII, 769; CVII, 153; CXLIII, 256).

Conclúyese de lo expuesto que el cargo en estudio no puede prosperar.

Segundo cargo.

1. Enmarcado en la primera causal, denuncia violación indirecta, por falta de aplicación, de las normas sustanciales contenidas en los artículos 2341, 2356, 1613 y 1614 del Código Civil, infracción "proveniente de error en la apreciación de la prueba; de hecho, manifiesto, en cuanto a confesión de la demandada, inspección judicial, documentos auténticos y documentos públicos; y de derecho en lo relacionado con copias de la inspección municipal de tránsito de Cartagena, y denuncio los informes, croquis, examen médico-legal, inspección de vehículo, testimonio y providencia que allí se contienen, practicados por aquel funcionario y cuya desestimación implicó transgresión de las normas procedimentales penales y civiles que adelante se citan".

2. Comienza el censor por exponer que la pretensión ejercida es la usualmente denominada "extracontractual" consagrada genéricamente en el artículo 2341 del Código Civil y jurisprudencialmente proyectada sobre las actividades peligrosas con base en el artículo 2356 ibídem, precepto que, como ejemplos de especialmente obligados a reparar el daño, propone: "... 2º El que remueve las losas de una acequia o cañería, o *las descubre en calle o camino,* sin las precauciones necesarias *para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche;* 3º el que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente que *atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino*".

Agrega que la responsabilidad de allí derivada implica completa reparación de los daños y perjuicios recibidos por la víctima, tales como daño emergente, lucro cesante, reparación de daños a los bienes de la personalidad, vida de relación y daño moral propiamente dicho.

Y que en tales circunstancias, al absolver a la demandada y, por ende, al denegar las súplicas

de la demanda, se violaron manifiestamente, por falta de aplicación, los artículos 2341, 2356, 1613 y 1614 del Código Civil.

3. Añade que por estar fuera de toda duda que la actividad dentro de la cual se ubica el siniestro es de por sí peligrosa, por su naturaleza misma y por hallarse dentro de los ejemplos de la norma respectiva, para alcanzar sentencia estimatoria el demandante debía demostrar la existencia del daño, y que éste obedeció a acción u omisión del demandado en desarrollo de tal actividad.

Este deber probatorio, contemplado en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, se concreta en la necesidad de demostrar que la demandada realizó la apertura de la zanja que atravesó la carretera y la colocación de la tierra extraída a todo lo ancho de la vía, con impedimento total del tránsito por esa ruta, y que el demandante se estrelló contra el terraplén cuando conducía el vehículo, de resultas de lo cual sufrió heridas de consideración y pereció el hijo que lo acompañaba.

Y como el Tribunal absolvió por ausencia de pruebas eficaces, motivo por el cual el cargo se ha planteado por violación de normas de derecho a causa de yerro en la estimación de las probanzas, en unos casos de hecho, evidente, y en otros de derecho, procede el censor a la demostración de ambas acusaciones.

Así, parte de la base que el Tribunal sólo hizo mención de la prueba consistente en copia de algunas actuaciones cumplidas ante el Juzgado Permanente de la Inspección de Tránsito y Transportes Municipal de Cartagena (visibles a folios 5, 8 a 12 y 38 a 40 del cuaderno 1), acompañadas por el actor a su demanda, y ni siquiera hizo referencia a otras pruebas aducidas en esa misma oportunidad o en el respectivo término probatorio. Y a los documentos mencionados les negó todo valor probatorio, con base en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, por considerar que se referían a pruebas trasladadas que se habían producido ante dicho juzgado sin citación ni audiencia de la parte contra quien ahora se quieren hacer valer.

4. En cuanto a *errores de hecho* evidentes, expone el censor:

a) En la contestación de la demanda, Petroquímica dice que las obras en cuestión no fueron adelantadas por ella sino por Lummus, a quien ella se las encomendó; que esta compañía al ejecutarlas "cumplió con las señales necesarias", y que por lo demás, la excavación a todo lo ancho de la carretera era de conocimiento en toda el área de Mamonal. Además, denuncia el contrato en virtud del cual Lummus, por su encargo, hizo dicha obra y simultáneamente al "denunciar el pleito", la demandada reitera la existencia de tal contrato, cuya refrendación solicita mediante inspección judicial. Posteriormente, la misma parte en su alegato de conclusión de primera instancia, admite francamente la existencia del accidente con sus consecuencias nocivas, aun cuando trata de desviar la responsabilidad hacia la entidad contratista y hacia la propia víctima (folios 46, 48, 88 y 89, cuaderno 1);

b) Habiéndose afirmado sin reparo alguno por el demandante que el accidente ocurrió cuando manejaba el vehículo jeep placas R 4151, en la inspección judicial practicada a solicitud de la demandada, esta misma exhibió y entregó doce fotografías, que según su propio aserto fueron tomadas en el sitio del accidente poco tiempo después de ocurrido éste, en las cuales se aprecian con absoluta nitidez: la zanja, el arrume de tierra, las dimensiones de aquélla con relación a la carretera, y el vehículo de la identidad mencionada estrellado contra el terraplén y montado sobre él (folios 1 y 15, cuaderno 3);

c) Además, regularmente aportadas obran en autos las siguientes pruebas: las partidas de estado civil sobre filiación y defunción del menor Carlos Alfredo Santos Vecino, y el reconocimiento médico-legal del propio demandante y la necropsia de su hijo nombrado (folios 14, 15, 19, cuaderno 1, y 1, 2 y 6 cuaderno 2).

5. Todas estas pruebas, que el Tribunal ni siquiera comentó, demuestran que Petroquímica sí realizó la obra de obstrucción de la vía, actividad de suyo peligrosa, y que el accidente se produjo al estrellarse el jeep en cuestión contra el arrume de tierra que cruzaba la carretera, a consecuencia de lo cual el demandante resultó herido de consideración y murió su hijo menor de edad.

6. Pero además, respecto de la prueba documental que el Tribunal sí analizó, para en últimas rechazarla, agrega la censura que es notoria la desubicación del sentenciador al considerar que se trata de prueba trasladada de un proceso en donde no se oyó a la parte demandada contra la cual ahora se quiere hacer valer, pues en realidad se trata de copia auténtica de documentos públicos provenientes no de una actuación contenciosa sino de diligencias penales o de policía que se tramitan de oficio, y que tales copias sirven para demostrar no la responsabilidad de la demandada sino la ocurrencia del accidente y sus

consecuencias dañinas. Y que bien sea que se considere al Juzgado Permanente de la Inspección de Tránsito y Transportes Municipal de Cartagena como un funcionario de instrucción en virtud del artículo 60 del Código de Procedimiento Penal, o como un funcionario de policía con plena jurisdicción para lo relativo a contravenciones, según los artículos 1º del Decreto 528 de 1964 y 65 del Decreto 1356 del mismo año, ello es que en la primera hipótesis cumplió a cabalidad las reglas de los artículos 293 y siguientes del Código de Procedimiento Penal y los resultados de las pruebas allí practicadas (informes, croquis oficial y declaraciones de Felipe Paz, Marceliano González y Roberto Angulo), merecen el crédito que les otorgan los artículos 204 a 206 del Código de Procedimiento Penal. Y en la segunda, al haber sido practicadas tales pruebas con apoyo en el Decreto 1726 de 1964, artículos 1 y 2, dichos funcionarios de policía judicial deben lograr precisamente la práctica de esas pruebas, las que así allegadas de conformidad con los artículos 7, 48, 287 y 289 del Código de Procedimiento Penal, tienen para efectos de la investigación "el mismo valor probatorio que las practicadas por el juez", a voces del artículo 306 ibídem.

7. Para concluir, agrega la censura que de esta suerte, tómense las diligencias de la inspección de Cartagena como instrucción de hechos sometidos a su decisión, o como simples actividades de instrucción, igualmente de su resorte, el informe que recibió el oficial de guardia (folio 8, cuaderno 1), la orden de averiguación de los hechos que enseguida se dictó (folio 8), los informes técnico y médico (folios 9 y 10 vuelto), el croquis elaborado según informe técnico (folio 10), que en copia obra en autos (folio 5), las declaraciones de Paz, González y Angulo (folios 38 a 39 vuelto), parcialmente transcritas (folios 10 vuelto a 12 y 39 vuelto a 40), son pruebas legalmente producidas que por su carácter policivo de contravención, o policivo judicial, merecen toda credibilidad y prestan mérito al ser aportadas en copia a otro proceso, sin que se las pueda rechazar por falta de controversia pues, por su misma naturaleza, no están sujetas al requisito formal previo en cuestión, y las conclusiones administrativas en ellas apoyadas tienen el mérito propio de los informes técnicos de entidades oficiales, de acuerdo con el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil.

Al desconocer el Tribunal todo mérito o valor a las copias de la actuación policiva mencionada y a la actuación en sí, en cuanto se refiere al denuncio de los hechos, los informes técnicos y médico-legales, croquis y testimonios, y a la providencia misma, se quebrantaron a juicio del censor, los artículos de los siguientes ordenamientos procesales penales: 7, 46 49, 60, 204, 205, 206, 283, 284, 287 y 296 del Código de Procedimiento Penal; artículos 1 del Decreto 528 de 1964, 65 del Decreto 1358 de 1964, 1 del Decreto 1728 de 1964; y artículos 174, 175, 183, 185, 243, 251, 253 y 264 del Código de Procedimiento Civil. Y es más, agrega, se transgredió el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal al desconocer el mérito propio que tiene la decisión policiva en materia de contravenciones, que le es exclusiva, como prueba de la existencia del hecho.

Considera la Corte

1. *Sin que sea necesario profundizar en el tema, de entrada nótase que la pretensión del demandante encaja dentro de la responsabilidad civil aquiliana que contempla nuestro Código Civil en sus artículos 2341 y siguientes, que conforme a elementales nociones requiere para su existencia y declaratoria la conjunción de tres elementos: el perjuicio sufrido por la víctima, la culpa del autor del hecho ilícito, y la relación de causalidad entre dichos perjuicio y culpa. Y que, conforme nutrida jurisprudencia, apoyada en el artículo 2356 ibídem, cuando el daño se ocasiona con motivo del ejercicio de una actividad peligrosa, surge una presunción de culpa en contra de su autor, desvirtuable únicamente mediante prueba de fuerza mayor o caso fortuito, o culpa exclusiva de la propia víctima.*

2. Como el Tribunal, no ciertamente acucioso ni esmerado, limitó su análisis probatorio respecto de la pretensión del demandante a las copias de la actuación cumplida ante el Juzgado Permanente de Tránsito y Transportes de Cartagena, para negarles todo valor probatorio, la censura indirecta formulada contra la conclusión fáctica del sentenciador, que en últimas consistió en que no hubo prueba de ninguno de los elementos de la responsabilidad civil en discusión, debe armonizarse con cada uno de los ya referidos presupuestos de este linaje de responsabilidad, concurrentes para configurarla como ya tuvo ocasión de expresarse.

3. Y como la impugnación por su aspecto probatorio endilga al Tribunal dos suertes de errores por este aspecto: de hecho, evidente, al no haber contemplado determinadas pruebas que obran en el negocio y de las cuales se deduce conclusión fáctica contraria a la del sentenciador; y

de derecho en la valoración de la prueba consistente en las copias de la actuación cumplida ante el Juzgado Permanente de Tránsito de Cartagena, yerro que condujo al Tribunal a negarle valor probatorio a tal actuación y por ende a no reconocer como demostrados con ella los hechos sustentatorios de la pretensión del demandante, considera prudente la Corte comenzar por el análisis de esta última fase de la censura.

4. A folio 5 del cuaderno 1 obra, en copia autorizada por el secretario del Juzgado Permanente de Tránsito y Transportes de Cartagena expedida el 5 de enero de 1966, un croquis que se refiere al "accidente de tránsito ocurrido en la carretera de Mamonal, sector frente a Petroquímica, donde el jeep R-4151 se estrelló contra una pila de tierra, que se encontraba sobre la carretera".

Y a folios 8 a 12 y 38 a 40 ibídem obran, en copia autorizada por el secretario respectivo, las actuaciones cumplidas por el referido juzgado respecto del accidente en cuestión, con inclusión de las declaraciones testimoniales allí rendidas por Felipe Paz, Marceliano González y Roberto Angulo.

La actuación en referencia tiene evidente carácter de investigación y esclarecimiento de una contravención cuya represión corresponde a la policía (artículo 2º del Código Penal) y que culminó con lo resuelto por dicho Juzgado el 24 de mayo de 1966 en el sentido de declarar a Petroquímica responsable de haber infringido los artículos 51, 52 y 120 del Reglamento de Transportes vigente, y en consecuencia imponerle una multa de $ 50.00. Los artículos en referencia, tal como aparece en el citado proveído, rezan así:

" 'Ninguna persona o entidad, bien sea particular u oficial podrá verificar excavaciones o arreglos en la vía pública, sin una licencia previa de la Dirección de Circulación, que debe solicitarse con cuarenta y ocho horas de anticipación a fin de que ésta dicte las medidas necesarias para la descongestión del tránsito'. Artículo 52. 'Cuando se practiquen excavaciones en el sentido transversal de las calles para colocar alcantarillas, caños, acueductos, etc., etc.; la obra se adelantará por secciones, en trechos no mayores de la mitad del ancho de la vía, para no impedir el libre tránsito'. Por tanto Petroquímica violó los artículos 51 y 52 del Reglamento de Transportes vigente, el 120 que dice 'Toda persona encargada de la reparación de una vía debe colocar o hacer que se coloquen en el sitio de la obra una linterna de luz roja durante la noche, y una banderola del mismo color, susceptible de verse a distancia en las horas del día' ".

Y además, la transcripción de otras piezas de esas diligencias, pone de presente los informes, actuaciones, exámenes, conceptos y declaraciones testimoniales que sirvieron de antecedentes a la citada providencia.

En estas condiciones, no se trata con las copias ameritadas de trasladar pruebas de un proceso a otro, como equivocadamente lo entendió el Tribunal, sino de documentos públicos que, por haber sido otorgados por un funcionario público en ejercicio de su cargo, hacen fe en cuanto a su otorgamiento, a su fecha y a las declaraciones hechas en ellos por el funcionario que los autoriza (artículos 251 y 264 del Código de Procedimiento Civil).

En este orden de ideas, fácilmente se observa de tales documentos que el Juzgado Permanente dictó el 24 de mayo de 1966 una resolución imponiendo a Petroquímica una sanción o multa "por haber infringido los artículos 51, 52 y 120 del Reglamento de Transportes vigente", y que para tomar tal disposición, según aparece en el cuerpo de la misma o sea en declaraciones del propio funcionario que la pronunció, tuvo en cuenta lo siguiente:

a) Que la investigación desatada se refiere al accidente de tránsito ocurrido el 11 de abril de 1965 en la carretera de Mamonal, sector de Petroquímica;

b) Que al lugar de los acontecimientos fue destacado el motociclista de turno Eduardo Navas Lambis, quien previo estudio del terreno procedió a elaborar el croquis de rigor que aparece agregado al expediente;

c) Que en igual forma fue agregado el dictamen pericial del técnico de ese despacho;

d) Que el conductor del jeep dio su versión bajo juramento, lo mismo que los testigos Felipe Paz, Marceliano González y Roberto Angulo, y

e) Que el texto de los artículos 51, 52 y 120 del Reglamento de Transportes es el que allí se procede a transcribir.

Y copia del informe de Navas Lambis, de la providencia de apertura de la investigación y del informe de la sección técnica, aparecen también en las copias adjuntadas.

Es suficiente lo expuesto para concluir que el Tribunal incurrió en yerro de derecho al negarle todo valor probatorio a los documentos en cuestión, por catalogarlos equivocadamente como prueba trasladada con base en el artículo 185 del

Código de Procedimiento Civil, cuando en verdad se trata de documentos públicos cuyo valor probatorio está claramente definido en el artículo 254 ibídem, a cuyo texto ha debido ceñirse para apreciarlos en conjunto con el resto del material probatorio.

Es, por tanto, fundada la censura sobre este particular.

5. Y en cuanto al error de hecho, segunda faz de la censura en estudio consistente en que el Tribunal no dio por demostrado ni el accidente ni los perjuicios de él derivados, no obstante que el resto del material probatorio también es de toda evidencia sobre el particular, vale observar:

a) Durante la práctica de la diligencia de inspección judicial visible al cuaderno 3 y llevada a cabo por solicitud de la demandada con el objeto de verificar lo relativo a documentos fotográficos de los trabajos realizados en la vía pública y de "las señales que existieron para realizarlos", el empleado de Petroquímica que atendió la diligencia "hizo entrega a la juez de un álbum que contiene doce fotografías de diversos aspectos del lugar del accidente y del vehículo accidentado", las cuales se ordenaron reproducir para agregarlas a los autos, como efectivamente así obran a folios 15 a 25 del citado cuaderno.

Esas fotografías "del lugar del accidente y del vehículo accidentado", como las describió el propio empleado de Petroquímica, demuestran en forma fehaciente, máxime si son documentos emanados de la parte demandada, que Petroquímica ordenó excavar una zanja de bastante magnitud a través de la vía pública, que con tierra de allí extraída se formó un gran arrume a todo lo ancho de la vía, bastante superior en su altura a la de un automotor; que contra dicho arrume se estrelló de frente el vehículo jeep de placas R-4151, que marchaba por la derecha de la calzada; que la vía estaba completamente interrumpida y que el paso transitorio se hacía por una desviación lateral; que un aviso de "Peligro" no muestra señales de iluminación; y que el jeep sufrió daños evidentes como rotura del vidrio parabrisas y torceduras y abolladuras en su parte delantera.

No sobra advertir que el Tribunal, como lo apunta el censor, tampoco vio las pruebas relativas al parentesco del demandante con el menor fallecido, ni a la necropsia de este último y al reconocimiento médico del demandante, suficientemente demostrativas por sí solas de los perjuicios causados a Santos Villamizar y que obran a folios 14, 16, 17, 19, 20 y 22 del cuaderno 1; 1, 2 a 6 del cuaderno 2.

Las pruebas anteriores aunadas a las que fueron materia de error de derecho, que demuestran hasta la saciedad la forma como ocurrió la colisión, señalan la grave equivocación probatoria del Tribunal cuando consideró "imposible saber o determinar en qué circunstancias se produjo" el accidente.

Y semejantes yerros tuvieron por obvia consecuencia la violación de las normas sustanciales tal como lo expone la censura, al haber dejado el Tribunal de aplicar las relativas a responsabilidad civil aquiliana y su correspondiente indemnización de perjuicios.

En cuanto al factor de culpabilidad, que no analizó el Tribunal al haberse limitado simple y equivocadamente a considerar que el accidente y los perjuicios de él derivados no se habían demostrado, es diáfano que la actividad de la empresa demandada al excavar una zanja de grandes dimensiones y al haber colocado un gran arrume de tierra a través de la totalidad de una vía pública de tránsito considerable, con completa obstrucción de la calzada, como lo demuestran hasta la saciedad las fotografías suministradas por esa misma parte, es una actividad de obvio carácter peligroso comoquiera que está así contemplada en forma expresa, doblemente a título descriptivo, en la relación que por vía de ejemplo trae el artículo 2356 del Código Civil sobre actividades de este linaje.

Por tanto, juega sin duda alguna innegable presunción de culpa en contra de la empresa demandada, siendo además, evidente la relación de causalidad entre dicha culpa y el perjuicio ocasionado, pues de no haberse ejecutado el acto presumiblemente culposo no hubiera ocurrido el choque del vehículo del demandante contra el arrume de tierra excavada de la zanja en cuestión.

Configurados así los elementos de la responsabilidad civil aquiliana en disputa, que el Tribunal no admitió en virtud de los yerros probatorios atrás analizados, el fallo acusado violó por falta de aplicación las normas sustanciales enunciadas en la censura y por tanto su quiebra es inexorable, con la lógica y obligada consecuencia de que la Corte, ya en sede de instancia, debe proceder, como en efecto pasa a hacerlo, a dictar la sentencia de reemplazo.

Sentencia de instancia

1. Los presupuestos procesales no merecen reparo alguno, siendo de advertir que la excepción

de prescripción propuesta por la parte demandada y por su aseguradora, fue negada por el juez de primera instancia sin que contra ese pronunciamiento hubieran apelado ni directa ni adhesivamente los excepcionantes, razón por la cual ese rechazo quedó en firme y ajeno a la órbita no sólo del recurso de casación sino de la apelación interpuesta exclusivamente por el demandante contra el fallo del *a quo*. Cabe, por tanto, pronunciamiento de mérito.

2. Como se expresó al despachar el cargo, el análisis conjunto de las pruebas apreciadas equivocada y fraccionadamente por el Tribunal, lleva a la conclusión de que la responsabilidad aquiliana de Petroquímica está plenamente demostrada, pues además de que dichos elementos de convicción comprueban el perjuicio y la relación de causalidad, la conducta de Petroquímica al hacer abrir la zanja y levantar el terraplén *a todo lo ancho* de la vía no sólo hace presumir su culpa, sino que conforme lo acredita la resolución visible a folios 36 a 40 del cuaderno 1 dictada por la Inspección Municipal de Transportes y Tránsito de Cartagena el 10 de abril de 1965, muestra que dicha obra se ejecutó con transgresión de los artículos 51 y 52 del Reglamento de Tránsito vigente, por carecer de licencia previa y especialmente por no haberse adelantado por secciones en trechos *no mayores de la mitad del ancho de la vía,* para no impedir el libre tránsito, circunstancia que también demuestran no sólo las fotografías en cuestión sino el croquis oficial visible a folio 5 ibídem, en donde se ve que la zanja y el arrume de tierra ocupaban toda la calzada. Esta comprobada violación del citado reglamento es de por sí eficaz para, inclusive, darle carácter de probada a la culpa de por sí presunta de la empresa demandada.

Es suficiente lo anterior para acceder a las pretensiones de la demanda sobre declaratoria de responsabilidad civil y para, en consecuencia, revocar la negativa que a ellas dio el juzgado de primera instancia.

3. En cuanto a la respectiva indemnización de los perjuicios solicitada por el demandante, se observa:

a) En el "petitum" se solicita su resarcimiento sin especificar o discriminar a cuál especie de ellos se refiere.

Por tanto y con apoyo interpretativo en algunos de los hechos básicos de la causa para pedir, se deduce que la demanda persigue el resarcimiento tanto de perjuicios materiales como morales;

b) Respecto de los materiales, su existencia y características están plenamente demostradas en el expediente con los informes médicos y certificados que obran a folios 14 y 20 del cuaderno 1, y 1, 2 y 6 del cuaderno 3.

A folios 8 y 9 aparece un dictamen pericial que evalúa tales y otros perjuicios, de cuyo examen se obtienen las siguientes conclusiones:

1ª En cuanto a las lesiones corporales sufridas por Alfredo Santos, debidamente comprobadas y relacionadas en el experticio, que al respecto está bien fundamentado, se avalúan en la suma de ciento veinte mil pesos ($ 120.000.00), cantidad que, por lo dicho, es plenamente aceptable.

2ª En cuanto a los perjuicios materiales sufridos por el mismo Santos con motivo de la muerte de su hijo Carlos Alfredo, que apenas tenía 12 años, en forma muy sucinta refieren los expertos que en atención a las tablas de Garuffa, al promedio de vida probable y al capital invertido para costear alimentos congruos y estudios a un menor, tales perjuicios alcanzan a tres millones de pesos ($ 3.000.000.00). Sin embargo, esta estimación global no tiene suficiente respaldo ni fundamento, entre otras razones por cuanto el padre no era sostenido económicamente por el menor. Los daños que así avalúan los expertos son meramente hipotéticos y como el padre demandante no recibía ayuda pecuniaria del menor, es inocuo el cálculo de vida probable y futura productividad del hijo del demandante.

Pero como es evidente el perjuicio material que al padre causa la muerte del hijo, así éste sea apenas impúber, como es lo relativo a gastos de entierro y otros de notoria evidencia, sobre el particular debe pronunciarse condena en abstracto para que posteriormente sean liquidados los dichos perjuicios en cuanto se probare efectivamente que fueron ciertos y no hipotéticos. La liquidación respectiva se hará de conformidad con el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

Y en lo referente a perjuicios morales por este mismo concepto, en este fallo y de acuerdo con la facultad que legal y jurisprudencialmente se le ha conferido al sentenciador de instancia para señalarlos y avaluarlos, por tratarse de íntimo vínculo paterno-filial, ampliamente demostrado en el expediente, entre el demandante y el menor impúber fallecido, se decide fijar la suma que hasta el momento se ha considerado como máxima según la jurisprudencia de la Corte, o sea la cantidad de $ 30.000.00, sin que sobre reiterar que no es posible ni evaluar ni indemnizar exacta-

mente el daño moral o "petium doloris" que a padre alguno pueda causarle la muerte de su hijo.

4. *Como la empresa demandada ha invocado compensación de culpas derivadas de que la actividad del demandante al conducir un vehículo también era peligrosa, debe tenerse en cuenta que cuando concurren actividades de esta índole no se realiza "per se" la alegada compensación.*

Sucede que contra cada agente de tales actividades peligrosas pesa una presunción de culpa en su contra, en forma independiente, *y que teóricamente sólo se exoneran de responsabilidad individual con motivo de fuerza mayor o caso fortuito, o culpa exclusiva de la víctima, que en últimas equivale a lo anterior.*

También, debe considerarse que cuando hay concurrencia de culpas, la indemnización puede reducirse según prudente criterio del juez, con base en el artículo 2357 del Código Civil.

Al aplicar a la litis estos conocidos postulados resulta en primer término que, como se dijo al despachar el recurso extraordinario, la culpa presunta de la empresa demandada vino a reiterarse con la culpa probada por evidente infracción de las normas administrativas o de policía sobre apertura de zanjas a todo lo ancho de una vía. Además, las fotografías a las cuales ya se hizo referencia y que fueron presentadas por esa misma parte, comprueban que el precario aviso de "peligro" que ellas muestran —que confirma una vez más el carácter de peligrosidad de la actividad de dicha empresa, se nota—, no tiene iluminación, necesaria tanto más si el tránsito por esa vía es permanente y si con la oscuridad el peligro se acrecienta, como lo demuestra la circunstancia de que el accidente ocurrió ya entrada la noche.

Y respecto del conductor demandante, no hay prueba ni indicio alguno de circunstancias que transformen la teórica presunción de culpa en su contra en culpa probada o en demostración de actitud negligente.

Al balancear estos factores y dentro del prudente arbitrio que el juez le otorga al referido artículo 2357 del Código Civil, no encuentra equitativo ni justificado esta Sala tomar actitud distinta de asignar toda la responsabilidad, sin reducción alguna, a la empresa demandada.

De ahí que las condenas que conforme a las anteriores motivaciones habrán de pronunciarse, no estarán sujetas a disminución.

5. Por último, debe examinarse lo relativo a la Compañía Colombiana de Seguros, llamada en garantía como aseguradora de la demandada, mediante Póliza SMM-011 del 24 de agosto de 1964.

Al efecto se observa:

a) Aun cuando la aseguradora quiere negarle valor a la póliza en cuestión por no estar firmada por la empresa demandada y asegurada, esta circunstancia no le resta ninguno al seguro; y además el hecho de haberse exhibido dicho documento durante la inspección judicial y agregado en fotocopia autorizada (folios 1 a 9, cuaderno 3), muestra que efectivamente sí fue suscrito por Petroquímica;

b) Si bien el accidente ocurrió el 11 de abril de 1968 —o sea durante la vigencia anual de la póliza, se nota—, no es atendible la objeción de la aseguradora derivada de que tan sólo hasta 1974 se la notificó del reclamo en forma que califica de extemporánea, pues la obligación legal para el asegurado en ese entonces, no era la de dar noticia del siniestro durante la vigencia de la póliza sino tan pronto como tuviera noticia de él, atendidas las circunstancias propias de cada caso. Por tanto, si la notificación del auto admisorio de la demanda de Santos Villamizar, surtida el 22 de agosto de 1974, sirvió de aviso oficial a Petroquímica sobre la existencia del accidente y del reclamo, sin que sea extemporáneo que el 12 del mes siguiente (folio 7, cuaderno 4), se hubiera llamado en garantía a la compañía aseguradora y en tal virtud ésta hubiera podido actuar sin traba alguna durante todo el proceso, en orden a la mejor defensa de sus intereses, como en efecto lo hizo;

c) Es sí, evidente, que la Compañía Colombiana de Seguros es coaseguradora en el 50% de los siniestros amparados por la póliza, pues el 20% restante corre a cargo de la Suramericana de Seguros, entidad que no fue debidamente llamada a participar en el proceso (folio 53, cuaderno 1). Será tenido en cuenta lo anterior en la parte resolutiva del fallo;

d) En cuanto a la prescripción alegada por la demandada y por su aseguradora, ya se estableció, al encabezar esta sentencia de reemplazo, que dicha excepción, en verdad la única que con carácter de tal propusieron los demandados, les fue despachada desfavorablemente por el *a quo*, decisión que adquirió firmeza procesal al no haber sido materia de apelación por parte de los excepcionantes;

e) Y en cuanto a la falta de cumplimiento por parte de la demandada de los requisitos que establecían los artículos 634 y 680, numerales 5 y 7 del antiguo Código de Comercio, por fuerza del

2036 del nuevo de la misma materia, alegada por la entidad llamada en garantía, no es atendible pues: la primera de esas normas simplemente definía el contrato de seguro; la noticia del siniestro por parte de Petroquímica a la aseguradora se consideró oportuna al tomar como base del mismo la notificación del auto admisorio de la demanda contentiva de las pretensiones de Alfredo Santos, y el consiguiente llamamiento en garantía invocado dentro de la preceptiva del Código de Procedimiento Civil; y la prueba de todas las circunstancias que configuran el siniestro no es otra que todo este mismo proceso.

Por todo lo expuesto debe concluirse que mediante esta sentencia de reemplazo es perentorio revocar la de primer grado, que negó las súplicas de la demanda, para en su lugar acceder a las peticiones del libelo y del llamamiento en garantía, de conformidad con las anteriores motivaciones.

De otro lado, la conducta procesal de las partes y de sus apoderados no les implica responsabilidad alguna derivada de los artículos 72 y 73 del Código de Procedimiento Civil.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, CASA la sentencia dictada en este proceso por el Tribunal Superior de Cartagena el 14 de febrero de 1977, y en su lugar, ya en instancia, REVOCA la sentencia dictada por el Juez Cuarto Civil del Circuito de Cartagena el 30 de septiembre de 1976, excepto en cuanto a su primera declaración, y en su lugar,

Resuelve:

Primero. DECLÁRASE que Petroquímica Colombiana S. A. es civilmente responsable del accidente sufrido por Alfredo Santos Villamizar el 11 de abril de 1965.

Segundo. CONDÉNASE a la parte demandada a pagar al demandante los perjuicios sufridos con motivo del mencionado accidente, así:

a) Por perjuicios materiales y morales que se le ocasionaron directamente al demandante, la suma de ciento veinte mil pesos ($ 120.000.00);

b) Por perjuicios morales causados al demandante con motivo de la muerte violenta de su hijo Carlos Alfredo Santos Vecino, treinta mil pesos ($ 30.000.00);

c) Por perjuicios materiales sufridos por el citado demandante con motivo de la muerte de su hijo, pronúnciase condena en abstracto para que sean liquidados posteriormente de acuerdo con el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil y en armonía con las motivaciones de esta sentencia.

Tercero. La Compañía Colombiana de Seguros, como garante de la empresa demandada, responderá a ésta por el ochenta por ciento (80%) de las condenas anteriores.

Costas de primera y segunda instancias a cargo de la sociedad demandada. Tásense.

Sin costas en el recurso de casación.

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

Alberto Ospina Botero, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Ricardo Uribe-Holguín.

Carlos G. Rojas Vargas
Secretario.

PRUEBA PERICIAL

La prueba pericial debe apreciarse, aunque los peritos hayan rendido su dictamen fuera de término, con tal que se hayan cumplido los requisitos legales para su solicitud, práctica y contradicción.

Prueba de oficio: (artículos 37 numeral 4, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil). La misión del juez en el campo probatorio, no es precisamente la inactividad sino la actividad, en procura de lograr la verdad material de lo controvertido.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., septiembre 7 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

Decídese el recurso de casación interpuesto por varios de los demandados contra la sentencia de 1º de julio de 1977, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán en el proceso ordinario adelantado por Carlina Morales de Quiguanas contra Carmen Hurtado viuda de Velasco, Nemesio, Héctor, Leonardo Expedito, Hilda y María Teresa Velasco Hurtado, en sus calidades, la primera como cónyuge sobreviviente y los restantes como herederos de Antonio Velasco Hurtado.

Antecedentes

I. La referida demandante solicitó que con audiencia de los aludidos demandados se hiciesen los pronunciamientos siguientes:

a) Que Carlina Morales de Quiguanas es hija natural de Antonio Velasco Hurtado;

b) Que se tome nota del anterior estado civil en la partida de nacimiento de la Morales de Quiguanas;

c) Que la demandante tiene derecho a recoger su cuota hereditaria en la sucesión intestada de su padre Antonio Velasco Hurtado, y a que en la partición se le adjudiquen los bienes que le pertenecen mediante "la hijuela que le corresponda";

d) Que los demandados deben restituir a la demandante los bienes que conforman su cuota hereditaria, junto con sus aumentos, frutos naturales y civiles producidos desde el fallecimiento de su padre hasta que se verifique la entrega;

e) Que se condene a los demandados a las costas del proceso y se disponga la inscripción de la sentencia que se dicte.

II. El libelista refiere como presupuestos de hecho de la pretensión, los siguientes:

a) Que desde principios de 1924 hasta 1928, en el Municipio de Silvia (Cauca), entre Antonio Velasco Hurtado y Clemencia Morales, existieron relaciones sexuales "permanentes, estables, públicas y notorias", fruto de las cuales nació Carlina Morales el 19 de mayo de 1925;

b) Que por un lapso superior a diez años continuos, Antonio Velasco Hurtado trató a la mencionada Carlina Morales como a su hija natural, pues proveyó a su educación y establecimiento de modo competente, de acuerdo con su posición social y económica, y la presentó con ese carácter a sus amigos, familiares y relacionados, "en forma tal que todo el vecindario de su domicilio la ha reputado y reconocido como hija natural" de aquél;

c) Que Velasco Hurtado, "además de velar por el sostenimiento de su hija natural, ayudó a ésta en muchas ocasiones en los gastos de educación de sus hijos, especialmente de su nieto Ramiro Quiguanas Morales, como estudiante que fue en la Universidad del Cauca, circunstancia

que también fue ampliamente conocida por el vecindario en general de Silvia (Cauca) y de modo especial por sus hijos legítimos y su cónyuge sobreviviente";

d) Que con las cartas dirigidas por el causante a su hija Carlina y a su nieto Ramiro, se acredita "de manera inequívoca el reconocimiento expreso" que hizo, en varias oportunidades, de su citada hija;

e) Que con motivo del fallecimiento de Antonio Velasco Hurtado se inició el proceso sucesorio de éste ante el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Silvia, en donde se reconoció a los demandados como interesados y herederos.

III. Con excepción de los demandados Hilda y María Teresa Velasco Hurtado, los restantes consignaron su respuesta en el sentido de negar la mayoría de los hechos, de oponerse a las súplicas de la demanda y de formular las excepciones que denominaron "ineptitud sustantiva de la demanda" e "ilegitimidad de personería sustantiva de la parte demandada".

IV. Impulsado el proceso, la primera instancia terminó con sentencia de 28 de enero de 1977, en la que se dispuso:

"Primero. El señor Antonio Velasco Hurtado, ya fallecido es el padre natural de la señora Carlina Morales de Quiguanas, habida y procreada en la unión extramatrimonial con la señora Clemencia Morales.

"Segundo. Ordénase la anotación de este estado civil en su correspondiente partida de nacimiento.

"Tercera. La demandante Carlina Morales de Quiguanas tiene derecho a recoger la herencia que por ministerio de la ley le corresponde en la sucesión intestada de su padre Antonio Velasco Hurtado, en la proporción o parte que haya lugar de acuerdo con la calidad de hija natural de éste.

"Cuarta. Intégrese a la demandante Carlina Morales de Quiguanas la hijuela que le corresponde, en la forma legal.

"Quinta. Por tanto la demandante en su calidad de hija natural de Antonio Velasco Hurtado, tiene derecho a concurrir con los demandados en la sucesión de su padre, lo cual se tendrá en cuenta al hacerse la partición de los bienes sucesorales de éste.

"Sexta. Los demandados Carmen Hurtado viuda de Velasco, Hilda, Nemesio, Héctor, Leonardo Expedito y María Teresa Velasco Hurtado, la primera en su calidad de cónyuge sobreviviente y los restantes en su condición de herederos del referido causante, entregarán a la demandante Carlina Morales de Quiguanas, tanto la cuota de bienes que a ésta le quepa o le corresponda en la partición del patrimonio de Antonio Velasco Hurtado, como los frutos naturales y civiles respectivos, desde el día del fallecimiento del causante hasta cuando se produzca la entrega de tales bienes.

"Séptima. Los demandados, en las calidades anotadas en la declaración anterior, entregarán a la demandante los aumentos que con posterioridad a la muerte del causante haya tenido la herencia, en la proporción correspondiente a su respectiva cuota.

"Octava. Inscríbase esta sentencia en el libro respectivo de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Silvia, Cauca.

"Novena. Condénese (sic) a los demandados a pagar solidariamente a la demandante las costas del presente juicio. Por la Secretaría liquídense.

"Décima. Expídase copia de este fallo a la señora Carlina Morales de Quiguanas para lo que estime conveniente".

V. Contra la anterior resolución sólo interpusieron el recurso de apelación los cuatro demandados que contestaron el libelo, habiendo terminado la segunda instancia con fallo de 1º de julio de 1977, adicionado por providencia de 4 de octubre del mismo año, de la manera siguiente:

"*Primero. Confírmanse* los ordinales 'primero', 'segundo', 'tercero', 'noveno' y 'décimo' de la parte resolutiva de la sentencia dictada el 28 de enero de 1977 en el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Silvia, Cauca, dentro del proceso ordinario instaurado por Carlina Morales de Quiguanas contra los herederos de Antonio Velasco Hurtado.

"*Segundo. Deróganse* los ordinales o acápites 'cuarto', 'quinto', 'sexto', 'séptimo' y 'octavo' de la misma providencia.

"*Tercero. Cancélese* la inscripción de la demanda, para lo cual se librará el oficio correspondiente.

"*Cuarto. Condénese* solidariamente a los demandados a pagar las costas causadas en esta segunda instancia".

VI. Inconformes con la resolución precedente los mismos demandados que interpusieron el recurso de alzada, formularon entonces el recurso extraordinario de casación, de que ahora se ocupa la Corte por estar tramitado.

La sentencia impugnada

Una vez que el Tribunal refiere los antecedentes del litigio y aclara que no se registra una indebida acumulación de pretensiones en las súplicas contenidas en la demanda, ni hay ilegitimidad de la personería sustantiva en la parte demandada cuando también se señala como tal en estas causas de filiación natural a la cónyuge sobreviviente del presunto padre natural del demandante, se ocupa en seguida del análisis de las tres causales de filiación invocadas por la actora en su libelo.

Concretando su estudio en primer lugar a la causal contenida en el numeral 3 del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, afirma que se puede establecer la paternidad natural, no sólo con la declaración de renta y patrimonio en la que el padre haga figurar allí al hijo como persona a su cargo, sino también con otros documentos privados que provengan del progenitor y contengan una confesión inequívoca de paternidad. Y agrega que estos documentos pueden ser presentados al proceso de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 268 del Código de Procedimiento Civil, teniendo en cuenta que aquellos que no se encuentren firmados ni manuscritos por la parte a quien se oponen, sólo tendrán valor si fueren aceptados expresamente por éste o por sus causahabientes. Y el que presente un documento de esta clase puede pedir su reconocimiento por sus herederos, y para el evento en que lo desconozcan se procederá a verificar su autenticidad en la forma establecida para la tacha de falsedad si el interesado lo pide oportunamente o si el juzgador lo considera necesario para la decisión del litigio.

Más adelante se refiere el Tribunal a la tacha de falsedad de documentos, al cotejo a que da lugar, a la intervención de peritos grafólogos en esta labor, a la ritualidad que se le debe dar al dictamen, a las aclaraciones o adiciones solicitadas, para afirmar luego:

"En el presente asunto, el demandante presentó los manuscritos presuntamente caligrafiados por el causante Antonio Velasco Hurtado (folios 13 a 17 del cuaderno principal), en los cuales se presumía existir una confesión de paternidad respecto de la actora Carlina Morales de Quiguanas. Estos documentos privados fueron incorporados como pruebas al proceso según lo dispuesto en auto de 22 de marzo de 1976. Respecto de ellos la parte demandada no formuló tacha de falsedad pero por conducto de su mandatario judicial los desconoció. Por su parte, el mandatario judicial de la demandante pidió que con intervención de peritos fuera practicado el cotejo de la letra y firmas de tales manuscritos con la caligrafía puesta por el mismo Antonio Velasco Hurtado en otros documentos. Debidamente posesionados los peritos que el juzgado del conocimiento designó al efecto, el 21 de junio de 1976 indicaron que el proceso sucesorio de Antonio Velasco Hurtado, compuesto de un (1) cuaderno con 110 folios escritos, y tramitados en el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Silvia, proceso sucesorio que estaba en poder del mandatario judicial de los demandados para su protocolización —pues ya estaba registrada la cuenta de partición— no se encontró ningún documento con la escritura y firmas de Antonio Velasco Hurtado para hacer el cotejo del caso (folio 20, cuaderno número 3).

"En tales circunstancias, y después del traslado del dictamen, en su oportunidad el mandatario judicial de la demandante pidió su complementación, señalando algunos instrumentos públicos suscritos por el causante, como base del cotejo. En auto de 10 de julio de 1976, se ordenó la complementación del anterior dictamen pericial y a estos efectos se señaló el término máximo de diez días, señalado en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil. El auto que ordenó la complementación fue notificado por estado que se fijó el 13 de julio de 1976 y los peritos presentaron la predicha complementación o adición el 3 de agosto del mismo año, de suerte que fue allegado a los autos fuera del término de los diez días que ordena la ley. Es una prueba extemporánea que no puede ser apreciada en esta oportunidad de acuerdo con los preceptos legales y los alcances que ya quedaron fijados por la Sala. Por consiguiente no hay lugar al análisis de este elemento documental pericial de convicción, por lo cual queda descartada la demostración del hecho que invocó la demandante y que contempla la Ley 75 de 1968, en su artículo 6º, numeral 3º, como causal para declarar judicialmente la paternidad natural".

Posteriormente entra en el análisis de la causal de paternidad natural derivada de las relaciones sexuales, y una vez que observa las diferencias en el punto entre la legislación anterior (Ley 45 de 1936) y la actual (Ley 75 de 1968), añade que de todos modos existe la necesidad de comprobar plenamente que las mencionadas relaciones se verificaron por la época en la cual la ley presume que ocurrió la concepción del hijo, aun cuando se desconozca el día o el mes de su iniciación. Y a continuación extracta la prueba testimonial in-

corporada al litigio y de ella saca estas conclusiones:

a) El testimonio de Manuel Jesús Solarte Hurtado carece de mérito probatorio por haberse retractado en el contrainterrogatorio a que fue sometido;

b) El testimonio de José María Fernández Muelas, "teniendo en cuenta las circunstancias de parentesco, afectivas y de interés con relación a la demandante, que pueden incidir en la credibilidad o imparcialidad de su dicho, las facultades que tiene este juzgador de segunda instancia para valorar la prueba, lo habilitan para asignarle a esta declaración el carácter de indicio, el cual servirá de base para proceder, si aparecen otros, en la forma indicada en el artículo 250 del Código de Procedimiento Civil";

c) Respecto de la declaración de Juan Bautista López Fernández sostiene que no hay en este testimonio "ningún vicio formal o sustantivo que menoscabe su valor, o sea que no tiene fallas en su recepción ni vicios de fondo como contradicciones u otros, razón por la cual al ser apreciada de conformidad con las reglas de la sana crítica (artículo 187 del Código de Procedimiento Civil), que permite asignarle incluso todo el poder de convicción a un solo testimonio, es una probanza con alto grado de credibilidad, teniendo en cuenta además la seguridad y el énfasis que denota el testigo López Fernández al dar la razón de sus dichos. Para el caso *sub lite,* es una prueba que por lo menos tiene la jerarquía de indicio grave y, confrontada con la declaración de José María Fernández Muelas, calificada al efecto como indicio leve, presenta un grado de relación y de convergencia. Así, apreciadas en conjunto, dan asidero para dar por ciertos los hechos indicativos del trato personal y social que mantuvieron Antonio Velasco Hurtado y Clemencia Morales, supuesto que ya establecido da credibilidad respecto de las relaciones sexuales que esas dos personas sostuvieron entre el año de 1924 y el año de 1928, trato que resulta cierto teniendo en cuenta que con base en las mismas pruebas estudiadas por su naturaleza, intimidad y continuidad, las relaciones configuran la presunción que ha sido objeto de estudio. Y como en autos obra la prueba suficiente para acreditar el nacimiento de la niña Carlina Morales, hoy Carlina Morales de Quiguanas, hecho ocurrido el 19 de mayo de 1925 (folio 6, cuaderno principal), no importa que no se sepa el día exacto en que sus padres Antonio Velasco Hurtado y Clemencia Morales iniciaron sus relaciones extramatrimoniales, pues lo que interesa es que esté demostrado el hecho de que en la fecha de la concepción tenían lugar esas relaciones en la forma requerida por el numeral 4º, del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, lo cual este juzgador puede inferir presuntivamente de acuerdo con el artículo 92 del Código Civil, y tomando como punto de partida el día 19 de mayo de 1925, para computar los ciento ochenta días dentro de los cuales se presume fueron iniciadas las relaciones extramatrimoniales";

d) Con relación al dicho de Lubín López Fernández, afirma que "no merece credibilidad en cuanto pudiera desvirtuar la existencia de las relaciones de que se trata", ya que sostiene no haber conocido a Clemencia Morales;

e) En lo que compete al declarante doctor Alfonso Medina, no obstante sus singulares condiciones personales y profesionales, por el lugar donde ha residido lo colocan en imposibilidad de apreciar "los hechos de las relaciones que se desenvolvieron en la localidad de Silvia".

Entra luego el *ad quem* en el estudio de la causal de filiación natural por posesión notoria y en torno a las declaraciones rendidas en el punto por Manuel Jesús Solarte, Jesús María Fernández Muelas y Juan Bautista López Fernández, concluye: "consideradas las anteriores declaraciones en su totalidad y relacionadas unas con otras, pueden ser estimadas por haber sido recibidas en la forma legal pero en cuanto a su valor probatorio, no sirven para demostrar la posesión notoria del estado de hija natural de la demandante, pues de tales dichos no resulta la certeza de que el causante hubiera atendido a la subsistencia, educación y establecimiento de Carlina Morales de Quiguanas. De acuerdo con los preceptos legales antes enunciados, los testimonios han de producir en el juzgador certeza respecto de la existencia de los elementos constitutivos del referido estado, de tal suerte que el tratamiento, fama y tiempo queden demostrados de un modo irrefragable".

Termina el Tribunal afirmando que de las causales de paternidad natural alegadas por la demandante, sólo aparece demostrada la referente a las relaciones sexuales.

La impugnación

Con apoyo en la causal primera formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal un solo cargo, mediante el cual denuncia quebranto de los artículos 6, numeral 4 y 10 de la Ley 75 de 1968; 1, 8, 18 y 23 de la Ley 45 de 1936; 92, 964, 1226, 1240 numeral 3, 1241, 1321 y 1322 del Código Civil; 85 de la Ley 153 de 1887; 1 y 6 del

Decreto 1260 de 1970, por aplicación indebida; y los artículos 174, 176, 183, 228, 229, 248 y 250 del Código de Procedimiento Civil; 7 de la Ley 75 de 1968, por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

El censor, como pruebas mal apreciadas, señala las declaraciones rendidas por José María Fernández Muelas, Juan Bautista López Fernández, Alfonso Medina López y Lubín López Fernández, así como la partida de nacimiento de la demandante. Y como pruebas dejadas de apreciar, refiere los Oficios números 2480 y 2564 de 3 y 14 de junio de 1976, respectivamente, dirigidos por el Jefe de la Oficina Médico-legista Nacional al juez de primera instancia.

Luego el casacionista afirma que los yerros en que incurrió el sentenciador *ad quem* consisten:

"1º Dar por demostrado, sin estarlo, la existencia de hechos fidedignos e inequívocos y de las circunstancias y antecedentes que acrediten la naturaleza, intimidad y continuidad del trato personal y social entre Clemencia Morales y Antonio Velasco Hurtado, del cual pueda inferirse que existieron relaciones sexuales entre dichas personas, para la época en que conforme al artículo 92 del Código Civil se presume la concepción de la demandante Carlina Morales, nacida el 19 de mayo de 1925.

"2º Dar por demostrado, sin estarlo, que en la época comprendida entre el 23 de julio de 1924 y el 24 de noviembre del mismo año en que tuvo lugar la concepción de Carlina Morales hayan existido relaciones sexuales entre Clemencia Morales madre natural de la demandante Carlina Morales y el señor Antonio Velasco Hurtado.

"3º Dar por establecidos, sin estarlo, los hechos estructurales de la presunción de paternidad en que se funda la demandada por supuesta existencia de relaciones sexuales entre Antonio Velasco Hurtado y Clemencia Morales, madre natural de Carlina Morales de Quiguanas.

"4º Dar por establecido el hecho de la paternidad alegada en el juicio con apoyo en la presunción de relaciones sexuales entre Clemencia Morales y Antonio Velasco Hurtado, sin existir en el proceso las pruebas referentes a los exámenes personales y la peritación antropo-heredobiológica que ordena decretar, practicar y valorar el artículo 7º de la Ley 75 de 1968".

En procura de demostrar el cargo comienza el recurrente por sostener, a título de introducción, que como quiera que de las tres causales de paternidad alegadas, el Tribunal sólo encontró demostrada la referente a las relaciones sexuales con fundamento en los testimonios de José María Fernández y Juan Bautista López, observa que la impugnación debe concretarla a destruir el soporte de la decisión que radica en tales pruebas.

Situado, entonces, el censor en este punto, nota que el primero de los declarantes, a quien se le recibió testimonio en dos oportunidades, o sea, fuera y dentro del proceso, la supuesta ratificación no se hizo con sujeción a lo previsto por el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil, pues no se repitió en la recepción de la segunda declaración el interrogatorio que se le hizo en la primera y con observancia del artículo 228 ibídem. Y agrega que el juzgador de segundo grado, al apreciar esta prueba, pasó por alto un aspecto importante y consistente en que el mencionado testigo, cuando rindió su primera declaración, tenía 13 años de edad a la fecha en que ocurrieron los hechos que narra, por lo que no es posible concederle "validez". Enseguida extracta y confronta las dos declaraciones rendidas, de lo cual concluye: "de la transcripción fiel y completa ... aparece de manifiesto que existe una gran disparidad o diferencia respecto a la forma como el Tribunal presenta el testimonio de ese declarante".

A continuación se ocupa el censor del testimonio rendido por Juan Bautista López Fernández, y una vez que transcribe apartes de su declaración y de las respuestas dadas al contrainterrogatorio que se le formulara, como de la apreciación que hizo el Tribunal de esta prueba, añade que ni de este testimonio, ni conjuntamente con el rendido por José María Fernández, aparecen "demostrados los hechos indicativos de trato personal y social entre Antonio Velasco Hurtado y Clemencia Morales de los cuales pueda inferirse la existencia de relaciones sexuales entre estas mismas dos personas, para la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción de la demandante Carlina Morales de Quiguanas, nacida el 19 de mayo de 1925.

"Ninguno de los testigos declara sobre cuál fue la naturaleza, ni sobre la intimidad, ni sobre la continuidad del trato personal y social entre el señor Antonio Velasco Hurtado y Clemencia Morales; ni menos referidos esos hechos y circunstancias al período en que pudo tener lugar la concepción de la demandante o sea entre el 23 de julio de 1924 y el 24 de noviembre del mismo año, teniendo en consideración la fecha del nacimiento acaecido el 19 de mayo de 1925.

"De dichos dos declarantes únicamente el testigo José María Fernández Muelas, cuyo testimonio el sentenciador califica de sospechoso por motivos de parentesco y razones afectivas y de interés con relación a la demandante, expresa en sus declaraciones que Antonio Velasco Hurtado llegaba a visitar a Clemencia Morales y que hacían bailes. El otro declarante Juan Bautista López Fernández con relación al trato personal y social de Antonio Velasco Hurtado y Clemencia Morales no expresa ningún hecho que le conste por conocimiento personal y directo, pues lo que declara sólo lo sabe porque los vecinos del barrio Boyacá lo comentaban, así supo de las relaciones amorosas entre Clemencia Morales y Antonio Velasco. Nada dice, de las circunstancias y antecedentes que acreditan la naturaleza, intimidad y continuidad del trato personal, social entre Clemencia Morales y Antonio Velasco Hurtado.

"Si de los testimonios que sirven de soporte al fallo del Tribunal no aparecen demostrados los hechos fidedignos e inequívocos que le permitan al juez apreciar la naturaleza, intimidad y continuidad del trato personal y social que se predica existió entre Clemencia Morales y Antonio Velasco Hurtado, es lógico concluir que faltando dichas comprobaciones no existe base o elemento alguno que permita al sentenciador inferir la existencia de relaciones sexuales entre los dichos Antonio Velasco Hurtado y Clemencia Morales, ni menos para la época en que se presume la concepción de la demandante.

"De acuerdo con lo anteriormente expuesto se concluye que aparecen demostrados en forma clara, ostensible y manifiesta los tres primeros errores de hecho que atribuyo al sentenciador, errores resultantes de haber sido mal apreciadas las declaraciones de José María Fernández Muelas y de Juan Bautista López Fernández que he singularizado en el cargo y las declaraciones de los testigos aducidos por la parte demandada señor Lubín López Fernández y doctor Alfonso Medina Medina, personas de la más alta prestancia y honorabilidad y a quienes el sentenciador les niega o no les concede valor probatorio en su testimonio, sin razones valederas para ello".

Más adelante afirma el casacionista que el Tribunal también incurrió en yerro fáctico en la apreciación de la partida de nacimiento de la demandante, al dar por probado mediante esta prueba que las relaciones se verificaron por la época en que la ley presume que ocurrió la concepción, cuando tal documento sólo sirve para demostrar la fecha de nacimiento de Carlina Morales.

Por último, expresa el recurrente que el cuarto error de hecho cometido por el sentenciador *ad quem* consiste en haber declarado la paternidad natural reclamada por la demandante, "sin que en el proceso aparezca que se hubiesen practicado las pruebas solicitadas por la propia demandante y ordenadas por el juzgado conforme a lo que perentoriamente dispone el artículo 7 de la Ley 75 de 1968".

Se considera

1. En primer lugar no puede la Corte pasar desapercibida ante la desafortunada consideración que hizo el *ad quem* de sustraerse al examen y apreciación de la prueba documental y pericial incorporada al proceso por el hecho de que los peritos, en desarrollo de una ampliación oportunamente solicitada y decretada, hubieran rebasado el término que se les concedió para tal fin y, por consiguiente, hubieran presentado su complementación a la prueba, vencido el término que se les concedió sin que se les hubiera reemplazado (artículo 9, numeral 10 del Código de Procedimiento Civil).

2. En efecto, atendiendo a principios rectores y generales del derecho probatorio, como los de orden, eventualidad y contradicción, los elementos de prueba que pretendan hacer valer las partes deberán ser pedidos por éstas en las oportunidades señaladas en la ley de enjuiciamiento civil y, además, lograr que lleguen en los términos fijados por el mismo estatuto. Con fundamento en estos postulados preceptúa el artículo 183 del Código de Procedimiento Civil que "para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señaladas para ello en este Código". Con todo, agrega la misma disposición, cuando el proceso haya pasado al despacho del juez para sentencia, las pruebas practicadas por comisionado que lleguen posteriormente, serán tenidas en cuenta para la decisión, siempre que se hubieren cumplido los requisitos legales para su práctica y contradicción. Si carece de éstos o se trata de documentos, tales pruebas no las tendrá en cuenta el juzgador de primer grado, *pero serán consideradas por el superior,* quien previamente deberá completar el trámite o concederle a la parte oportunidad para contradecirlas.

3. *Sin apartarse de los principios ya expuestos y en tratándose de prueba pericial, dice la ley que el dictamen deberá rendirse "dentro del término señalado", concediéndole a los peritos la facultad de solicitar prórroga del término, por*

una sola vez (artículo 237, numeral 5 del Código de Procedimiento Civil). Rendido el dictamen y otorgado el traslado a las partes por tres días, si éstas solicitan oportunamente aclaración o adición del mismo y el juez lo considera procedente, accederá a tal petición "y fijará a los peritos un término prudencial para ello, que no podrá exceder de diez días" (artículo 236, numeral 2º). Y si los peritos no cumplen con la labor encomendada dentro del término que se les hubiere fijado, el juez inmediatamente procederá a su relevo (artículo 22, Decreto 2204 de 1969 y 9 numeral 10 del Código de Procedimiento Civil). Si así no actúa el juzgador y los peritos rinden su dictamen por fuera del término, tal prueba deberá apreciarse, pues sobre el particular dice la ley que "el que se rinda fuera del término valdrá siempre que no se hubiere proferido el auto que reemplace al perito" (artículo 237, numeral 5 del Código de Procedimiento Civil).

4. *De suerte que la legislación distingue y le da un trato diferente a la prueba solicitada extemporáneamente y a la prueba pedida en la debida oportunidad, pero que se incorpora al proceso por fuera del término. Porque el principio de la preclusión es de aplicación estricta e indeclinable respecto de la petición de pruebas, pero no reviste el mismo rigor para la práctica inoportuna, como quiera que el inciso 3 del artículo 183 del Código de Procedimiento Civil abre la puerta y le concede al juzgador de primero o segundo grado, según las circunstancias, la facultad de tenerlas en cuenta para la decisión, con tal que se hayan cumplido los requisitos legales para su práctica y contradicción.*

5. *De otro lado, como la misión de la justicia es lograr la demostración plena de la verdad respecto de los intereses en conflicto a ella sometidos, no puede perderse de vista que cuando los litigios ofrecen deficiencia en el aspecto probatorio, el principio inquisitivo que hoy orienta la legislación procesal en lo atinente a pruebas, le señala como obligación al juzgador emplear los poderes oficiosos para decretar todos los elementos de convicción que a su juicio considere convenientes para verificar los hechos alegados por las partes, como también completar las formalidades de que carecen algunas pruebas o depurarlas de las irregularidades que ostenten. La misión del juez en este campo no es precisamente la inactividad sino la actividad, en procura de lograr la verdad material de lo controvertido. Fue este último el sano propósito que tuvieron en cuenta los redactores del actual estatuto procesal, siguiendo las modernas corrientes del derecho probatorio (artículos 37, numeral 4, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil).*

6. Hechas las anteriores precisiones y ocupándose la Corte de la impugnación, se tiene que visto el texto del ordinal 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, se presume la paternidad natural y hay lugar a declararla judicialmente, en el evento de que entre el presunto padre y la madre haya existido trato carnal por la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción del hijo. Por consiguiente, quien pretenda obtener la declaración de filiación al amparo de esta causal ha de demostrar los hechos que la integran, o sea, la existencia de relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre y que éstas se verificaron dentro del margen de tiempo en que por disposición legal debió tener lugar la concepción.

7. Como las relaciones sexuales extramatrimoniales, en el común de los casos, se encuentran revestidas en su presentación de una conducta discreta y sigilosa por parte de los protagonistas, pues múltiples factores los constriñen a actuar en esas circunstancias, es ésta la razón de ser para que respecto de la misma causal se agregara que "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 y según sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad" (artículo 6, ordinal 4º, Ley 75 de 1968).

8. Precisando la jurisprudencia de la Corte los alcances del inciso 2º del numeral 4 del artículo 6º de la Ley 75 antes extractado, expresa que "Los hechos indicativos y de los cuales pueden deducirse las relaciones sexuales 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, estas manifestaciones no tienen la fuerza suficiente para poner de manifiesto las existencias de trato sexual y, por ende, sirven para definir el estado de hijo natural de la persona que lo reclama" (casación civil, 22 de octubre de 1976, aún no publicada).

9. Ahora bien, si una de las causales de paternidad natural alegadas por la actora es la referente a las relaciones sexuales, le correspondía aportar al proceso la prueba aceptable de los hechos constitutivos que la integran, a saber: la ocurrencia de relaciones y la ubicación temporal de las mismas o, en otros términos, existencia de trato carnal entre la madre y el presunto padre

y que dicho trato se verificó en el margen de tiempo en que la ley presume que ocurrió la concepción. Por ello, en tratándose de acreditar esta causal mediante prueba testimonial, dice la jurisprudencia de la Corte, que no es indispensable que el declarante que deponga sobre el hecho de la existencia de las relaciones exprese el día exacto y preciso en que ellas principiaron o terminaron; "basta que la época que señala como el tiempo en que dichas relaciones tuvieron comienzo anteceda al nacimiento del que pretende la declaración de ser hijo natural, un lapso por lo menos igual al en que, conforme al Código Civil, se presume que hubo de ocurrir la concepción" (c. c., 26 de mayo de 1954, LXXVII, 604; 8 de marzo de 1956, LXXXII, 233; 17 de julio de 1956, LXXXIII, 244; 25 de noviembre de 1958, LXXXIX, 498; 25 de septiembre de 1961, XCVII, 94; 2 de diciembre de 1966, CXVIII, 231).

10. Respecto de la causal que se viene analizando, el Tribunal la dio por establecida al considerar que el presupuesto atinente a las relaciones sexuales ocurridas entre Clemencia Morales Morales y Antonio Velasco Hurtado quedó demostrado con los testimonios de Juan Bautista López Fernández y José María Fernández; y en lo que toca con la ocurrencia de dicho trato carnal por la época en que presume la ley que ocurrió la concepción de la actora, lo deduce de la fecha de nacimiento de ésta (19 de mayo de 1925), o sea, con la partida de nacimiento.

11. En realidad la prueba testimonial referida por el Tribunal pone de presente la ocurrencia de las relaciones sexuales, pero no las ubica en el tiempo, porque los declarantes no aluden, ni por aproximación, cuándo pudieron verificarse. Y, si esto es así, se desconoce si el trato carnal se realizó por el tiempo en que la ley presume que ocurrió la concepción, y yerra el juzgador en la estimación de los medios de convicción cuando deduce la temporalidad de dichas relaciones de la fecha de nacimiento y, concretamente, del documento o partida que registra este último hecho. Porque, del nacimiento se presume únicamente la concepción, pero no se presume quién es el padre natural.

12. Ante estas circunstancias, la censura pudiera abrirse paso y, por ende, producir el quiebre de la sentencia atacada. Con todo, la Corte, al actuar como Tribunal de instancia, tendría que llegar al mismo resultado al que llegó el sentenciador de segundo grado, pues otras pruebas que obran en el proceso sirven de apoyo para definir la filiación natural alegada, ya sea por posesión notoria, ora por confesión inequívoca de paternidad, o bien por las dos causales, porque mediante las cartas o documentos acompañados a la demanda, suscritos todos ellos por "Antonio" o por "Antonio Velasco Hurtado", dirigidos algunos a su "hija Carlina" y que terminan con la locución "su papá" (fechados: 20 de julio de 1959, 31 de diciembre de 1962 y 4 de septiembre de 1963) y otros a su "nieto" Ramiro, o sea, el hijo de Carlina, y cuya autenticidad quedó establecida con la prueba de peritos grafólogos, se establecen las referidas causales. Esta conclusión la refuerza aún más la prueba testimonial, especialmente, en lo que toca con la demostración del estado de hijo natural por posesión notoria, siendo del caso advertir, como lo tiene declarado la Corte, que el "conjunto de testimonios fidedignos" que menciona el artículo 399 del Código Civil para efecto de demostrar la posesión notoria, no significa que la prueba de testigos sea la única, porque "todo medio legal conducente a formar parte de ese conjunto de testimonios es susceptible de ser de recibo como prueba de la posesión" (c. c. 21 de febrero de 1964, CVI, 142; 1º de abril de 1971, CXXXVIII, 218).

Por tanto, no prospera el cargo.

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 1º de julio de 1977, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán.

No hay lugar a condena en costas (artículo 375 inciso final del Código de Procedimiento Civil).

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

Alberto Ospina Botero, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Ricardo Uribe-Holguín.

Carlos G. Rojas Vargas
Secretario.

PORCION CONYUGAL Y CUARTA DE LIBRE DISPOSICION EN SUCESION TESTADA

El cónyuge sobreviviente puede recibir simultáneamente porción conyugal y la cuarta de libre disposición.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., septiembre 20 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

Antecedentes

1. José Argemiro y Gerardo Antonio Mejía promovieron proceso ordinario contra Esneda Cardona de Echeverri, cónyuge supérstite y única heredera testamentaria de Francisco A. Echeverri Mejía, para que se les declarase hijos naturales del causante y en tal calidad se reconociese su derecho a heredarlo en la proporción que señala la ley y se les restituyesen los bienes relictos correspondientes.

2. Culminó la actuación con sentencia proferida por esta Sala el 7 de noviembre de 1972 en la que se casó la del Tribunal, se revocó la de primer grado y, actuando en instancia, se resolvió entre otras cosas lo siguiente:

Declarar que los demandantes eran hijos naturales de Echeverri Mejía "y por consiguiente tienen derecho a recibir en la sucesión de su padre la legítima efectiva que les corresponde de acuerdo con la ley al haber sido preteridos en el testamento del causante, en concurrencia con la demandada Esneda Cardona de Echeverri Mejía, como heredera testamentaria del mismo".

En consecuencia, declarar también que la partición verificada en el proceso de sucesión de Echeverri no era oponible a los demandantes y ordenar que debía ser hecha nuevamente.

3. De acuerdo con lo dispuesto por la Corte, rehízose la partición de los bienes sucesorales de Echeverri Mejía ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago, pero fue objetada con éxito parcial por los apoderados de la cónyuge y de los hijos. En efecto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, al decidir el recurso de apelación interpuesto contra la providencia del juez que decidió el incidente respectivo, en su auto del 20 de agosto de 1976 declaró infundadas las objeciones formuladas por el apoderado de la viuda de Echeverri "en lo que se relaciona con la distribución que hizo el partidor de la herencia, con la salvedad de que debe deducir previamente los gastos que hizo la citada cónyuge para luego proceder a la adjudicación de los bienes". Declaró fundada la segunda objeción formulada por los hijos del causante y finalmente ordenó al partidor "que rehaga la cuenta de partición de acuerdo con las observaciones anotadas".

4. La objeción formulada por Esneda al trabajo del partidor consistió, en síntesis, en afirmar que éste ha debido deducir previamente del acervo sucesoral la porción conyugal que le correspondía como cónyuge pobre, y luego sí distribuir el acervo restante en cuatro partes así: una para ella, por concepto de la cuarta de libre disposición, en su calidad de única heredera testamentaria, y las tres cuartas partes restantes para los hijos, para pagarles en esa forma sus legítimas efectivas.

5. El Tribunal consideró que de aceptarse esa pretensión de la viuda, se dejaría de aplicar lo que dispone el artículo 23 de la Ley 45 de 1936 y lo que en ese sentido ordenó la Corte en su sentencia, "porque si realmente se deduce con antelación la cuarta parte correspondiente a la porción conyugal y luego se le asigna a la cónyuge la cuarta parte de libre disposición se llevaría, más o menos, la mitad de la herencia y en ninguna forma éste ha sido el pensamiento de la Corte.

"Con claridad meridiana —agrega—, que no necesita interpretación, el alto Tribunal dijo que los hijos naturales como legitimarios que son (artículo 1240, numeral 3, del Código Civil) tienen derecho a la mitad de la herencia, y como descendientes, a la cuarta de mejoras. O sea que tres cuartas partes deben adjudicarse a Argemiro y Gerardo Antonio Mejía y la otra parte a la señora Esneda Cardona de Mazuera (sic). Deducir previamente de la masa de bienes una cuarta parte por concepto de porción conyugal, equivaldría a dividir la herencia en cinco partes y no en cuatro, lo que significaría salirse de la legal".

6. Sobre estas bases el partidor rehizo su trabajo que fue aprobado por el juez del conocimiento en sentencia del 7 de marzo de 1977, aprobación que confirmó el Tribunal de Buga en la suya del 30 de noviembre del mismo año.

7. Conoce ahora la Corte del recurso de casación interpuesto por el apoderado de la viuda de Echeverri contra el fallo de segundo grado que acaba de mencionarse, y por estar agotada la tramitación del caso, procede a decidirlo.

Motivación del fallo impugnado

El sentenciador hace breve resumen de la actuación, remontándose hasta la sentencia de la Corte y al referirse en concreto al nuevo trabajo de partición dice que "de la masa de bienes inventariados, cuyo avalúo ascendió a la suma de $ 687.450.00, dedujo el partidor, antes de entrar a determinar las cuotas herenciales, la cantidad de $ 60.656.10 para pagar a la cónyuge los gastos que hizo en la tramitación inicial de la sucesión".

Agrega en seguida que el acervo líquido se distribuyó así: tres cuartas partes "para pagar los derechos correspondientes a los hijos naturales de Echeverri Mejía ... y la cuarta parte restante ... le fue asignada a la cónyuge opositora". De lo anterior concluye que el trabajo en cuestión se ciñó estrictamente a lo dispuesto por esta Corporación en su fallo antecitado, como lo hizo notar el partidor en la parte expositiva del mismo.

Observa el sentenciador que las críticas que hace la cónyuge a la nueva distribución de los bienes herenciales, consistentes en que antes de dividir el acervo en cuatro partes ha debido serle deducida la porción conyugal, son las mismas que había formulado con ocasión del primer trabajo y "que le fueron rechazadas al desatar el incidente pertinente, en lo que respecta a la manera como se distribuyeron los bienes del causante".

A propósito de la contradicción existente entre los artículos 20 y 23 de la Ley 45 de 1936, dice el Tribunal que ese "conflicto lo resolvió la jurisprudencia, haciendo prevalecer el citado artículo 23, no sólo por ser posterior, sino en atención al mismo espíritu de la ley, que reivindicó al hijo natural, propugnando por sus derechos patrimoniales. Los bienes de Francisco Echeverri Mejía, precisamente, se han distribuido en tres cuartas partes para sus hijos naturales y la cuarta parte restante para la cónyuge, única porción de la cual el causante podía hacer uso libremente en el testamento. Ello acorde con las normas trazadas por la honorable Corte en la sentencia sabida, que interpreta acertadamente las disposiciones legales que rigen la materia.

"Mas, de triunfar la tesis del apelante —agrega—, resultaría que a la señora Esneda Cardona de Echeverri le correspondería la mitad de la herencia, lo cual mengua en una cuarta parte la cuota de los hijos naturales. Estos planteamientos nos llevan a concluir que los argumentos del apelante no tienen asidero legal alguno, razón por la cual habrá de confirmarse la providencia apelada".

El recurso de casación

Cinco cargos se formulan contra la sentencia que acaba de reseñarse, todos dentro del campo de la causal primera, que está llamado a despacharse en conjunto, dado que la fundamentación de todos ellos es común, así:

Primer cargo. Falta de aplicación del artículo 1226 del Código Civil, porque según el recurrente el partidor no respetó la signación forzosa contenida en el numeral 2º, "la porción conyugal que como lo tiene establecido la jurisprudencia, constituye pasivo de la sucesión con eficacia suficiente para agotar en un caso dado la herencia misma".

Segundo cargo. Violación del artículo 1016 del Código Civil por falta de aplicación.

Dice la censura que como esa norma "dispone que para llevar a efecto las disposiciones del difunto o la ley se deducirá del acervo o masa de bienes que el difunto ha dejado, la porción conyugal a que hubiere lugar en todos los órdenes de la sucesión, menos en el de los descendientes legítimos, tanto el partidor como el Tribunal ... en su sentencia aprobatoria de la partición" dejaron de aplicarla y por tanto colocaron a Esneda "dentro de la situación de sucesión en orden que no corresponde a descendientes legítimos" y le infirieron un agravio económico de $ 171.000.

Tercer cargo. Se hace consistir en falta de aplicación del artículo 1237 del Código Civil "que refiriéndose a una situación de hecho, la en que está colocada Esneda ..., situación que consiste en ser la cónyuge del causante y la heredera universal testamentaria del mismo, le otorga frente a los hijos naturales, el derecho a la acumulación de porción conyugal y cuarta de mejoras". (sic).

Cuarto cargo. El recurrente comienza por transcribir el último inciso del artículo 23 de la Ley 45 de 1936 (artículo 1242 del Código Civil) para decir a renglón seguido que tanto el partidor como el Tribunal al aprobar su trabajo "se abstuvieron de hacer previamente las deducciones que en cuanto a la porción conyugal ordenaba el artículo 1016, que ya había sido violado, y, en esta forma violaron también directamente por falta de aplicación el artículo 1242 parágrafo último del Código Civil".

Se insiste, pues, en este cargo en que la cónyuge sobreviviente tenía derecho a la porción conyugal, equivalente a la cuarta parte del caudal relicto, más la cuarta de libre disposición que le correspondía como heredera testamentaria del causante.

Quinto cargo. La censura acusa en este la falta de aplicación del artículo 1236 del Código Civil, porque dicha norma "refiriéndose a la situación de hecho de Esneda ... consistente en ser la cónyuge sobreviviente, le atribuye como consecuencia jurídica el derecho a la cuarta parte de los bienes de la persona difunta en todos los órdenes de la sucesión, menos en el de los descendientes legítimos, también fue violada" porque no se aplicó en favor de la cónyuge.

Consideraciones de la Corte

La situación contemplada por el Tribunal se puede resumir así: sucesión de un causante en la que la cónyuge era única y total heredera testamentaria; prosperidad de una pretensión de filiación natural en virtud de la cual se reconoció a los dos hijos preteridos en el testamento su derecho a heredar al *de cujus* en la proporción señalada por la ley; reconocimiento judicial de ese derecho concretado a la legítima efectiva y consiguiente reducción de la asignación testamentaria a la cuarta de que el testador podía disponer libremente; y aspiración de la cónyuge a que además de dicha cuarta se le reconociera su porción conyugal.

Estos eran los problemas que estaban en juego para hacer el trabajo de partición de los bienes sucesorales, que fueron resueltos al decidir las objeciones que se formularon al primer trabajo y analizados de nuevo en la decisión aprobatoria del segundo. En ella se estimó que el partidor se había ajustado a la ley; a lo decidido por la Corte en la sentencia que dictó en el proceso de filiación natural y de petición de herencia; y a lo fallado en el incidente de objeciones al primer trabajo.

Se observa también que tanto el partidor como el juez y el Tribunal, se remitieron a lo resuelto por la Corte en la sentencia antes mencionada y manifestaron que la distribución de los bienes sucesorales de Echeverri Mejía debía sujetarse a lo que en ella se decidió. Y al considerar que lo había sido en el segundo trabajo, los juzgadores le impartieron su aprobación. La cuestión radica, pues, en saber si uno y otros aplicaron debidamente aquella decisión.

En efecto, en la citada sentencia del 7 de noviembre de 1972 la Corte resolvió, entre otras cosas, lo siguiente:

"Declárase que Gerardo Antonio y Argemiro Mejía ... son hijos naturales de Francisco Echeverri Mejía y por consiguiente tienen derecho a recibir en la sucesión de su padre la legítima efectiva que les corresponde de acuerdo con la ley al haber sido preteridos en el testamento del causante, en concurrencia con la demandada Esneda Cardona de Echeverri como heredera testamentaria del mismo".

La cuestión estriba en saber si el partidor aplicó correctamente la decisión transcrita al haber procedido en la siguiente forma: dedujo del acervo bruto sucesoral los gastos e impuestos que habían sido sufragados por la cónyuge, tal como se le había ordenado que lo hiciera al decidir las objeciones formuladas al primer trabajo. El saldo así obtenido lo dividió en cuatro partes, una para dicha cónyuge por concepto de la cuarta de libre disposición, y las otras tres para pagar a los hijos naturales su legítima efectiva.

El recurrente pretende en cambio, que el saldo que debía distribuirse por cuartas partes en la forma antes dicha era el activo líquido que resultaba de restar previamente del acervo sucesoral bruto los gastos e impuestos mencionados y además la porción conyugal para Esneda por ser pobre, es decir, la cuarta parte de ese primer resultado.

1. *El cómputo de la mitad legitimaria y de las cuartas de mejoras y de libre disposición, tratándose de sucesión testada en la que hay descendientes, tiene que efectuarse sobre el acervo sucesoral líquido. Así lo estatuye expresa y muy*

claramente el artículo 1242 del Código Civil (artículo 23 de la Ley 45 de 1936) cuando dice: "La mitad de los bienes, previas las deducciones de que trata el artículo 1016 *y las agregaciones entre los respectivos legitimarios, según el orden y reglas de la sucesión intestada; lo que cupiera a cada uno de esta división es su legítima rigorosa.*

"No habiendo descendientes legítimos, ni hijos naturales por sí o representados, con derecho a suceder, la mitad restante es la porción de bienes de que el testador ha podido disponer a su arbitrio.

"Habiéndolos, la masa de bienes, previas las referidas deducciones *y agregaciones, se divide en cuatro partes: dos de ellas o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigorosas; otra cuarta, para las mejoras con que el testador haya querido favorecer a uno o más de sus descendientes legítimos, o hijos naturales, o descendientes legítimos de estos, sean o no legitimarios; y otra cuarta de que ha podido disponer a su arbitrio" (se ha subrayado).*

2. *Las deducciones que ordena el artículo 1016 "para llevar a efecto las disposiciones del difunto o de la ley" son las costas de publicación del testamento y de apertura de la sucesión; las deudas hereditarias; los impuestos que gravan toda la masa hereditaria; las asignaciones alimenticias forzosas; y la "*porción conyugal *a que hubiere lugar, en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos. El resto es el acervo líquido de que dispone el testador o la ley" (subraya la Corte).*

Esta disposición es de forzoso cumplimiento, sea que el causante haya otorgado testamento o no, como con toda nitidez lo indica su propio texto. De consiguiente, si en un caso dado las deducciones expresadas copan todo el caudal hereditario, no habrá lugar al pago de las legítimas, la cuarta de libre disposición y la de mejoras, como que la porción conyugal ya quedó incluida dentro de las deducciones que ordena el artículo 1016 para todos los demás órdenes hereditarios.

3. Es indudable que los hijos naturales de Echeverri Mejía fueron preteridos en el testamento que éste otorgó, y por consiguiente, que por aplicación del artículo 1276, sin necesidad de reforma alguna, quedaron instituidos en su legítima, integrada por la rigorosa que les correspondía como legitimarios (artículo 1240 - 3º) y por la cuarta de mejoras a que tenían derecho como descendientes (artículos 1249 y 1253), es decir, en su legítima efectiva como lo expuso la Corte en su sentencia varias veces mencionada. Siendo una y otra asignaciones forzosas, prevalecen sobre la voluntad del testador.

En esas condiciones, la asignación testamentaria de la cónyuge quedaba reducida a la cuarta parte de sus bienes, de que el causante podía disponer libremente y que por ese motivo habría podido dejarla aun en favor de un extraño.

4. *Todo lo anterior, erá aplicable a la distribución del* acervo herencial líquido, *es decir, de lo que quedara después de restarle al total acervo herencial bruto inventariado las bajas generales que ordena el artículo 1016, incluyendo entre ellas la porción conyugal, en vista de que no había descendientes legítimos. Las disposiciones del testador o de la ley en cuanto a la distribución de los bienes hereditarios sólo puede aplicarse sobre ese acervo líquido de que trata la última frase del artículo mencionado.*

5. *En desarrollo de lo expuesto, el partidor ha debido proceder así: restar del acervo bruto tanto los impuestos pagados y los gastos sucesorales efectuados por la viuda como la porción conyugal que a ésta correspondía por ser pobre, y luego sí dividir el saldo (acervo líquido) por cuartas partes, una para la citada cónyuge por cuenta de su asignación testamentaria y las tres restantes para pagar a los hijos naturales su legítima efectiva. En esa forma se acataban las normas legales atrás citadas y además lo que estatuyen los artículos 1236 y 1237.*

Este último dispone que "Si el cónyuge sobreviviente hubiere de percibir en la sucesión del difunto, a título de donación, herencia o legado más de lo que le corresponde a título de porción conyugal, el sobrante se imputará a la parte de los bienes de que el difunto pudo disponer a su arbitrio". Este artículo indica muy claramente que el cónyuge sobreviviente, sobre la base que exige el artículo 1230 y en sucesión testada desde luego, puede recibir simultáneamente porción conyugal y la cuarta de libre disposición, en todo o en parte.

El expositor Carrizosa Pardo confirma lo que acaba de exponerse cuando dice: "Pero es positivo que el causante puede asignar al cónyuge, en calidad de asignación voluntaria, la parte de bienes que a bien tenga, dentro de los límites de que puede disponer libremente. La asignación forzosa no se opone a la voluntaria. Para asentar esta consecuencia sirve el artículo 1237, cuyo propósito no es otro sino declarar que lo atrás estatuido no es óbice para que una persona pueda instituir a su consorte en todo aquello en que

tiene facultad para disponer sin violar otros derechos''.

Y más adelante, para aclarar la aparente contradicción que existe entre el artículo 1237 y los artículos 1234 y 1235, agrega: ''La dificultad se suelta entendiendo que cuando el causante asigna al cónyuge más de lo que vale su porción, ha de imputar ese valor a porción hasta concurrencia de su valor teórico y lo que exceda puede exigirlo de la parte de libre disposición. Lo prohibido al cónyuge es pretender cobrar porción íntegra, y además de ella, cobrar también la asignación que se le haga, si el valor de estas dos cosas, asignación más porción exceda del monto de la porción misma más la parte libre'' (las sucesiones, 3ª edición, Bogotá, Librería Voluntad, número 382, páginas 372 y 373). En el mismo sentido se pronunció la Corte en sentencias del 3 de septiembre de 1895 (XI, página 51) y del 20 de noviembre de 1973 (CXLII, página 134).

En esta última se dijo que el artículo 1237 del Código Civil, que por posterior y especial debe aplicarse preferentemente al 1234 (Ley 57 de 1887, artículo 5º), ''manda que si el cónyuge sobreviviente hubiere de percibir en la sucesión del difunto, a título de donación, herencia o legado, más de lo que le corresponde a título de porción conyugal, el sobrante se imputará a la parte de los bienes de que el difunto pudo disponer a su arbitrio''. En otras palabras, dicho precepto permite que, cuando el testador asigna a su cónyuge, bien por donación, herencia o legado, bienes que exceden el valor de la porción conyugal a que éste tiene derecho, ese sobrante se le paga con imputación o afectación a la cuarta de libre disposición, si así lo ordena expresamente el testador, luego en tales casos, se repite, el cónyuge sobreviviente ... además de la porción conyugal puede recibir, como lo mandó la memoria testamentaria del premuerto, la parte de que él podía disponer libremente; de lo contrario al cónyuge sobreviviente se le colocaría en inferioridad de condiciones a un extraño, lo que no es concebible ...''.

En consecuencia, partidor, juez y Tribunal dejaron de aplicar las normas legales atrás comentadas, e interpretaron erróneamente también lo resuelto por la Corte cuando se refirió a la legítima efectiva que correspondía a los hijos, al haber considerado que la cónyuge sobreviviente sólo tenía derecho a la cuarta de libre disposición sobre un activo líquido mal computado, como que para integrarlo no se había deducido previamente la porción conyugal que ordena el artículo 1016, en todos los órdenes hereditarios, exceptuando el de los descendientes legítimos.

Lo expuesto lleva a concluir, haciendo caso omiso de ciertos defectos de técnica de que adolece la demanda, que el Tribunal dejó de aplicar en este caso los artículos 1016 y 1242 (artículo 23 de la Ley 45 de 1936) y que por tanto el cargo en estudio debe prosperar.

Debe, pues, casarse la sentencia impugnada y proferirse en instancia la que haya de reemplazarla, para lo cual no hay obstáculo legal alguno como que la actuación no revela ningún vicio y los presupuestos procesales no merecen reparo, como no lo merece tampoco la legitimación en causa de los contendientes.

Como fundamento jurídico de la decisión de la Corte sirven todas las consideraciones expuestas al despachar el cargo que prosperó.

De consiguiente, 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 impugnada y a cambio, en grado de instancia, REVOCA la sentencia de primer grado y en su lugar,

Resuelve:

1º DECLÁRASE probada la objeción que formuló la cónyuge sobreviviente al trabajo de partición de los bienes sucesorales de Francisco Echeverri Mejía;

2º En consecuencia, ordénase al partidor que dentro de los dos meses siguientes al auto de obedézcase y cúmplase que dicte el juzgado del conocimiento, rehaga el trabajo respectivo con sujeción a lo que disponen los artículos 1016, 1236 y 1242 (Ley 45 de 1936, artículo 23) del Código Civil y a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Parágrafo. El partidor deberá deducir previamente del acervo bruto inventariando las bajas que ordena el artículo 1016 del Código Civil, tales como los impuestos y gastos que sufragó la cónyuge sobreviviente y la porción conyugal computada como lo ordena el artículo 1236 ibídem, es decir, la cuarta parte del saldo así obtenido. Cumplido lo anterior, dividirá el resto en cuatro partes, una para la cónyuge por concepto de la cuarta de libre disposición, y las otras tres para pagarle a los hijos sus legítimas efectivas.

3º CONDÉNASE en las costas de ambas instancias a José Argemiro y Gerardo Antonio Mejía. Sin ellas ante la Corte.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen.

Alberto Ospina Botero, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Ricardo Uribe-Holguín.

Luis H. Mera Benavides
Secretario.

RESOLUCION DE CONTRATO

Para que pueda declararse desistido el contrato por mutuo disenso tácito requiérese que del comportamiento de ambos contratantes frente al cumplimiento de sus obligaciones pueda naturalmente deducirse que su implícito y recíproco querer es el de no ejecutar el contrato. Técnica de casación: por su propia naturaleza cada uno de los tres únicos conceptos de violación de normas de derecho sustancial excluye que la misma norma pueda ser infringida al mismo tiempo por dos conceptos diferentes.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., septiembre 20 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 13 de octubre de 1977, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

I
El litigio

1. En demanda corregida, que se admitió por auto del 31 de marzo de 1976, Francisco Barragán demandó ante el Juez Civil del Circuito de Espinal a Dimas Alberto Gómez para que, previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía, se declarase resuelto, por incumplimiento del demandado, el contrato de promesa de compraventa de la finca "Moyas viejas", celebrado el 6 de agosto de 1974, autorizando al demandante para hacer suya la suma de $ 80.000 que el incumplido le había entregado a título de arras; para que, en consecuencia, se condenara al demandado a restituirle, dentro de 6 días a partir de la ejecutoria de la sentencia, el inmueble dicho; para que se declarase que él no está obligado a devolver al demandado la suma de $ 120.000, recibida como parte del precio prometido, pues se compensa con el valor de los frutos que la finca ha producido desde el 6 de agosto de 1974, fecha desde la cual está en poder de Gómez, y, finalmente, para que éste fuese condenado al pago de los perjuicios que le ha causado con el incumplimiento del contrato de promesa.

2. Los hechos fundamentales de la demanda consisten en que demandante y demandado, aquél como prometiente vendedor y éste como prometiente comprador, ajustaron contrato de promesa de compraventa de la finca "Moyas viejas", singularizada en el hecho 2º de la demanda, contrato que se consignó en escrito que suscribieron en Chicoral el 6 de agosto de 1974, fecha en que se hizo entrega material del predio a Gómez. El precio acordado fue el de $ 400.000, pagadero así: $ 80.000 de contado que, en caso de retracto o incumplimiento, los perderá el comprador; $ 120.000 representados en cheque que debía cobrarse el 30 del mismo agosto, y los $ 200.000 restantes "representados en letra de cambio con vencimiento el día 30 de agosto de 1975, pagadera en el acto de firmar la escritura de venta respectiva y descontada la letra que el vendedor firmará a favor del comprador por concepto de una suma de dinero que este último pagará a la Caja de Crédito Agrario, Oficina de Chicoral, por cuenta del vendedor, en el mes de enero de 1975, por abono en la deuda existente en esta entidad a cargo del vendedor". La correspondiente escritura pública debía otorgarse a las 9 de la mañana del 30 de agosto de 1975 en la Notaría de El Guamo.

De las obligaciones contraídas, el demandado Gómez no cumplió con la de pagar a la Caja de Crédito Agrario la suma de $ 115.800, a que ascendía para entonces el saldo de la deuda que con esa entidad tenía contraída el demandante,

pues Gómez sólo había abonado para el 30 de agosto de 1975 la cantidad de $ 29.066.90, aunque oportunamente hizo otro abono por valor de $ 13.097.00.

3. Con oposición del demandado, quien propuso expresamente la excepción de contrato no cumplido, se adelantó la primera instancia que finalizó con sentencia del 7 de febrero de 1977, que declaró resuelto el contrato de promesa de compraventa "por disentimiento de ambas partes" y ordenó al demandado restituir al demandante la finca "Moyas viejas" y la suma de $ 85.000 anuales, por concepto de frutos, a partir del 19 de agosto de 1974. A su vez condenó al demandante Barragán a restituir a Gómez, con sus intereses, los contados que recibió a cuenta del precio de la venta prometida y negó las demás peticiones de la demanda.

La parte demandada, entonces, apeló de la anterior decisión que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, al desatar el recurso, revocó por medio de su fallo del 13 de octubre de 1977 en que, además, denegó todas las peticiones de la demanda. Así las cosas, el demandante interpuso el recurso de casación que ahora se decide.

II
Fundamentos de la sentencia del ad quem

Básase el fallo sustancialmente en que como la prosperidad de la acción resolutoria, a más de que se trate de contrato bilateral y que el demandado haya incumplido, así sea en parte, sus obligaciones, presupone que el demandante haya satisfecho las suyas o allenádose a cumplirlas, no podrá acogerse la demanda, pues no existe prueba de que el demandante se hubiera allanado a otorgar la escritura pública de compraventa el 30 de agosto de 1978, como era su deber, hecho que él debía probar como lo exigen los artículos 174 y 177 del Código de Procedimiento Civil y 1757 del Código Civil. Como el demandante no se presentó en el lugar y tiempo debido a otorgar esa escritura "es imperioso concluir que no cumplió su obligación ni estuvo pronto a cumplirla" y, por tanto, no puede ejercer airosamente la acción de resolución, reservada para quien fue fiel a sus compromisos. Si Montealegre no satisfizo sus obligaciones y el demandado también incumplió "no puede ser considerado en mora, en virtud del principio consagrado en el artículo 1609 del Código Civil", no obstante que es bilateral el contrato de promesa aquí debatido.

III
La demanda de casación

Cargo único se formula contra la sentencia del Tribunal a la que se atribuye violación de los artículos 1546, 1602 y 1609 del Código Civil por interpretación errónea; del artículo 1609 ibídem, por aplicación indebida; y de los artículos 1546, 1602 y 1625 de la misma obra por falta de aplicación.

Dice el censor que para el Tribunal, la acción consagrada en el artículo 1646 sólo puede prosperar cuando únicamente el demandado ha incumplido el contrato, de lo que se desprende que si el incumplimiento fue bilateral "los contratantes permanecerán formal e indefinidamente vinculados sin que ninguno de ellos pueda solicitar ni la disolución del nexo ni la ejecución de las prestaciones surgidas de él, pues en ambos casos su acción estaría enervada por la *exceptio non adimpleti contractus*", sin reparar en la injusticia que ello comporta y en el enriquecimiento sin causa que así puede patrocinarse.

Luego expresa la censura, con apoyo en las sentencias de la Corte de 23 de septiembre de 1974 y 13 de noviembre de 1975, que cuando, como en la especie de este litigio, existe recíproca y simultánea inejecución o incumplimiento de ambos contratantes, tal suceso debe entenderse como expresión tácita del mutuo disenso que permite declarar, por esa causa, disuelto o desistido el contrato.

De esa manera —dice el censor— es evidente la viabilidad de la acción resolutoria del contrato bilateral o de prestaciones correlativas para cualquiera de las partes, tanto a favor de la que cumplió lo suyo, frente a la parte incumplida, con indemnización de perjuicios, cual lo previene expresamente el artículo 1546 del Código Civil, como a favor de los dos, en el caso de incumplimiento de ambas, pues dicho incumplimiento mutuo ha de ser entendido rectamente como una retractación por conducta omisiva, manifestación inequívoca de su disentimiento o desistencia del contrato en que se habían empeñado, con igual deber restitutorio, pero sin indemnización de perjuicios, habida consideración de su conducta similar (artículo 2357 del Código Civil).

"O sea que, con una hermenéutica sana, atenida al sistema normativo en su plenitud, la jurisprudencia distinguió entre la resolución y la ejecución alternativas, seguidas de condena indemnizatoria, a instancia del contratante cumplido y a cargo del incumplido (artículos 1546 del Código Civil y 1609 del Código Civil), y la

mera resolución, confirmatoria del desistimiento de ambas partes, pedida por cualquiera de ellas, en el evento de que las dos hayan manifestado su propósito de retractación dejando de cumplir las obligaciones a su cargo derivadas del contrato (artículos 1602 y 1625, en consonancia con el 1546 del Código Civil).

"Aquí, prescindiendo de que el promitente comprador demandado faltó primero a sus deberes, para observar tan sólo el hecho escueto de que ni él ni el promitente vendedor cumplieron con su obligación de celebrar el contrato de compraventa prometido en el tiempo y lugar convenidos, aparece de manera inequívoca una actitud negativa de los dos frentes al contrato de promesa, disuelto así por desistencia mutua, que debe ser reconocida y declarada por la jurisdicción, so pena de dejarlos injustamente unidos a un yugo jurídico y moralmente insoportable, cuya subsistencia significaría un despojo para el señor Barragán, privado de su inmueble sin posibilidad de reclamar del señor Gómez el precio correspondiente.

"Ahora bien, como quiera que el Tribunal interpretó equivocadamente los artículos 1546, 1602 y 1609 del Código Civil, a contrariedad de la jurisprudencia mejor y última, invocada por el juzgado, y por ello, aplicó indebidamente el artículo 1609 del Código Civil y dejó de aplicar los artículos 1546, 1625 del Código Civil al declarar la excepción de contrato no cumplido y, consecuencialmente, la resolución impetrada y la vuelta de las cosas al *status quo ante*, pido se case su sentencia para que, seguidamente, en instancia, se confirme la del juzgado.

Consideraciones de la Corte

1. *Es cierto, como lo sostuvo el Tribunal con soporte en la doctrina jurisprudencial, que para el afortunado ejercicio de las acciones alternativas consagradas en el artículo 1546 del Código Civil para los contratos bilaterales en que uno de los celebrantes no ha sido fiel a sus compromisos, en principio debe demostrar el demandante que, por su parte, cumplió las obligaciones que contrajo por el contrato o que se allanó a cumplirlas. Pero también es verdadero lo que pregona el casacionista relativo a que el incumplimiento bilateral no impide el ejercicio de la acción resolutoria, como parece sostenerlo el Tribunal, siempre que del comportamiento de las partes pueda colegirse intención mutua de no llevar adelante el contrato, ánimo tácito de desistirlo. En este último caso, como lo ha sostenido la doctrina, para que pueda declararse desistido el contrato por mutuo disenso tácito, requiérese que del comportamiento de ambos contratantes frente al cumplimiento de sus obligaciones, pueda naturalmente deducirse que su implícito y recíproco querer es el de no ejecutar el contrato, el de no llevarlo a cabo. No basta pues el recíproco incumplimiento, sino que es menester que los actos u omisiones en que consiste la inejecución sean expresivos, tácita o expresamente, de voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato, pues si el incumplimiento de uno tiene causa justificada en el del otro, es decir, si aquél condiciona con derecho su cumplimiento a la previa prestación de las obligaciones de su contraparte, entonces su proceder no podría entenderse como propósito de desistir del contrato.*

Como en el caso que se decide, el Tribunal no mencionó esta característica, aunque haya aceptado que ambos contratantes faltaron a sus compromisos, no podría tener prosperidad el cargo, desde luego que fue formulado por la vía directa.

Además, dejando de lado lo dicho, el ataque no franquearía la puerta de ingreso a estudiarlo en el fondo, pues no obstante tratarse de un cargo único, en él se denuncia quebranto de los artículos 1546 y 1602 del Código Civil simultáneamente por interpretación errónea y falta de aplicación, y del artículo 1609 siguiente por interpretación errónea y aplicación indebida.

Por su propia naturaleza cada uno de los tres únicos conceptos de violación de normas de derecho sustancial excluye que la misma norma pueda ser infringida al mismo tiempo por dos conceptos diferentes. Si la interpretación errónea, en casación ocurre cuando el fallador da aplicación *a la norma* pertinente *para decidir el caso controvertido, pero con sentido y alcance de que el precepto carece, síguese que simultáneamente no puede violar esa misma norma por* falta de aplicación, *pues si la norma fue interpretada erróneamente, necesariamente tuvo que* ser aplicada. *Y al mismo tiempo no puede transgredirse un mismo precepto por errónea interpretación y aplicación indebida, porque comportando aquel yerro hermenéutico aplicación de norma* pertinente, *a la vez no puede alegarse aplicación indebida porque ésta sólo se da cuando se hace actuar norma* impertinente.

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 13 de octubre de 1977, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en este

proceso que suscitara Francisco Barragán Montealegre frente a Dimas Alberto Gómez.

Sin costas en casación, porque el recurso dio lugar a rectificación doctrinaria.

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

Alberto Ospina Botero, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Ricardo Uribe-Holguín.

Luis H. Mera Benavides
Secretario,

CADUCIDAD DE LA ACCION CAMBIARIA DERIVADA DEL CHEQUE

Son distintos los presupuestos de la caducidad de la acción cambiaria, derivada del cheque, según ésta se dirija: a) contra el librado o sus avalistas, y b) contra los demás signatarios.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., septiembre 22 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

Entrase a decidir el recurso de casación interpuesto por el demandante Juan Francisco Vargas Sánchez, contra la sentencia de 30 de mayo de 1977, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario promovido contra Miguel Charria y Luis Helí Campos.

I
El litigio

1. En demanda admitida por auto de 4 de septiembre de 1975, Juan Francisco Vargas llamó a proceso ordinario a Miguel Charria y Luis Helí Campos, para que se declarase que la acción cambiaria de regreso estaba absolutamente caducada y, por ende, extinguida la acción cambiaria contra el secundariamente obligado, cuando se notificó el mandamiento de pago al demandante o cuando se presentó la demanda ejecutiva que, como endosatario al cobro de Luis Helí Campos, propuso el doctor Miguel Charria con fundamento en el cheque número 269317 contra el Banco de Bogotá, girado por Hernando Ruiz por la suma de $ 375.000.00 fecha posdatada del 3 de noviembre de 1973. Consecuencialmente, para que se declarase que, por efecto de la caducidad, el demandante no se hallaba secundariamente obligado a pagar suma alguna por concepto del cheque que sirvió de base al proceso ejecutivo que luego fue declarado totalmente nulo. Para que se declarase "absolutamente nulo o, en su defecto, totalmente inexistente, sin efectos jurídicos" el contrato de mutuo contenido en la escritura 6453 pasada ante el Notario 14 del Círculo de Bogotá el 14 de diciembre de 1974, en que el demandante dijo recibir de Miguel Charria un préstamo por la suma de $ 500.000 y consecuencialmente anular el contrato de hipoteca a que hace alusión la cláusula 9ª de la misma escritura y ordenar la cancelación del gravamen y, finalmente, para que se condenase al demandado Charria a devolver al demandante la suma de $ 25.000 que éste pagó indebidamente a aquél como honorarios en proceso que se declaró nulo.

Subsidiariamente Vargas pidió que, de no prosperar la pretensión de nulidad absoluta del contrato de mutuo, se declarase su rescisión "por error en el negocio" y la consiguiente cancelación del gravamen hipotecario.

2. Los hechos de la *causa petendi* son:

Juan Francisco Vargas autorizó a Luis Helí Campos para vender unas joyas de su propiedad a Hernando Ruiz, quien con la aquiescencia de aquél, que lo conocía como persona solvente y cumplida, ofreció pagarlas con cheques posdatados. Realizado el negocio, el comprador Ruiz para pagar el precio giró a favor de Vargas varios cheques, entre los que se contaba el número 269317 a cargo del Banco de Bogotá por la suma de $ 375.000, posdatado para el 3 de noviembre de 1973. Siendo el dueño de las mercancías Luis Helí Campos y, por tanto, acreedor del precio de las mismas, Vargas le endosó este cheque, que fue presentado para el pago al Banco girado el 26 de octubre de 1976, porque el día anterior había muerto el girador Hernando Ruiz; el Banco negó el pago alegando que la firma de éste no era igual a la registrada.

Así las cosas, el endosatario Campos a su vez endosó para el cobro el cheque al doctor Miguel Charria, quien, a pesar de saber la muerte del girador, inició contra éste acción ejecutiva, con

olvido de lo que disponen los artículos 1434 del Código Civil y 153 del de Procedimiento. En el respectivo proceso ejecutivo que se tramitaba ante el Juez Veintidós Civil del Circuito de Bogotá, se embargaron bienes del deudor fallecido, suficientes para el pago de las obligaciones demandadas. Pero como la parte ejecutada propusiera la nulidad de lo actuado por violación de los textos antecitados, el Tribunal, en providencia de 16 de abril de 1975, la decretó en segunda instancia a partir del auto de mandamiento de pago contra Hernando Ruiz.

Previendo los efectos de este vicio, en escrito de 20 de mayo de 1974, el tenedor del cheque antes de que el proceso fuera anulado, "corrigió la demanda inicial pidiendo que se librara mandamiento de pago contra Hernando Ruiz y Juan Francisco Vargas". Entonces, por auto de 5 de agosto de 1974 se libró orden de pago contra éste.

Los demás hechos de la *causa petendi* los relata así el demandante:

"11. Con fecha 29 de noviembre de 1974 el Juzgado Veintidós Civil del Circuito, después de las cinco de la tarde, se presentó en la casa de habitación de mi mandante —calle 62 números 4-37 y 4-47— con el fin de secuestrar todos los bienes muebles allí existentes.

"12. Pasadas las seis de la tarde del día precitado, al llegar a su casa el señor Vargas Sánchez, hizo entrar al juzgado que pretendía allanamiento, y allí le notificaron el mandamiento de pago. Impresionado y ante la sorpresa de la situación que se le presentaba, cierta presión del juzgado, con el fin de evitar el secuestro de valiosos bienes muebles, existentes en su residencia, aceptó pagar al doctor Charria Parra, la suma de $ 25.000.00, dizque como honorarios profesionales y costas del proceso, y girar un cheque por $ 500.000.00 para garantía de la deuda.

"13. Mi mandante jamás tuvo conocimiento de que con fecha 26 de octubre de 1973 el cheque que se relaciona en esta demanda no había sido pagado por el Banco, alegando el pretexto de la firma. Sólo tuvo conocimiento de esa situación con fecha 29 de noviembre de 1974, cuando la acción cambiaria de regreso había caducado totalmente, y en razón de ello ni siquiera podría librarse mandamiento de pago. La obligación cambiaria, en el evento de que existiera, toda vez que mi mandante fue un simple comisionista, se había extinguido en virtud del fenómeno de la caducidad prevista en el artículo 787 y demás concordantes del Código de Comercio.

"14. El ejecutante doctor Charria, indujo en error a mi mandante, en el momento del secuestro, al decirle que si pagaba quedaba subrogado en un crédito, sin tener en cuenta que el proceso estaba afectado de nulidad, como consecuencia de los errores procesales cometidos por dicho ejecutante.

"15. Como consecuencia de que el proceso fue declarado totalmente nulo, el juzgado negó que mi mandante pudiera declararse subrogado en el crédito cobrado ejecutivamente, y como consecuencia de los errores de procedimiento cometidos en el trámite del ejecutivo, que conllevaron la declaratoria de nulidad, la obligación cambiaria caducó frente a los herederos de Hernando Ruiz.

"16. A instancia del doctor Charria, mi mandante suscribió la Escritura pública número 6453 de fecha 23 de diciembre de 1974, Notaría Catorce de este círculo notarial, en cuya cláusula primera se dice: 'Juan Francisco Vargas Sánchez, quien en adelante se denominará el deudor, se reconoce y constituye deudor de Miguel Charria Parra, quien en lo sucesivo se llamará el acreedor, por la suma de quinientos mil pesos ($ 500.000.00) moneda corriente, que dicho señor tiene recibidos hoy en calidad de mutuo o préstamo, por el término de un año, contado a partir de la fecha del presente instrumento'.

"17. Para garantizar el cumplimiento de un contrato de mutuo totalmente inexistente, mi mandante gravó con hipoteca un departamento de su propiedad ubicado en la calle 62 y distinguido con los números 4-37 y 4-47 de esta ciudad.

"18. El pretendido contrato de mutuo contenido en el instrumento antes aludido es totalmente nulo e inexistente, por la razón de que mi mandante jamás ha recibido, ni recibió el 23 de diciembre de 1974, a título de mutuo o préstamo de manos del doctor Miguel Charria Parra, la suma de quinientos mil pesos moneda legal corriente. El mutuo es contrato real, y si no existe la entrega de la cosa mutuada, el contrato no tiene existencia en los términos del artículo 2222 del Código Civil.

"19. La hipoteca constituida es también totalmente nula, por ausencia de la obligación principal.

"20. Y si se alegare que dicho mutuo corresponde al valor del cheque que se examinó en primer término, se demuestra con mayor nitidez la ausencia del contrato, la ausencia de causa, la falta de causa, la ausencia del objeto material de la prestación, o la rescisión como consecuencia

de un error en el negocio en los términos del artículo 1510 del Código Civil se pretende también el pago de lo no debido y el correspondiente enriquecimiento sin causa".

3º La primera instancia se adelantó con oposición de los demandados de los cuales Campos asevera que es falso que haya comisionado a Vargas para vender sus joyas a Ruiz, pues el negocio de compraventa lo celebró él directamente con Vargas, quien actuó entonces como comprador y no comisionista. Terminado el rito, se dictó sentencia de primer grado, por medio de la cual se ordenó a Miguel Charria devolver a Vargas la suma de $ 25.000 y de las demás pretensiones fueron absueltas los demandados.

Apelada esta decisión por la parte demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante fallo de 30 de mayo de 1977, la confirmó. Entonces el mismo apelante interpuso el recurso de casación que ahora se desata.

II

Bases de la sentencia del ad quem

Después de observar que en la demanda existe acumulación de pretensiones, el Tribunal inicia su estudio por la principal que, con fundamento en el artículo 787 del Código de Comercio, pretende la declaración de caducidad de la acción cambiaria de regreso del cheque 269317 girado por Hernando Ruiz para cuando Miguel Charria inició el proceso de ejecución o para cuando se notificó a Vargas el mandamiento de pago, por lo cual éste no estaba secundariamente obligado a pagar el cheque.

Precisa el *ad quem* que como ese título-valor era pagadero en la misma plaza en que fue expedido, debía presentarse para su pago al banco librado dentro de los quince días siguientes a su fecha, pues, de otro modo, siempre que durante este término hubiera tenido el librador fondos suficientes para el pago en poder del banco y el cheque hubiera dejado de pagarse por causa no imputable al librador, *caducaría* la acción cambiaria contra éste y sus avalistas. Que la simple falta de presentación a protesto oportunos hace caducar la acción del tenedor contra los demás signatarios, como el endosante, aunque el librador no haya tenido fondos suficientes en el banco durante todo aquel lapso. Que si no obstante haber caducado el cheque, el juez libra mandamiento de pago, el ejecutado puede proponer la excepción de caducidad. Que, de otro lado, a pesar de la caducidad, si el cheque se presenta para el pago dentro de los seis meses siguientes a su fecha y existen fondos en poder del banco librado, éste puede pagarlo, como lo autoriza el artículo 721 del Código de Comercio.

Luego expresa que como las acciones cambiarias derivadas del cheque, según lo dispone el artículo 730 ibídem, *prescriban* pasados seis meses, contados para el último tenedor desde la presentación, y para los endosantes y avalistas desde el día siguiente a aquél en que pagaron el cheque, debe concluirse que el banco librado, tratándose de prescripción, no puede pagar el cheque, a pesar de que el librador tenga fondos a su disposición, en tanto que cuando se trata solamente de caducidad no le está prohibido pagarlo. Además, "quien paga un cheque caducado tiene acción contra los otros obligados, según lo previene el artículo 785" que allí transcribe.

"Si uno de los obligados ha cancelado un cheque prescrito, los efectos son diferentes que en el caso de la caducidad, pues entonces se ha incurrido en el pago de una obligación natural, rigiendo al respecto las normas previstas en el Código Civil.

"En la caducidad que ataca la acción y no el derecho, y ello es así que estando caducada la acción de un cheque no impide que el librado pague la obligación, tal pago no es inválido. Surte todos sus efectos, así persista la acción de quien hizo el pago contra los demás obligados.

"En la prescripción no sólo se extingue la acción sino el derecho, por tanto ni se paga un cheque prescrito, se entiende cancelada una obligación natural y como tal quien ha pagado no tiene acción de repetición contra los demás obligados, pues al respecto rigen las normas contenidas en los artículos 1527 y siguientes del Código Civil, a falta de norma expresa dentro del Código de Comercio.

"La primera de las normas dice que las obligaciones son civiles y naturales, siendo las primeras aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento, y naturales las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que '... cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado en pago, en razón de ellas'. Entre estas últimas están las obligaciones civiles extinguidas por prescripción".

Con estos supuestos doctrinales, expresa el Tribunal que analizadas en conjunto las pruebas aducidas, resulta que el cheque posdatado girado por Hernando Ruiz fue protestado el 26 de octubre de 1973 por no ser la firma de éste igual a la registrada, protesto que resulta ser oportuno, pues en los cheques posdatados su fecha es la de

presentación, cuando ésta se realiza antes, por lo cual "no puede afirmarse en forma alguna que haya *caducado* la acción cambiaria de regreso"; que, en cambio, cuando el cheque fue pagado por Juan Francisco Vargas, el 29 de noviembre de 1974, día en que también le fue notificado el mandamiento de pago, la acción de Miguel Charria, su último tenedor, estaba prescrita, aunque no caducada, pues habían pasado más de 6 meses contados a partir de su protesto, según lo dispone el artículo 730 ibídem.

De lo anterior concluye el Tribunal que Vargas "canceló un cheque en tales condiciones, mas en razón de lo preceptuado por el inciso 3º *in fine* del artícuo 1927 del Código Civil no puede pedir la restitución, —a lo que equivaldría la declaración de prescripción en este proceso, si cupiera tan amplia interpretación de la demanda— por cuanto el pago lo hizo voluntariamente.

"En efecto. Consta en las copias tomadas del ejecutivo donde se efectuó el pago que el demandado tuvo oportunidad de conocer el título ejecutivo y las obligaciones de él emanadas en el acta de la diligencia de secuestro efectuada el 29 de noviembre de 1974, pues se refirió expresamente al título ejecutivo, dando detalles respecto del contrato que lo originó y luego procedió a formular un acuerdo 'amistoso', creando nuevos títulos, así como una obligación hipotecaria para cubrir el valor de la ejecución, todo con base en una liquidación extrajudicial que fue puesta en conocimiento del juez. En la misma diligencia manifestó el demandante que 'se ha enterado del contenido del mandamiento de pago y que en virtud de ello se da por notificado del mismo...', luego tuvo oportunidad de proponer las excepciones correspondientes a lo cual no procedió. No existe prueba alguna tendiente a establecer que dicho pago no lo hubiera hecho libremente, en uso de sus plenas facultades legales. El demandante no confesó tal circunstancia y de las declaraciones rendidas por Libia Mercedes Rodríguez y Rafael María Gómez Vargas no se deduce que el entonces demandado Vargas hubiera sido impelido a efectuar el pago mediante la creación de los nuevos títulos mencionados. Por tal razón, si se pensara en interpretar la demanda, declarando la prescripción y no la caducidad de la acción cambiaria del último tenedor, ello no tendría la virtualidad pretendida por el demandante de invalidad del pago, así como los actos subsiguientes que se originaron en dicho acto.

"Por lo expuesto anteriormente, la pretensión principal que tiende a que se declare la caducidad de la acción cambiaria contenida en el cheque mencionado, no puede prosperar.

"Por la razón anotada, las pretensiones consecuenciales a la anterior, tampoco pueden prosperar".

Finalmente el sentenciador manifiesta que, por cuanto no hay prueba de que Miguel Charria haya inducido en error a Vargas o de que actuara con dolo o violencia para obtener el pago del cheque, no podrá declararse la rescisión del acto por el cual Juan Francisco constituyó hipoteca a favor de aquél; que las diligencias propias de la ejecución no pueden constituir vicio del consentimiento; que la nulidad del proceso no cobija la del título-valor que en él se cobraba, y que, de contera, el pago de un título prescrito no es error que pueda engendrar vicio del consentimiento, según lo preceptúa el artículo 1609 del Código Civil.

III
La demanda de casación

Seis cargos se enfilan contra la sentencia del Tribunal, lanzados en el ámbito del artículo 368-1 del Código de Procedimiento Civil, de los cuales se despacharán conjuntamente en primer término los relativos a la primera pretensión principal:

Cargo cuarto. Denúnciase violación por la vía directa de los artículos 624, 668, 691, 714, 718, 729, inciso 2º, 780, 782, 783, 787 y 882 por falta de aplicación, del artículo 717 por interpretación errónea y de los artículos 730 y 785 por aplicación indebida, todos del Código de Comercio.

Expresa el censor que la finalidad específica del cheque es servir de medio de pago en forma inmediata, pero que si se posdata adquiere la categoría de título de crédito, como lo afirma la doctrina italiana, por lo cual el tenedor del cheque posdatado, para que éste no deje de ser instrumento de pago, tiene que presentarlo al banco librado en los plazos señalados por el artículo 718 del Código de Comercio. Que como el cheque pagadero en el lugar de su expedición debe de presentarse dentro de los quince días a partir de su fecha, es decir, del momento de su creación, cuando se pone en circulación. Que el tenedor del cheque que conoce su fecha simulada, debe presentarlo al banco para su pago dentro de los 15 días a partir de su expedición, pues de otro modo pierde la acción contra los obligados en vía de regreso. Que la fecha a tenor de lo dicho en el artículo 717 del Código de Comercio se tiene por no escrita cuando es simulada. Que quien acepta cheque posdatado acepta que al recibirlo no exista provisión de fondos.

De lo dicho concluye el censor que el tenedor de cheque en que aceptó la posdata, si no lo presenta dentro de los 15 días siguientes a su *expedición,* tácitamente renuncia a los derechos que nacen de ese título-valor y acepta que éste no es instrumento de pago, sino instrumento de crédito, como la letra de cambio. Por tanto, vencido el término de los 15 días, caduca la acción cambiaria contra los obligados de regreso (artículos 729, 787 y 829). Y sólo le queda la que tiene contra el librador. Que el Tribunal yerra cuando afirma que, en la especie de este pleito, por tratarse de cheque posdatado, su fecha es la de presentación al banco para pago, lo que resulta contraevidente, pues el librador había fallecido dos días antes (octubre 20 de 1973). De lo cual se sigue que el Tribunal interpretó erradamente el artículo 717 del Código de Comercio.

Repite luego que si el cheque se posdata, pierde la categoría de título-valor, pues aquella es contraria a la ley de circulación. Que como el beneficiario del cheque, Luis Helí Campos, lo había recibido con antelación mayor de dos meses a la fecha de presentación, ésta resulta haber ocurrido por fuera del término señalado en el artículo 718 citado, la acción cambiaria contra el endosante, que no fue más que un comisionista para vender, ya había caducado a tenor de lo dispuesto en el artículo 728 del Código de Comercio.

Arguye después el censor que aceptando que el cheque fue oportunamente presentado para el pago al banco, y se pregunta ¿qué responsabilidad cabe al endosante cuando el librado, a pesar de existir provisión de fondos, no lo paga? Contesta: como el endosante carece de vínculo con el banco librado y no es más que un garante de la solvencia del librador, cuando el banco se niega a pagar el cheque a pesar de existir fondos, entonces cesa la responsabilidad del endosante. Que, además, si el banco no paga, es necesario presentar el cheque al endosante para su pago, según se desprende de lo dispuesto en los artículos 624, 691 y 787 del Código de Comercio. Que la ley en ninguna parte dice que la presentación para el pago sólo tenga que hacerse al banco. Que en el caso debatido, la acción contra el endosante había caducado, pues sólo conoció el mandamiento de pago 13 meses después de su protesto.

Cargo quinto. Dice el censor que, a consecuencia de errores de hecho, el Tribunal violó indirectamente "los artículos 624, 658, 714, 717, 718, 780, 783, 787 y 882 del Código de Comercio, por falta de aplicación.

"Artículo 691 del Código de Comercio, por falta de aplicación.

"Artículos 729 y 730 del Código de Comercio, por aplicación indebida.

"Artículo 1627 del Código Civil, por aplicación indebida".

Luego el recurrente dice que el Tribunal no vio que de los hechos confesados por el ejecutante en su demanda, se deduce que ésta sólo fue dirigida contra Hernando Ruiz; que el cheque le fue endosado al cobro al ejecutante; que no hay duda de la firma del girador porque fue girado ante testigos y que el cheque es posdatado. Que el Tribunal no se percató de la corrección de la demanda ejecutiva presentada el 22 de mayo de 1974, por la que se pidió librar el mandamiento de pago contra Hernando Ruiz y también contra Francisco Vargas, sin tener de presente que el primero ya había fallecido. Que el Tribunal no se dio cuenta que por la anulación, en segunda instancia, del proceso ejecutivo, el cheque posdatado "quedó totalmente caducado y prescrito y que en razón de ello el señor Juan Francisco Vargas no podía ejecutar ninguna de las acciones previstas en los artículos 782, 783 y 785 del Código de Comercio, pues él no era tenedor del título". Que el Tribunal no vio que Charria, en el escrito de 17 de julio de 1975, expresa que "mediante la Escritura número 6453 Juan Francisco Vargas cumplió lo pactado en la diligencia de secuestro. En dicha escritura no se menciona tal diligencia —folio 98—, en razón de ello pide que se declare extinguida la obligación, de la parte que representa por haberse sustituido la obligación en los términos del artículo 1887 del Código Civil. Y si la obligación a cargo de Hernando Ruiz, se extinguió, ¿contra quién se dirigía el obligado de regreso? No lo explica el Tribunal. Se limita a decir que se pagó una obligación natural porque el cheque se hallaba prescrito. Es claro que para ejercitar las acciones previstas en el artículo 785 del Código de Comercio, la acción, ni la obligación cambiarias se extinguen, porque el obligado principal es el verdadero deudor. Los indirectamente obligados que paguen, se subrogan en ella por el sólo ministerio de la ley, conforme con los artículos 1658 y 1659 del Código Civil. Si alguien por error pagara un cheque caducado o prescrito, no existe la causa fundamental, se paga con fundamento en una falsa causa.

"No se percató el Tribunal, error de hecho, de que el Juzgado 22 Civil del Circuito, según autos que obran a los folios 79 vuelto y 81 vuelto del cuaderno 2º, negó la intervención del señor Juan

Francisco Vargas, en razón de que el proceso había terminado como consecuencia de la nulidad, que por consiguiente, si no se le aceptaba la subrogación, no podía ejercitar ninguna de las acciones previstas en los artículos 782, 783 y 785 del Código de Comercio.

"Erró de hecho el Tribunal, al no tomar nota de la partida civil de defunción de Hernando Ruiz, que demuestra que falleció el 20 de octubre de 1973, ni se percató que el cheque que obra a folios 12 y 12 vuelto del mismo cuaderno, tenía fecha 3 de noviembre de 1973. Ni se percató de que el girador tenía fondos suficientes, conforme con los extractos que obran a los folios 3 y siguientes, en los meses de septiembre y octubre de 1973. Ni que el cheque no se pagó por culpa del girador, sino por un pretexto del banco, pues el tenedor se hallaba seguro de que la firma era correcta. Ver hechos 4º, 5º y 7º de la demanda de folio 11.

"También erró de hecho el Tribunal, al no tomar nota de los interrogantes de parte de Luis Helí Campos y Juan Francisco Vargas Sánchez, que obran a los folios 95 y siguientes del cuaderno 2º y 10 del cuaderno 3º, de donde se infiere que Campos O., recibió el cheque unos dos meses antes del fallecimiento del girador y donde el primero expresamente dijo: 'Una de las principales causas o motivos para aceptar un cheque posdatado es o consiste en conocer al girador, su honorabilidad y su solvencia económica y también que la fecha para el cobro no sea muy larga y esto fue lo que sucedió con dicho cheque'. Folio 96 vuelto.

"Erró igualmente de hecho el Tribunal, al considerar que dentro de la diligencia de fecha veintinueve de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro, folios 48 vuelto y siguientes, se había pagado el cheque por la suma de trescientos setenta y cinco mil pesos ($ 375.000) cobrado ejecutivamente, cuando expresamente se habla allí del giro de un cheque en garantía de que se constituiría una hipoteca en prenda de la obligación cobrada ejecutivamente, en razón de una subrogación. Esa diligencia la desnaturalizó en su finalidad objetiva, toda vez que supuso la existencia de un pago de una obligación natural, la constitución de una hipoteca. La apreciación errada de esta diligencia, el error de hecho cometido al estimar la misma, fue la causa de todos los errores jurídicos de la sentencia censurada. Artículo 1670 del Código Civil aplicó en forma indebida el artículo 1626 del Código Civil a una situación que no existió".

De lo anterior concluye el censor que como el cheque posdatado para el tres (3) de noviembre de mil novecientos setenta y tres (1973), fue expedido dos (2) meses antes de morir el librador y que como sólo se presentó para el pago después de la muerte de éste, la acción cambiaria caducó frente al endosante Vargas. Expresa después que el ejecutante Charria, quien sólo era endosatario en procuración, e inició la ejecución contra Ruiz, principal deudor, el ocho (8) de noviembre de mil novecientos setenta y tres (1973), cuando éste ya había muerto y que contra el endosante, obligado de regreso, la ejercitó el veintidós (22) de mayo de mil novecientos setenta y cinco (1975) cuando corrigió la demanda, sin que a éste se le hubiera presentado para el pago el cheque después de que el Banco lo rechazó, la acción ya había caducado.

Finalmente, afirma que la acción había caducado por falta de oportuna presentación del cheque al obligado de regreso, pues el cheque para el endosante, una vez que el banco no lo paga, es un título de crédito, aunque no estuviera posdatado.

La Corte considera

Los dos cargos anteriores procuran demostrar que, para cuando el ejecutante Miguel Charria ejercitó la acción cambiaria de regreso contra Juan Francisco Vargas, endosante del cheque número 269317, ésta ya había caducado.

1. *Distintos son los presupuestos de la caducidad de la acción cambiaria, derivada del cheque, según ésta se dirija contra el librado o sus avalistas, o según se intente contra sus demás signatarios. Si el último tenedor, como sucede en el caso que se estudia, mueve la acción cambiaria contra quien le endosó el título-valor (endosante que es también obligado de regreso) con fundamento en que el cheque fue protestado por el banco girado al ser presentado para su pago en la oportunidad señalada por el artículo 718, la acción cambiaria es perfectamente viable desde este punto de vista, pues la que brota del cheque, como lo estatuye el artículo 729* in fine *del Código de Comercio cuando se dirige contra signatario distinto del librador o sus avalistas, caduca por la simple falta de presentación o protesto oportunos, así en poder del banco no tuviera el librador por entonces fondos suficientes para el pago. Con otras palabras: la existencia o no de fondos suficientes en poder del Banco durante todo el plazo de presentación, ningún papel desempeña para efectos de la caducidad cuando la acción se dirige contra otros obligados indirectamente distintos del librador o sus avalistas; en tal circunstancia la caducidad opera por la*

simple falta de presentación o protesto oportunos.

Diferente es la situación cuando la demanda ejecutiva se dirige contra el librador o sus avalistas, pues en tal evento, para que se produzca la caducidad de la acción cambiaria, no basta que hayan pasado los términos que, para la presentación y protesto del cheque, señala el artículo 718 citado, sino que es menester también que durante todo ese lapso el librador haya tenido en el banco fondos suficientes para el pago y que éste haya dejado de hacerse por causa no imputable al librador.

Para saber si la acción cambiaria dirigida contra el endosante Juan Francisco Vargas estaba caducada cuando la ejercitó el endosatario al cobro, punto obligado de partida será determinar si el cheque se presentó y fue protestado oportunamente, es decir, dentro del término de 15 días que fija el artículo 718-1º del Código de Comercio.

2. Como en la especie de este litigio es un hecho que salta a la vista al de que al cheque, fundamento del recaudo ejecutivo, se le estampó posdata, es decir, fecha posterior a aquélla en que fue creado, para absolver los interrogantes que formula el recurrente es preciso tener de presente que es propio del cheque ser pagadero a la vista y que expresamente el artículo 717 del Código de Comercio estatuye que el posdatado siempre será pagadero a su presentación y que cualquier anotación que vaya en contra de este principio carece de valor por considerarse no escrita. Entonces cuando el librador gira uno posdatado y lo entrega al beneficiario, consiente, conforme a la ley de su circulación, que el último tenedor pueda presentarlo para el pago aun antes de la fecha estampada en él. Si el tenedor, pues, contrariando aparentemente los términos del cheque posdatado, lo presenta para su pago antes del día allí señalado, con ello no cambia arbitrariamente la forma de su circulación, sino que, por el contrario, se acomoda a la que lo rige, pues el artículo 717 citado terminantemente dispone que el cheque posdatado es pagadero a su presentación.

Síguese de lo anterior que, *en caso de cheques posdatados, su tenedor puede presentarlos oportunamente para el pago, en virtud de lo dispuesto en la parte final del artículo 717, en cualquier momento anterior a la fecha estampada en él o, según lo que prescribe el artículo 718-1º, dentro de los 15 días siguientes a su fecha. En todo caso, la acción cambiaria no puede caducar frente al endosante sino cuando falta la presentación o el protesto oportunos, es decir, cuando el cheque posdatado, en el caso contemplado por el artículo 718-1º, se presentó para su pago después de vencidos los quince días siguientes a la fecha que él ostenta.* Si precisamente al que se fecha con señalamiento de día posterior al de su creación y de su entrega, se le da el nombre de cheque posdatado, es palmario que no puede afirmarse, como lo sostuvo el Tribunal, que en esta especie de títulos-valores su fecha es la del día de la presentación para el pago, cuando ésta se realiza antes de la que indica la posdata. El inciso final del artículo 621 ibídem sólo permite tener como fecha del título-valor la del día de su entrega, cuando en él no se menciona la suya.

Lo dicho es estribo firme para concluir que la indicada en él es la fecha del cheque posdatado, sin perjuicio de que el tenedor pueda presentarlo para el pago aun antes de aquel día, porque los cheques de esa estirpe también son pagaderos a su presentación.

Descendiendo al caso de esta litis, se tiene: el cheque girado contra el Banco de Bogotá por Hernando Ruiz a la orden de Juan Francisco Vargas se post-fechó para el 3 de noviembre de 1973. No obstante ésto, Luis Helí Campos, a quien le fue endosado, lo presentó para el pago el 26 de octubre del mismo año, pero el banco librado lo protestó "por no ser la firma del librador igual a la registrada". En esas circunstancias, Luis Helí Campos lo endosó al cobro a Miguel Charria Parra, quien en tal carácter, inició la respectiva acción cambiaria, mas sólo contra el librador Hernando Ruiz; cuando ya se adelantaba la ejecución, en escrito de 20 de mayo de 1974 (folios 23 y 24 del cuaderno 2º) corrigió y adicionó la demanda para dirigirla también frente al endosante Juan Francisco Vargas, contra quien, por auto de 5 de agosto siguiente, se dictó mandamiento de pago que le fue notificado personalmente el 29 de noviembre siguiente (folio 26 del mismo cuaderno), fecha en que para pagar la obligación perseguida, sus intereses y costas judiciales giró cheques por valor total de quinientos veinticinco mil pesos ($ 525.000), como está detallado en la diligencia de secuestro que obra a folios 46 vuelto a 48 del cuaderno 2.

Resulta de lo expuesto, que si el cheque posdatado que giró Hernando Ruiz fue presentado para su pago y protestado antes de que vencieran los quince días siguientes a su fecha, la acción cambiaria ya no podía caducar, pues con tales sucesos quedaron definitivamente cumplidos los supuestos fácticos que impiden se produzca la caducidad de la acción cambiaria.

Los ataques cuarto y quinto deben, pues ser rechazados.

Primer cargo. Denúnciase en él violación directa "por aplicación indebida de los artículos 1527 (último inciso), 1687, 1689, y por falta de aplicación de los artículos 1688, 1693, 1626, 6º 1502, 1517, 1518, 1524, 1526, 1740, 1741, 2221 y 2222 del Código Civil, del 658 del Código de Comercio y 2º de la Ley 50 de 1936.

En desarrollo del ataque expresa el impugnante que el mutuo, cuya nulidad se demanda en las peticiones 3ª, 4ª y 5ª, es contrato real, unilateral y de enajenación, que se perfecciona con la tradición de la cosa; que faltando esta entrega verdadera, no existe el contrato de mutuo, por falta de una formalidad esencial, lo que produce su nulidad absoluta. Que Miguel Charria nunca ha entregado a Vargas la suma de $ 500.000, como sí se declara en la Escritura pública número 6453, ya que aquél no tenía en su fecha esos dineros. Que pretender que en esa escritura se contiene contrato por el cual se novó obligación natural, es tanto como desconocer ese instrumento; que, además, el endosatario en procuración no tenía facultad para transigir. Y que en esa escritura no hay constancia del *animus novendi.*

Para rematar dice el censor:

"No puede ser consiente, voluntario, a sabiendas de que un título-valor se hallaba prescrito, el pretendido pago y con el fin expreso de pagar una obligación natural, hecho por propia y libre iniciativa del deudor, cuando después de las seis de la tarde, con el pretexto de que se habilitó la hora judicial, se va a embargar los bienes muebles de una casa, y se hace constar en la diligencia, que habrá *subrogación.* Luego, nunca puede sostenerse jurídicamente que se novó una obligación natural, cuando el mismo demandado afirmó en tal diligencia que él no debía esa suma porque había sido un simple comisionista. El Tribunal violó en forma manifiesta los artículos 1527, último inciso y 1689 del Código Civil, en concordancia con el 1687, por aplicación indebida. Y menos puede pretenderse que tales situaciones, como ya se observó, quedaron incorporadas dentro del pretendido mutuo, negocio jurídico cuya nulidad absoluta se formuló y cuyo examen aludió el Tribunal con el pretexto también injurídico de que las peticiones 3ª y siguientes, eran consecuenciales de las dos primeras, cuando la finalidad fundamental del proceso es conseguir la *nulidad absoluta* del llamado contrato de mutuo, contenido en la Escritura número 6453 tantas veces mencionada, situación que se infiere con nitidez meridiana de los autos. En tal instrumento no se mencionan en absoluto, no sobra reiterarlo, las situaciones planteadas en la diligencia de secuestro. Folios 46 vuelto y siguientes, cuaderno 2º. En un contrato sólo pueden entenderse incorporados aquellos elementos que son de su *naturaleza*: no es de la naturaleza del mutuo con interés que al suscribir el instrumento que contiene el contrato allí se entienda incorporado que se pagó una obligación natural. Artículo 1501 del Código Civil. El proceso no se encaminó a *invalidar un pago,* como afirma erradamente el Tribunal, sino a que se declarara la *nulidad absoluta* del contrato de mutuo formalmente contenido en la Escritura número 6453 de 23 de diciembre de 1974, de la Notaría Catorce de Bogotá, por ausencia de los elementos materiales y formales que le son propios y esenciales. Allí no se habla de pago, sino de un *préstamo de dinero,* con interés, conforme con las reglas imperativas de los artículos 2221 y 2222 del Código Civil, normas violadas por el Tribunal, por falta de aplicación".

La Corte considera

1. A la violación de normas de derecho sustancial puede llegarse por dos vías distintas: por la indirecta, cuando el quebranto se produce como consecuencia de errores evidentes de hecho o de derecho en la apreciación o valoración de la prueba, y por la directa, cuando sin relación con el material probatorio, el fallador llega a quebrantarlas por aplicación indebida, por falta de aplicación, o por interpretación errónea.

La elección de la vía directa presupone, pues, conformidad del recurrente con el análisis que del material probatorio haya hecho el fallador, desde luego que si en el punto existe disparidad, la violación sólo podría ser el resultado de errores de hecho o de derecho cometidos por el Tribunal en el tratamiento de las probanzas.

Por tanto, si el ataque se origina en que la sentencia pasó por alto que lo demandado no fue la invalidación de un pago, sino la nulidad absoluta del contrato de mutuo contenido en la Escritura número 6453, por no haber existido entrega del dinero, entonces debió denunciarse quebranto por la vía indirecta, con señalamiento de la clase de errores cometidos por el Tribunal. Y si de lo que se duele el censor es de que el Tribunal eludió resolver sobre esa pretensión de nulidad, entonces el ataque debió apoyarse en la causal de incongruencia.

No puede, pues, atenderse esta impugnación.

Cargo segundo. En éste denúnciase quebranto de las mismas normas indicadas en el cargo an-

terior, por los mismos conceptos, pero ya por la vía indirecta con violación medio de los artículos 176, 195, 197 y 285 del Código de Procedimiento Civil, por falta de aplicación.

Dice el censor que cometió el Tribunal error de hecho al desnaturalizar en su fidelidad objetiva la diligencia de secuestro que obra a folios 46 vuelto y siguientes del cuaderno 2º, pues allí Juan Francisco Vargas dijo estar dispuesto a un arreglo amistoso, ya que no sabía que se le adelantaba ejecución, como quiera que no debía el dinero, puesto que firmó el cheque como comisionista en la venta de unas esmeraldas de propiedad de Luis E. Campos; que en la misma diligencia se manifestó que Vargas se subrogaba en la obligación, por lo cual todo abono que se hiciera a la deuda perseguida "se imputaría al pago de la hipoteca que constituirá Vargas en favor de Miguel Charria como endosatario al cobro" del cheque, fundamento de la ejecución. Que también erró el fallador cuando no se percató de la existencia en autos de la Escritura número 6453 en que Vargas y Charria declaran haber celebrado contrato de mutuo garantizado con hipoteca, por valor de $ 500.000 que aquel declaró recibidos de éste en esa fecha. "Erró de hecho el Tribunal al considerar que dentro de la diligencia de secuestro del 29 de noviembre de 1974, se pagó una obligación natural, sin existir ningún medio de prueba de donde pueda inferirse tal situación jurídica, al considerar que existió una novación —aceptando en forma implícita los argumentos del *a quo*—, sin existir tampoco ningún elemento de juicio para deducirlo, y cuando dijo que en tal diligencia se había creado, junto con los cheques que fueron girados 'una obligación hipotecaria para cubrir el valor de la ejecución', afirmación ésta que demuestra que no existió ningún pago de obligaciones naturales".

Más adelante expresa que como el demandado Charria no exhibió sus declaraciones de renta, al tenor de lo dispuesto en el artículo 285 del Código de Procedimiento Civil, quedó demostrado el hecho que se pretendía demostrar por tal medio: que Charria no tenía suma alguna de dinero para hacer préstamos, hecho confesado por éste en su declaración de parte de folio 9 del cuaderno 2º, la que no vio el Tribunal así como dejó de apreciar que Charria confesó no haber entregado la suma de $ 500.000 a Vargas.

"Probado se halla con la diligencia de exhibición, con las confesiones del doctor Charria P., en el interrogatorio de parte, con la misma contestación de la demanda, que el señor Juan Francisco Vargas Sánchez, el 23 de diciembre de 1974, no recibió la suma de $ 500.000 moneda corriente, como reza la escritura que obra al folio 98 del cuaderno 2º, que el pretendido acreedor no era titular del derecho de dominio de una suma de dinero equivalente a ese valor, que en su patrimonio no existía esa cantidad. Luego el acto o negocio jurídico contenido en la Escritura número 6453 de fecha 23 de diciembre de 1974, Notaría Catorce de Bogotá, es *nulo absolutamente*, por ausencia de los requisitos de su esencia, por falta de objeto y causa, como lo precisan los artículos 6º, 1740 y 1741 del Código Civil, en concordancia con los artículos 2221 y 2222 ibídem. La cosa que se trata de dar en mutuo tiene que tener existencia en el momento en que se perfecciona el contrato, y el mutuo no se perfecciona sin la tradición del dinero materia del negocio jurídico. Artículos 1605, 1617, 1618 y 1524 del Código Civil.

"El Tribunal desconoce todos esos medios de prueba, como consecuencia de otro error de hecho manifiesto en la interpretación de la demanda, como se examinará en el cargo siguiente".

Tercer cargo. Expresa el censor que el sentenciador por vía indirecta violó, por aplicación indebida y por errada interpretación de la demanda los artículos 6º, 1500, 1501, 1502, 1517, 1518, 1524, 1526, 1603, 1619, 1624, 1688, 1693, 1740, 1741, 2221 y 2222, así como el 658 del Código de Comercio.

Alega el recurrente que cometió dislate el Tribunal cuando expresó que las peticiones 3ª, 4ª y 5ª principales, eran consecuenciales de las dos primeras, siendo que son independientes, concurrentes y autónomas, pues no nacen de los hechos en que se fundaron las dos primeras, pues en aquéllas se solicitó respectivamente la nulidad absoluta o la inexistencia del contrato de mutuo, la nulidad del contrato hipotecario y la cancelación de este gravamen. Que en la demanda, con excepción de la suma de $ 25.000 pagada como honorarios al doctor Charria, no se pide la restitución de otras sumas pagadas, sino la nulidad del dicho contrato de mutuo contenido en la Escritura número 6453.

Cargo sexto. En éste se denuncia quebranto, por la vía indirecta, de los artículos 1508, 1510, 1740, 1741, último inciso, 1743 y 1750 del Código Civil.

"Y el artículo 1509 del Código Civil, por aplicación indebida, e implícitamente los artículos 1626, 2221 y 2222 de la misma obra, por aplicación indebida".

Dice el censor que erró de hecho el Tribunal, pues interpretó mal el hecho 20 de la demanda y

la petición subsidiaria, puesto que no se pidió la nulidad del contrato de hipoteca, sino del de mutuo y de su garantía hipotecaria, y el error atribuido al endosante Vargas no se hace consistir en el pago de un cheque prescrito, lo que constituiría falsa causa, sino en error en el negocio celebrado. Que el Tribunal tampoco vio que en la Escritura número 6453 "se habla de un contrato de mutuo, sin que para nada se mencione la obligación prescrita, pues allí no se habla de que Vargas haga un pago en el sentido del artículo 1626 y dejó de ver la confesión de Charria en su absolución del interrogatorio de parte donde expresa que no tenía dinero para el préstamo, que no lo entregó y que obró como mandatario de Campos. Que no vio que en el escrito de folio 41 del cuaderno 1º. Charria sostiene que existió novación en el instrumento de folio 96, punto que repite en su escrito de folio 32 del cuaderno 2º, que no vio el Tribunal, donde dice que en la Escritura 6453 existió novación. Y dejó de ver que en la diligencia de secuestro se hizo creer a Vargas que existía una subrogación.

Luego manifiesta que el Tribunal erró de hecho al no ver que en el escrito de folio 31 del cuaderno 2º Vargas constituyó apoderado "para que se le declarara subrogado en el crédito" y que al absolver el interrogatorio de parte, éste expresó que tanto Charria como el juez de la ejecución le hicieron creer que si "firmaba una hipoteca para garantizar la deuda de Campos Ortegón, quedaba subrogado en el crédito" y que no vio que Rafael María Gómez declara (folio 8 del cuaderno 3) que Vargas dijo que no debía la suma cobrada en el ejecutivo y que iba a buscar al doctor Charria "para restituir lo que le tocare pagar".

Para terminar, el censor expresa:

"Si una parte entendió que al firmar la precitada escritura se *subrogaba*, en el crédito cobrado ejecutivamente, y no que suscribía un contrato de mutuo, y la otra sostiene que mediante ese instrumento se operó una novación, el pago de una obligación natural, y que podía existir un mutuo sin tener el prestamista dinero, y sin la entrega del mismo, no existe el *cuotum in idem placitum consensus,* indispensable para la validez del consentimiento, pues eso conlleva un error sobre la naturaleza del negocio jurídico de que se trata, como lo determina la primera parte del artículo 1510 del Código Civil. Ese error en nuestro derecho genera nulidad relativa. Ese texto contempla dos casos de errores obstáculos: *error in negotio* y *error in corpore.* Parece que el Tribunal, dada la forma como examinó el problema, desconoce la clasificación tripartita del error del Derecho Francés, incorporada en nuestro derecho objetivo material, en los artículos 1510 y 1511 del Código Civil (doctor Alvaro Pérez Vives, "Teoría general de las obligaciones", 3ª edición. volumen I, Temis, 196, páginas 155 y 169 y siguientes, *Gaceta Judicial,* Tomo XLIII, páginas 532 y siguientes). Si una parte entiende mutuo y que mediante tal negocio se novó una obligación natural, y la otra entiende que al firmar tal contrato, existió una *subrogación,* y que constituyó simplemente una hipoteca para garantía del crédito materia del proceso ejecutivo, no existe consentimiento concordante sobre la naturaleza del acto y de las prestaciones que del mismo se desprenden. Ese es un fenómeno distinto del examinado por el Tribunal, al margen de los hechos. Folios 30 y 31 del cuaderno 4º. En ninguna parte de la demanda se pidió nulidad por dolo o violencia. Se invocó el error sobre la naturaleza del negocio, y así se examinó en el Capítulo V del alegato de segunda instancia, folios 18, folio 13 vuelto, cuaderno 4º.

"...................................

"El error en el 'negotio' es de hecho, no de derecho. Luego el Tribunal, hizo una aplicación indebida del artículo 1509 del Código Civil, pues en ninguna parte de la demanda se habla de la nulidad por el pago de un cheque prescrito. Ese error, dice la sentencia, no vicia el consentimiento (doctor Alvaro Pérez Vives, Op. Cit., página 176). Cuando las partes yerran sobre la naturaleza del negocio, existe una equivocación sobre el contenido de las respectivas obligaciones. Hay un error conceptual sobre la naturaleza del negocio jurídico que viola el consentimiento, en razón del desacuerdo sobre la especie jurídica de aquél".

La Corte considera

No se puede olvidar que, por "acuerdo amistoso" realizado cuando se practicaba la diligencia de secuestro de los muebles de la casa del aquí demandante Vargas, éste pagó la obligación perseguida en el proceso de ejecución, para lo cual giró, a favor del endosatario al cobro, cheques por valor de $ 525.000 por concepto de honorarios y gastos, y de capital e intereses. Tampoco se puede olvidar que, en desarrollo del acuerdo plasmado en esa diligencia de secuestro, llevada a cabo el 29 de noviembre de 1974, Charria Parra devolvió a Vargas el cheque girado por concepto de capital e intereses cuando por medio de la Escritura número 6453 citada, éste se declaró deudor de aquél por la suma de $ 500.000, pagaderos

en la forma y términos allí señalados y con la garantía hipotecaria que en la misma ocasión se constituyó.

En tales circunstancias no se ve cómo podría ser nula la convención contenida en la premencionada escritura pública. Si no existe vicio desde el punto de vista de la capacidad, del consentimiento, del objeto y de la causa, el acto es válido. Otra cosa es que el contrato haya sido calificado como mutuo, no obstante que no hubo entrega física, sino supuesta, de los quinientos mil pesos a que ese título escriturario hace alusión. Tal circunstancia, plenamente probada por el demandante, no es constitutiva de nulidad, pues apareciendo clara la intención de los contratantes, el pacto celebrado, el acuerdo de voluntades que se calificó como mutuo, no es tal porque no hubo entrega de los dineros referidos, pero no por ello pierde su fisonomía genérica de convención, aunque no pueda dársele válidamente el calificativo de mutuo. Precisamente por no haber existido la tradición de los dineros, elemento que sería esencial para tener como mutuo el contrato celebrado, el acuerdo de voluntades que sigue incólume, como lo expresa el artículo 1501 del Código Civil, degenera en otra especie de contrato, pero sigue siendo un verdadero acuerdo de voluntades para producir efectos jurídicos. Sostener lo contrario sería regresar al acogimiento de tesis como la ya olvidada que pregonó ser nulo todo contrato simulado.

No pueden prosperar, por tanto, los cargos anteriores que pretenden la nulidad del contrato encerrado en la Escritura número 6453.

A 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 30 de mayo de 1977, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario que, contra Miguel Charria y Luis Helí Campos, promovió Juan Francisco Vargas Sánchez.

Sin costas en casación porque el recurso dio lugar a rectificación doctrinaria.

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

Alberto Ospina Botero, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Ricardo Uribe-Holguín.

Luis H. Mera Benavides
Secretario.

CADUCIDAD DEL DERECHO PARA IMPUGNAR EL RECONOCIMIENTO DE UN HIJO NATURAL

Este reconocimiento, sólo podrán impugnarlo los que prueben un interés actual en ello, siempre que demanden dentro de los 300 días siguientes a la fecha en que tuvieron un interés y pudieron hacer valer su derecho.

Filiación legítima. El reconocimiento expreso del padre entraña o comporta renuncia al derecho de impugnación, derecho que, en la familia legítima, mira a su propio interés. Y esta circunstancia cierra definitivamente a sus herederos la posibilidad de entrar a discutir el hecho de la paternidad legítima que está indisolublemente unido a la maternidad legítima.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., septiembre 22 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

Entrase a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 26 de noviembre de 1977, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario suscitado por Federico Martínez y otros contra Luis Enrique Martínez u Hoyos.

I
Antecedentes

Irma Hoyos y Manuel Martínez hacían vida marital cuando aquélla quedó en embarazo. Al término de éste, el 12 de febrero de 1971, nació Luis Enrique, quien el 7 de mayo de 1971, fue bautizado en la Iglesia de la Veracruz como hijo legítimo de Irma y Manuel. El registro civil del nacimiento se asentó el 28 de febrero de 1973 ante el Notario Tercero de Medellín y lo *suscribió Manuel Martínez Aristizábal, quien denunció ser el padre.* Como un año después, el 20 de mayo de 1974, dejó de existir Manuel Martínez, se abrió el proceso de sucesión de éste en el que se dispuso tener como su heredero al niño Luis Enrique, en calidad de hijo natural suyo.

Alegando que tanto el acta de bautismo, por contener falsedad intelectual, pues Irma y Manuel no eran casados, como el acta civil, por falta de algunos requisitos, carecían de valor; y arguyendo que, según la historia clínica del causante, éste era impotente desde hacía unos veinte años, los hermanos del causante trataron en vano que en el proceso de sucesión, se les reconociera como herederos de mejor derecho.

II
El litigio

1. En demanda que fue admitida por el Juez Promiscuo del Circuito de Fredonia mediante auto de 5 de mayo de 1975, Federico, Rosa Laura y Teresa Martínez, hermanos del causante Manuel Martínez convocaron a proceso ordinario al infante Luis Enrique Martínez u Hoyos, representado por su madre natural, Irma Hoyos, para que, en síntesis, se declarase que como Manuel Martínez era impotente para engendrar, el menor Luis Enrique no es hijo suyo y es falsa el acta civil a que antes se aludió, por lo cual los demandantes, en calidad de hermanos del difunto, son sus herederos, con mejor derecho que el demandado a recoger su herencia.

Subsidiariamente pidieron que, por cuanto al momento de la concepción del demandado, Manuel Martínez carecía de capacidad para engen-

drar, es nula, por error sustancial, la confesión de paternidad contenida en el acta civil de nacimiento del niño Luis Enrique.

2. A más de los episodios relatados en el capítulo de "antecedentes", la demanda se apoya en que, no obstante que la madre del demandado era soltera, se inscribió la partida eclesiástica de bautismo de Luis Enrique como hijo legítimo; que el acta civil de nacimiento, asentada en la Notaría Tercera de Medellín "no se llenó totalmente, como lo exige la ley para casos de reconocimiento por el presunto padre"; que los demandantes, por haber muerto los ascendientes legítimos de Manuel y por no haber dejado éste descendencia y ser soltero, son sus herederos en calidad de hermanos legítimos con mejor derecho que el demandado, pues el difunto desde 20 años atrás era estéril, "pues había sufrido horquitis doble que le dejó como secuela sus testículos atrofiados"; que a falta de ascendientes y descendientes, los hermanos legítimos tienen interés para impugnar la paternidad presunta de Manuel sobre Luis Enrique.

3. Con oposición del demandado quien, por intermedio de su representante, afirmó que Manuel sí tenía capacidad para engendrar, se adelantó la primera instancia que finalizó con sentencia en que se rechazan las pretensiones de los demandantes. En tal situación éstos interpusieron el recurso de apelación que fue desatado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con sentencia de 25 de noviembre de 1977, por medio de la cual confirmó la del *a quo*. Entonces, los demandantes interpusieron el recurso de casación que ahora se decide.

III
Fundamentos del fallo del Tribunal

Después de encontrar que el proceso se desarrolló normalmente, expresa el *ad quem*, en síntesis, que frente a lo dispuesto por las Leyes 45 de 1936 y 75 de 1968, que en punto de filiación natural acogen el sistema del reconocimiento confesión, si un individuo confiesa, con las solemnidades propias de tal acto, que es el padre de determinada criatura, el estado civil de hijo de ésta "queda definitiva e irrevocablemente establecido"; que el sistema del reconocimiento admisión que patrocinaba la legislación anterior fue reemplazado con beneficio por el de la Ley 45, "ya que un estado civil no debe depender de la sola voluntad humana, sino del hecho que lo produzca". Que si el presunto padre confiesa la paternidad, el estado civil de hijo resulta indiscutible e indubitable; por lo cual los hermanos carecen de legitimación en causa para impugnar el reconocimiento hecho por el padre, como surge del artículo 5º de la Ley 75 de 1968 que sólo permite atacar el reconocimiento de hijo natural a las personas, en los términos y por las causas indicadas en los artículos 248 y 335 del Código Civil; que como el reconocimiento de hijo natural es acto personal del padre que no puede cumplirse por medio de delegado, sólo el reconocedor puede impugnar su confesión demostrando que al reconocer padeció error, fuerza o dolo.

De lo anterior, concluye el Tribunal que los demandantes carecen de legítimo interés para promover la pretensión de impugnación de la paternidad natural.

A pesar de lo expuesto, el fallador entra a analizar la prueba aportada así: dice que el acta civil de nacimiento de Luis Enrique Martínez, aunque se le han atribuido defectos formales, como el de ostentar vacíos, no puede ser invalidada en cuanto al reconocimiento que de su hijo hizo en ella el difunto Manuel Martínez, puesto que de los espacios en blanco "ninguna importancia o trascendencia puede inferirse de ellos en orden a invalidarla". De otra parte, manifiesta el sentenciador, no está demostrado que el difunto hubiera padecido impotencia *generandi* para cuando fue concebido el demandado Luis Enrique Martínez, pues la historia clínica a que hace referencia la demanda no expresa que aquél padeciera de impotencia y, en el caso de que así lo expresara, no tendría valor para demostrar ese hecho; además, porque el médico Jaime Borrero, quien atendió por 6 años a Manuel Martínez, dice que éste nunca le consultó por problemas de esterilidad y, finalmente, porque no aparece la prueba idónea que sería la del espermograma.

IV
La demanda de casación

Dos cargos se formulan contra la sentencia del Tribunal, ambos con apoyo en la causal primera.

En el ataque inicial se denuncia violación directa de los artículos 248, 1508, 1510, 1511 del Código Civil y 1 y 5º de la Ley 75 de 1968, por indebida aplicación.

Expresa el censor que los demandantes, contra lo afirmado por el Tribunal, sí tienen interés actual en la impugnación de la paternidad, pues prosperando ésta, ellos serían, en su calidad de hermanos legítimos, los llamados a suceder al *de cujus* que murió soltero y huérfano, "por lo

que también se violan los artículos 1037, 1038, el artículo 85 de la Ley 153 de 1887 que subrogó el 1040 del Código Civil, e igualmente el artículo 21 de la Ley 45 de 1936".

La breve censura termina diciendo que "si el Tribunal hubiera aplicado el artículo 248 del Código Civil, seguramente que considerando a mis representados con interés legítimo hubiera estudiado con detenimiento las pruebas, en cuanto a las que sirven para impugnar el reconocimiento, inficionado de un error sustancial que vicia el consentimiento en el acto del reconocimiento".

En el cargo segundo que omite expresar en qué causal de casación se apoya, el impugnante manifiesta que el fallo recurrido quebranta la ley sustancial por la vía indirecta, a "consecuencia de errores en la apreciación de la prueba aportada".

Arguye el censor que el Tribunal erradamente afirmó que cuando Manuel Martínez, al firmar el acta de nacimiento inscrita ante el Notario Tercero de Medellín, había confesado el hecho de la paternidad, tal confesión es irrevocable y no impugnable, porque acredita el hecho de la concepción, con el que queda establecido el estado civil de hijo natural del demandado, de manera definitiva y en forma irrevocable. Que esto no es así porque quienes demuestran interés actual, como en este caso los demandantes, hermanos legítimos del causante, pueden impugnar el reconocimiento mencionado ... Que como tanto la partida eclesiástica de nacimiento como el acta civil son falsas, se violaron por haberse dejado de aplicar los artículos 248, 1321, 1322 y 1326 del Código Civil. Que la confesión no tiene el alcance que le dio el Tribunal.

Luego precisa el censor que el yerro en la apreciación de la prueba se da porque el fallador acogió en su integridad el acta eclesiástica de nacimiento que es falsa, pues allí se atribuye la calidad de legítimo al demandado, siendo que su madre era soltera tanto como Manuel Martínez, hecho plenamente aceptado por aquélla al absolver el interrogatorio de parte. Y que como en esa partida se apoyó la inscripción del acta civil, ésta es igualmente falsa, a más de que en ella, por haberse dejado espacios en blanco, no se dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto 1260 de 1970. Y si carece de firma del notario, hecho que no recuerda el recurrente, no tiene la calidad de registro civil y es inexistente a voces del artículo 8º del mismo estatuto. Que como el registro civil se hizo pasados los 30 días del nacimiento, se violaron los artículos 48, 49, 50, 54, 55, 56 y 58 ibídem, por falta de aplicación.

De contera expresa que también se dejaron de aplicar los artículos 251, 252, 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil, pues si la copia de la historia clínica del difunto, "que es un documento auténtico", pues no fue tachado de falso, demuestra plenamente "las circunstancias de la blenorragia, de la orquitis, de los testículos atrofiados", el fallador ha debido aceptar el error cometido por Manuel Martínez al confesar, no obstante su esterilidad, que era el padre de Luis Enrique. Que en el caso presente no se requería dictamen pericial para dar por demostrada la impotencia del difunto, pues habiéndose acreditado que padeció orquitis doble, necesariamente debió darse por demostrada su necesaria consecuencia que no es otra que la impotencia para engendrar.

V

Consideraciones de la Corte

1. *Si, en verdad, el reconocimiento de hijos naturales es acto jurídico irrevocable, como expresamente lo declara el artículo 1º de la Ley 75 de 1968, ello no comporta que sea inatacable, que una vez hecho ya no pueda ser impugnado y que se imponga con fuerza irresistible* erga omnes. *La misma ley citada, en su artículo 5º, autoriza impugnarlo, mas no a todo el mundo y por cualquier causa, sino solamente a las personas, en los términos o plazos y por las causas indicadas en los artículos 248 y 335 del Código Civil. Es decir, que, hecho el reconocimiento de paternidad por cualquiera de los cuatro medios que taxativamente señala el artículo 1º de la Ley 75, sólo podrán impugnarlo los que prueben un interés actual en ello, siempre que demanden dentro de los trescientos días subsiguientes a la fecha en que tuvieron ese interés y pudieron hacer valer su derecho, y, además, los ascendientes legítimos del reconocedor, dentro de sesenta días contados desde que tuvieron noticia del reconocimiento. En todo caso, el impugnante debe demostrar que el hijo natural no ha podido tener como padre a quien lo reconoció.*

Fluye de lo anterior, que quienes son hermanos legítimos del causante, a quien heredarían de no estar de por medio el hijo natural (artículo 21 de la Ley 45 de 1936), están plenamente legitimados por activa para impugnar el acto jurídico del reconocimiento del hijo, dentro de los 300 días subsiguientes a la fecha en que tuvieron interés actual y pudieron hacer valer su derecho.

El interés presente de los demandantes en la especie de esta litis, radica en que, faltando el hijo natural que deriva su estado civil del reco-

nocimiento de paternidad natural hecho por Manuel Martínez ante el Notario Tercero de Medellín, serían los llamados a suceder a su hermano legítimo que murió soltero, sin dejar adoptivos, ni ascendientes legítimos, ni adoptantes, ni hijos naturales, según las reglas relativas a la sucesión inestada (Título II del Libro 3º del Código Civil).

De consiguiente, cometió notorio error el Tribunal al afirmar "que no tienen legitimación en causa los parientes o hermanos de una persona que por la confesión ha reconocido ser padre natural de otra para disputar ese reconocimiento".

2. Muy distinto sería el caso si se tratara de filiación legítima y no natural, porque en tal evento, siendo el marido, con la salvedad contenida en el penúltimo inciso del artículo 3º de la Ley 75 de 1968, el árbitro supremo de la legitimidad de los hijos concebidos por su mujer durante el matrimonio (artículo 215 del Código Civil), es apenas lógico que cuando reconoce al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público, por expresa disposición del inciso 2º del artículo 219 ibídem cesa el derecho de impugnar la legitimidad presunta que concede esta misma norma a sus herederos y a quien irrogare perjuicios la pretendida legitimidad.

En punto de filiación legítima resultan lógicas las salvedades consignadas en el artículo 219, pues, si, en principio, los hijos concebidos por mujer casada repútase que son legítimos y que tienen por padre al marido de ésta, no obstante esa legitimidad presunta puede ser impugnada por el marido mismo mientras viva, siempre que haga la reclamación, como regla general, dentro de los sesenta días contados desde cuando conoció el hecho del parto; pero si el marido muere antes de vencerse este plazo, podrán impugnar la legitimidad presunta sus herederos y toda persona a quien la pretendida legitimidad del hijo irrogare perjuicio actual, menos cuando el padre, por acto testamentario o mediante otro instrumento público, hubiere reconocido al hijo como suyo. En esta última circunstancia el legislador no da trascendencia al hecho de que aún no se haya extinguido el término que concede al marido para atacar la legitimidad presunta de su hijo, precisamente porque el reconocimiento expreso del padre entraña o comporta renuncia al derecho de impugnación, derecho que, en la familia legítima, mira a su propio interés.

La presunción legal de legitimidad que cobija al hijo concebido durante el matrimonio de sus padres y que tiene como fundamento otra presunción: la de fidelidad de las mujeres casadas, toma fuerza tal con el reconocimiento del hijo, en la hipótesis estudiada, que se hace inexpugnable frente a los herederos del marido, aunque éste haya fallecido sin fenecer el plazo que le otorga la ley para impugnar la pretendida legitimidad. Si el marido, pues, en cambio de ejercer el derecho de impugnación, por medio del reconocimiento reafirma esa paternidad, aceptándola así claramente, tal circunstancia cierra definitivamente a sus herederos la posibilidad de entrar a discutir el hecho de la paternidad legítima que está indisolublemente unido a la maternidad legítima.

3. Por el contrario, si la paternidad natural sólo puede acreditarse por reconocimiento solemne hecho por el padre o por declaración judicial, sería un absurdo que, cuando quien reconoce no es verdaderamente el padre, las personas señaladas en el artículo 248 ibídem, no pudieran impugnar oportunamente ese reconocimiento demostrando que el hijo natural no ha podido tener por padre a quien lo reconoció como tal (artículo 5º de la Ley 75 de 1968).

Si el reconocimiento mismo establece la relación paterno-filial, si ese acto genera el estado de hijo natural y de padre natural, sería un absurdo extender al caso de la filiación natural la regla exceptiva del inciso final del artículo 219 citado, aplicable sólo a la filiación legítima y a la legitimada pero sólo cuando el hijo nació después de celebrado el matrimonio de los padres legitimantes, como lo enseña el artículo 247 del Código Civil.

4. La impugnación de la legitimidad, de la legitimación, o del reconocimiento de hijos naturales debe hacerse necesariamente dentro de los términos o plazo que para cada diferente caso señala la ley, pues el derecho de impugnar caduca con el vencimiento del término. Pasado el plazo ya no es posible ejercitar airosamente el derecho.

En el caso de esta litis, los hermanos legítimos del causante Manuel Martínez, como se dejó visto, tienen interés para impugnar el reconocimiento que aquél hizo del niño Luis Enrique, como su hijo natural. Pero por mandato del inciso final del artículo 248 del Código Civil, aplicable en la hipótesis fáctica que se estudia por disposición del artículo 5º de la Ley 75 de 1968, la demanda de impugnación debía formularse dentro de los trescientos días subsiguientes a la fecha en que para ellos surgió el interés actual y pudieron hacer valer su derecho.

Entonces, si para el 6 de junio de 1974, como se deduce clara y plenamente de la prueba que

obra a folios 5 y vuelto del cuaderno principal, aducida por los demandantes, éstos para esa fecha, por haber ocurrido ya la muerte de su hermano y conocer el reconocimiento de hijo natural que había hecho en la persona del infante Luis Enrique, tenían interés y podían hacer valer su derecho de impugnar, resulta patente que para el 29 de abril de 1975, cuando presentaron la demanda introductoria de este proceso de impugnación, ya habían transcurrido más de trescientos días contados desde la primera fecha, razón por la cual, a tenor de lo dispuesto en el inciso final del artículo 248 del Código Civil en relación con el 5º de la Ley 75, ya había caducado para ellos el derecho de impugnar el reconocimiento, por haber vencido el término legal para ejercerlo.

Viene de lo expuesto, por tanto, que aun cuando los hermanos legítimos del difunto tienen, como tales, legítimo interés para impugnar el reconocimiento del hijo natural, su derecho caducó por haber dejado transcurrir el plazo fatal que para impugnar les determina la ley.

Entonces, a pesar de la errada motivación del Tribunal, no puede casarse su sentencia.

5. La acusación central contra la copia de la inscripción civil del nacimiento de Luis Enrique (folio 2 del cuaderno 1º) carece de fuerza, pues si en verdad el registro se efectuó fuera del término de un mes que, para el de nacimientos, señala el artículo 48 del Decreto 1860, no lo es menos que ese nacimiento se acreditó ante el notario con la partida de bautismo, por lo cual es válido el registro, pues expresamente el artículo 50 ibídem lo autoriza cuando se acredita con copia de la partida parroquial como sucedió en este caso y según se hizo constar en la inscripción civil.

6. Finalmente, conviene advertir que a pesar de que en los libros parroquiales, Luis Enrique fue inscrito como legítimo, tal episodio es intrascendente, porque la legitimidad no la concede la partida, sino el matrimonio de los padres. De otro lado esa acta, por sí sola, no es prueba de ese estado civil.

7. Pero dejando de lado las razones expuestas que son firme estribo para negar la casación del fallo, habría que llegar a la misma conclusión porque aunque prosperara el primer cargo en cuanto a que los demandantes, como hermanos legítimos, tenían interés para impugnar el reconocimiento de hijo natural, en instancia habría que declarar lo ya dicho: que no prospera la demanda introductoria por haber caducado el derecho de impugnación para cuando fue ejercitado. Y relativamente al segundo cargo habría que expresar que por cuanto el censor no precisa si es de derecho o de hecho el error que denuncia, la acusación no podría ser tenida en cuenta.

A 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 25 de noviembre de 1977, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario suscitado por Federico Martínez y otros frente a Luis Enrique Martínez u Hoyos.

Sin costas, porque el recurso dio lugar a rectificación doctrinaria.

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

Alberto Ospina Botero, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Ricardo Uribe-Holguín.

Luis H. Mera Benavides
Secretario.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE LOCALES COMERCIALES

El propietario del local comercial debe indemnizar al arrendatario los perjuicios que éste haya sufrido con motivo de la desocupación y entrega del local, cuando no dé el destino para el cual desahució al arrendatario, si éste, de otra parte, cumple los requisitos de la primera parte del artículo 518 del Código de Comercio, a saber: a) es comerciante; b) ha ocupado el local comercial objeto del arrendamiento no menos de dos años consecutivos.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., septiembre 29 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 29 de septiembre de 1977, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso ordinario de Luis A. Quijano y Compañía Limitada contra "Inversiones San Jorge Limitada".

I
Antecedentes

1. Inversiones San Jorge, dueña de un local comercial situado en Medellín y marcado con el número 47-01 de la carrera 52, desde hace muchos años lo entregó a Luis A. Quijano y Compañía a título de arrendamiento.

2. La sociedad arrendataria destinó el local en cuestión "a la actividad mercantil del expendio y venta de telas y confecciones de una y otra índole".

3. El 5 de abril de 1973, la sociedad arrendadora promovió proceso de lanzamiento contra Luis A. Quijano y Compañía, respecto del local atrás mencionado, manifestando que necesitaba recuperarlo "para efecto de anexarlo a otro contiguo ... también propiedad de la misma sociedad, el marcado con el número 47-11 para instalar allí un establecimiento comercial o empresa *sustancialmente distinta* de la que ha venido teniendo allí desde hace mucho más de dos años el arrendatario ... quien lo tiene destinado a almacén, 'consistente aquella nueva empresa en una *cafetería,* o sea venta a la carta al público de comestibles y bebisibles (sic) especie de restaurante, conforme a la autorización legal que concede al dueño del inmueble el numeral 2 del artículo 516 del Código de Comercio ...".

4. El juez del conocimiento puso fin a la primera instancia del proceso de lanzamiento atrás mencionado accediendo a las súplicas del arrendador, y entre las motivaciones de su decisión expuso lo siguiente: "que la entidad demandante 'Inversiones San Jorge Limitada' pretende dedicar el citado bien a una heladería o restaurante". El Tribunal de Medellín confirmó lo resuelto por el juez *a quo* "... con la advertencia al arrendador de que deberá destinar el local a las actividades indicadas en su demanda, distintas a las que ha venido desarrollando el demandado, en la forma y términos y bajo las consecuencias que ordena el artículo 522 del Código de Comercio". Sobre esta base se dio cumplimiento a la sentencia que decretó el lanzamiento y en tal virtud Industrias San Jorge recibió el local de que se trata en el mes de mayo de 1975.

5. A raíz de la entrega a la arrendadora del citado local, éste fue ocupado por un almacén denominado "Textiles el Regalo" de propiedad de la sociedad del mismo nombre, el que "ha venido funcionando desde el año pasado (1975) y está destinado principalmente a la venta de telas de una y otra clase, lo que se hacía por 'Luis A. Quijano y Compañía', la que también vendía confecciones",

6. De consiguiente, la sociedad demandada incumplió la obligación que le había impuesto la sentencia que decretó el lanzamiento. No solamente no ocupó el local con un negocio suyo de cafetería o restaurante, como lo había enunciado en la demanda que presentó en aquel proceso, sino que lo entregó a una sociedad distinta que lo dedicó a un expendio de telas, es decir, a actividad comercial igual a la que desarrollaba Luis A. Quijano y Compañía.

7. La sociedad últimamente mencionada, mientras tuvo el local como arrendataria del mismo, realizó mejoras de diversa índole cuyo valor no le fue pagado por la sociedad arrendadora. Además, como consecuencia de haberlo tenido que desocupar, sufrió diversos perjuicios, tales como —se lee en la demanda— "la pérdida del aviso de Bazar Guayaquil hecho en pintura sobre los muros ... el valor del trasteo a otro lugar de las diferentes mercancías, estanterías y dotación de su establecimiento, el traslado del teléfono, la inoperancia de la propaganda radial y escrita que se había hecho al establecimiento, la variación de dirección postal y telegráfica, etc. En especial o particularmente el perjuicio también se conformó con la pérdida del good will o entable logrado a través de bastantes años de actividad en inversiones cuantiosas, hasta el punto de que hubo ofertas en la denominada prima por más de la suma de quinientos mil pesos ($ 500.000.00) para la cesión del respectivo negocio. Es que dicho negocio producía a la sociedad que represento muy grandes utilidades, como se comprueba con los respectivos libros y declaraciones sobre renta y patrimonio".

8. Con apoyo en los hechos que se dejan resumidos, Luis A. Quijano y Compañía demandó por la vía ordinaria a Inversiones San Jorge, para que fuese condenada a resarcirle los perjuicios ocasionados con motivo de haber tenido que desocupar el local en que funcionaba su establecimiento de comercio antes mencionado y de haber sido destinado éste a un negocio similar, perjuicios cuyo monto estima en la cantidad de $ 900.000.00. Pide también que se condene a la demandada al pago de los intereses correspondientes al monto de la indemnización que se fije en la sentencia y de las costas del proceso.

9. Inversiones San Jorge, en su reticente respuesta a los hechos afirmados en el libelo, se opuso a las pretensiones de la parte actora. Concluidos los trámites del proceso, durante los cuales se practicaron las pruebas que solicitaron los contendientes y se agregaron a los autos los escritos de conclusión que ambos presentaron, el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Medellín puso fin a la primera instancia mediante fallo de 26 de agosto de 1976 en la siguiente forma: "Condénase en forma genérica a la sociedad 'Inversiones San Jorge Ltda.', representada por el señor Leonardo Gómez Atehortúa, a indemnizar a la sociedad 'Luis A. Quijano y Compañía Limitada', representada por el señor Luis A. Quijano Aristizábal, los perjuicios a esta última causados, según estimación de peritos, en la forma y términos dichos en la parte expositiva de esta sentencia. Condénase en costas a la parte vencida en favor de la vencedora en la medida de su comprobación".

10. El recurso de apelación contra dicho fallo que interpuso la parte demandada, al que se adhirió la demandante, previa la ritualidad legal de rigor, fue desatado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en sentencia del 29 de septiembre de 1977, en la que "con las aclaraciones consignadas en la parte motiva", confirmó la sentencia recurrida e impuso las costas de ambas instancias a la demandada.

II

Motivación de la sentencia impugnada

Comienza el sentenciador por poner de presente que los presupuestos procesales no ofrecen reparo alguno, que la actuación no revela ningún vicio y que ambas partes están legitimadas en causa. "Otro aspecto que es necesario puntualizar antes de considerar los extremos de esta controversia —dice—, es relativo a la determinación de los sujetos de la relación procesal, pues la parte demandada ha hecho especial énfasis en que a ella no se encuentra vinculado como tal el señor Luis Alfonso Quijano Aristizábal, persona natural que con mucha antelación a la constitución de la sociedad demandante, ocupó en calidad de arrendatario el local cuya entrega por vía del proceso de tenencia vino a originar esta demanda de responsabilidad".

A este aspecto observa el Tribunal que evidentemente Quijano Aristizábal, en su propio nombre, no aparece vinculado al proceso en forma alguna. "Por lo demás, el Juzgado, al desatar el litigio con fallo de mérito, con sujeción a la más estricta técnica procedimental, lo hizo frente a las dos sociedades mercantiles, lo cual no podían ser de otra manera, pues de acuerdo a (sic) lo imperado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, que sienta algunas reglas de técnica del fallo, la sentencia ha de producirse frente a los sujetos con los cuales se hubiere cons-

tituido la relación procesal y sólo respecto de las pretensiones deducidas en la demanda y en las demás oportunidades previstas por el Código y, además, en consonancia con las excepciones probadas que hubieren sido alegadas, si esto último lo exigiere la ley".

Al analizar la cuestión jurídica objeto del proceso dice el sentenciador que "la parte demandante ha planteado a la justicia un caso de *responsabilidad legal* por el desconocimiento de los mandatos de una norma sustancial materializados en una decisión judicial pronunciada ésta en causa donde fueron parte las mismas personas que ahora debaten acerca de las indemnizaciones derivadas de esa fuente obligacional; sólo que en este proceso lo hacen desde la posición jurídica diferente".

Estudia en seguida los medios de defensa esgrimidos por la parte demandada, y en cuanto al primero, consistente en que Luis A. Quijano y Compañía carece de legitimación en causa o interés actual para obrar, "hechos estos que en el libelo de réplica alegó en forma un tanto impropia como constitutivos de excepciones de mérito", dice que la carencia de la una o del otro no constituyen excepciones de fondo o mérito. "Ellos son, se repite, presupuestos materiales de la sentencia de fondo, sólo que en los casos indicados por el numeral 4º del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil es posible aducir la falta de la prueba de legitimación en causa como fundamento a una excepción previa por cuanto toca con el presupuesto procesal de capacidad para ser parte como tiene dicho la honorable Corte (*Gaceta Judicial*, tomos CXXXI, página 81; CXXXVI, página 14 y CXXXVIII, páginas 191 y 355)".

En cuanto a la legitimación en causa, transcribe el sentenciador doctrinas de la Corte y conceptos de un expositor nacional, y se expresa así:

"La sociedad demandada, al exponer las razones que tiene para sostener que Luis A. Quijano y Compañía Limitada carece de legitimación en causa para discutir y reclamar indemnización por unos presuntos perjuicios, dice que de autos aparece demostrado que tal compañía está reclamando indemnización por hechos que se remontan a época anterior al propio surgimiento a la vida jurídica, pues que fue constituida el 23 de mayo de 1970, según el certificado de la Cámara de Comercio y que sólo a partir del 3 de junio siguiente aparece en el Registro Público de Comercio como propietaria de un establecimiento denominado 'Bazar Guayaquil', situado en la carrera 52 Nº 46-28, que es distinto al local cuya restitución hubo de demandar. A lo anterior agrega Inversiones San Jorge Limitada que si el bien es cierto a que a folio 64 del cuaderno principal obra una certificación de la Cámara de Comercio en donde se informa que de acuerdo a (sic) los registros existentes, la *Sociedad Quijano Aristizábal y Compañía Limitada* aparece inscrita en el registro público por el año de 1971 como propietaria de un establecimiento de comercio denominado Bazar Guayaquil, situado en la carrera 52 Nº 47-01, éste sí, local de propiedad suya, es lo cierto también que en forma alguna acreditó ser sucesora o causahabiente de quien ocupó a título de arrendamiento ese local.

"En tales condiciones, argumenta la parte demandada, no se le puede reconocer legitimación alguna para tratar de hacer efectivas unas indemnizaciones surgidas de relaciones jurídicas a las cuales no demostró hubiese estado vinculada, ni antes del 23 de mayo de 1970, por cuanto no existía, y de quien ocupaba el local a que se contrajo la demanda de lanzamiento era otra persona, ni tampoco con posterioridad a tal fecha, por cuanto, de una parte, nunca apareció inscrita en el Registro Público de Comercio como propietaria del establecimiento 'Bazar Guayaquil' que funcionó en el local de la carrera 52 Nº 47-01 y, de otra, no acreditó ser sucesora o causahabiente de Quijano Aristizábal y Compañía Limitada, quien era realmente la arrendataria del local. Por lo tanto, concluye la opositora 'de conformidad con los artículos 25 y 515 del Código de Comercio la relación de arrendamiento del local de Inversiones San Jorge Limitada y los efectos que de tal relación se pueden derivar como por ejemplo el eventual artículo 522 del Código de Comercio tiene como persona legitimada para reclamar a ese fin es a la dueña del establecimiento allí ubicado y no a otra, o sea que la legitimada sería Quijano Aristizábal y Compañía Limitada' ".

Teniendo en cuenta "el concepto que de legitimación en causa se dejó expuesto" dice que en vista de la realidad procesal y probatoria de los autos" con arreglo a las previsiones del artículo 522 del Código de Comercio, la parte demandante "se halla legitimada para impetrar la indemnización de perjuicios originados en el proceder de su primitiva arrendadora".

Expresa en seguida que según lo pregonan múltiples elementos de convicción que obran en el proceso, Luis A. Quijano y Compañía Limitada, propietaria del establecimiento de comercio denominado Bazar Guayaquil, ocupó el local de que se trata y que el hecho "de que la misma

sociedad apareciera inscrita en la Cámara a partir del 15 de marzo de 1972, como propietaria del Bazar Guayaquil ocupando también otro local en la carrera 52 Nº 46-28 no desvirtúa esa relación de tenencia material''. Agrega que es igualmente cierto que Inversiones San Jorge, con fundamento en el numeral 2 del artículo 518 del Código de Comercio promovió proceso de lanzamiento por el local 47-01 de la carrera 52 ''ocupado por 'Bazar Guayaquil' de propiedad de Luis Alfonso Quijano y Compañía Limitada'' y finalmente, que en el proceso de lanzamiento no se demostró la existencia de ningún otro contrato de arrendamiento referente al mismo local celebrado por personas o sociedades distintas a Luis Alfonso Quijano y Compañía y a Inversiones San Jorge.

Sobre esta base, dice el sentenciador que al tenor del artículo 522 del Código de Comercio la ''acción para demandar la pretensión indemnizatoria allí consagrada está conferida al 'arrendatario desalojado del local comercial' y los hechos constitutivos de la *causa petendi* no son otros distintos a los que configuren el incumplimiento. O en otras palabras, para saber si se da la legitimación en causa respecto de quien demande con fundamento la acción indemnizatoria consagrada por el artículo 522 del Código de Comercio, basta constatar si en el proceso de tenencia tuvo o no la calidad de sujeto pasivo de la relación procesal y si en cumplimiento de la sentencia fue desalojado del local''. Si se aplica lo expuesto al caso *sub judice* —agrega el Tribunal— ''no hay lugar a la menor duda que la legitimación en causa de las partes en este proceso no admite reparo alguno, porque Inversiones San Jorge fue arrendadora y demandante en el proceso de lanzamiento contra Luis A. Quijano y Compañía que a su turno fueron arrendataria y demandada en dicho proceso''.

Al estudiar el interés para obrar o interés procesal, luego de transcribir doctrinas de la Corte y la opinión del mismo procesalista colombiano, dice que ''en todo caso fue la sociedad demandante y no otra quien tuvo que soportar los efectos de la sentencia de desalojo del local de propiedad de la demandada, por mandato de la ley, quien en armonía con el artículo 518 del Código de Comercio es obligado a restituir, tiene derecho a ser indemnizado si se dan los supuestos del artículo 522 del mismo ordenamiento y ello es, precisamente, lo que se persigue en este proceso. Tal aspiración constituye interés bastante como para que la actora crea que el ejercicio de su acción, 'pueda reportarle algún beneficio económico-material' ''. Más adelante, con apoyo en fragmentos de la exposición de motivos del proyecto del Código de Comercio de 1958 que transcribe, y tras breve resumen de las innovaciones que dicho Código introdujo al arrendamiento de locales comerciales, pone de presente los tres casos en que según el artículo 518 del Código de Comercio el propietario del local puede negarse a la renovación del contrato. ''En el caso *sub judice,* con fundamento precisamente en lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 518, la sociedad Inversiones San Jorge Limitada se negó a renovar el contrato de arrendamiento relativo al local situado en la carrera 52 Nº 47-01 vigente con Luis A. Quijano y Compañía Limitada, pues alegó como causa de su terminación y de la entrega del local el requerirlo para 'anexarlo a otro contiguo para instalar allí un establecimiento comercial, empresa *sustancialmente distinta* de la que ha venido teniendo allí desde hace mucho más de dos años el arrendatario, señor Luis A. Quijano Aristizábal, en representación de la sociedad 'Luis A. Quijano y Compañía Limitada'.

Como las pretensiones fueran acogidas, la parte demandada en cumplimiento de la sentencia del Tribunal calendada el 24 de febrero de 1975, procedió a la entrega del local el día 3 de junio siguiente. Ahora, según los fundamentos fácticos de la demanda que dio origen a este proceso, Inversiones San Jorge Limitada incumpliendo las obligaciones que en razón de la referida sentencia le incumbían, dio a título de arrendamiento a Inversiones El Regalo Limitada el local cuya restitución logró de esa manera y la nueva inquilina lo destinó principalmente a la venta de telas bajo el nombre de almacén textiles El Regalo.

De este hecho, la demandante deduce incumplimiento de la dueña del local y demanda la indemnización prevista por el artículo 522 del Código de Comercio''.

Como conclusión de lo anteriormente expuesto, dice el Tribunal que según el citado artículo 522, ''el derecho a la indemnización de perjuicios consagrado en favor del inquilino desalojado de un establecimiento de comercio se configura cuando en el hecho ocurren los siguientes supuestos:

''a) Que los locales restituidos hubieren estado ocupados a título de arrendamiento por un empresario o un establecimiento de comercio;

''b) Que el propietario de tales locales hubiese obtenido la restitución por requerirlos, entre otros fines para un establecimiento suyo destinado a una empresa sustancialmente distinta a la que tuviere el arrendatario, y

"c) Que el propietario no dé a los locales el destino para el cual fueron solicitados, o los arriende nuevamente, o los utilice para establecimientos de comercio en que se desarrollen 'actividades similares', a las que tenía el arrendatario entre otros casos".

A renglón seguido afirma el sentenciador que el caso en estudio no es de responsabilidad por culpa aquiliana sino de responsabilidad legal y que esta última no presupone en modo alguno el concepto de culpa indispensable en la primera.

Analiza luego las pruebas que obran en los autos y llega a la conclusión de que en el presente caso se dan los supuestos atrás enunciados, por lo cual "se puede llegar a concluir que en el local de que se trata, la primitiva arrendataria al tiempo que vendía confecciones expendía telas y que la actual vende también telas, es lo cierto que la sociedad demandada violó el numeral 2º del artículo 518 del Código de Comercio al no ocupar personalmente el local y se colocó dentro de las previsiones del artículo 522, así hubiera establecido que el almacén Textiles El Regalo se dedica a una actividad sustancialmente distinta a la que desplegaba el Bazar Guayaquil".

Destaca también que el artículo 522 del Código impone la obligación de indemnizar al propietario que utilice tales locales en establecimientos de comercio en que se desarrollen *actividades similares* a las que tenía el arrendatario, al paso que el proyecto respectivo, se refería únicamente a las *mismas actividades*. "En opinión de la Sala, pues, del plenario resultan suficientemente establecidos todos y cada uno de los supuestos de la responsabilidad imputada a la entidad demandada por la violación de las normas de protección de los derechos del arrendatario consagrados en el Código de Comercio, imponiéndose, de consiguiente, el acogimiento de la pretensión indemnizatoria deducida con fundamento en el mencionado artículo 522".

Al estudiar más adelante las razones que en su defensa aduce la parte demandada, se detiene en la de fuerza mayor, consistente en que la solicitud que presentó a las autoridades administrativas para establecer en el local de que se trata una cafetería o restaurante le fue negada por éstas. Empero, considera que esa negativa no constituye fuerza mayor eximente de la responsabilidad del demandado, por cuanto no era imprevisible. "De una parte, la conducta de la demandada al proceder a desalojar a la locataria para establecer un negocio que requería licencia administrativa sin haber solicitado previamente y consultado su viabilidad, a sabiendas de las consecuencias que una eventual negativa le podía acarrear, no se compadece con la diligencia y cuidado que ha debido emplear. De otra, no resulta atendible la argumentación de que era indispensable que el local estuviese desocupado para poder solicitar dicho permiso, pues que sólo así podrían efectuarse las visitas que debían practicar las autoridades competentes. La circunstancia de que se hubiese solicitado el permiso con mucha posterioridad a la orden judicial de desalojo y el no haber consultado previamente los reglamentos municipales para ver si en esa zona podían establecerse negocios como el que se proponía, indudablemente revelan falta de previsibilidad (sic) o por lo menos negligencia, como dice la Corte y en tales circunstancias no puede hablarse de ausencia de falta".

Tampoco acepta el Tribunal el argumento de la parte demandada relativo a que ante la negativa de las autoridades en concederle la licencia para establecer el proyectado negocio de cafetería, "ya no tenía alternativa distinta y simplemente se limitó a aprovechar las circunstancias de que un tercero ofreció tomar en arrendamiento tal local, con la condición de que le diese destinación diferente a la de que era objeto cuando operaba allí 'Bazar Guayaquil', por lo demás, agrega, que sería contrario a toda noción de derecho el que más bien ha debido dejar cerrar el local indefinidamente, siendo éste fuente de riqueza".

A lo anterior contesta el Tribunal, interpretando armónicamente el numeral 2º del artículo 18 con el 522 del Código de Comercio, que "bien podía entonces, la entidad demandada ocupar tal local ... siempre que no fuera a desarrollar 'actividades similares a las que tenía el arrendatario'. Lo que si no podía hacer la sociedad demandada, por no permitírselo la ley, así el fallo no hubiese explicitado (sic) esa obligación de no hacer, era 'darla en arrendamiento', porque eso implicaba un 'fraude a la ley' cuya ocurrencia trató el legislador de evitar, precisamente con estas normas, según lo explican los redactores del proyecto del Código de Comercio. Por lo demás, la circunstancia no establecida de que la nueva arrendataria se comprometía a no destinar el local a instalar allí una empresa similar a la que tenía Luis A. Quijano y Compañía Limitada, tampoco sirve de razón exculpatoria, pues la nueva inquilina tenía calidad de tercero y a ella no la vinculaban para nada los efectos del fallo. De suerte que al hacerlo así la arrendadora asumió las consecuencias que su conducta pudiera acarrear".

Que al efecto basta con considerar —continúa— el argumento consistente en que no cabía aplicar en ese caso las normas de los artículos 518 y 522 del Código de Comercio, por cuanto el contrato de arrendamiento entre Quijano y San Jorge fue celebrado con anterioridad a la vigencia del Código. Para rebatirlo, dice el sentenciador que "resulta demasiado indicativo el hecho de que en la demanda de lanzamiento promovida por Inversiones San Jorge Limitada contra Luis A. Quijano y Compañía Limitada se hubieran invocado como fundamento las normas del artículo 518 del Código de Comercio, por cuanto ya se había consolidado el derecho a la renovación del contrato de arrendamiento del local por parte de la inquilina. Y con fundamento en esa misma norma y lo dispuesto por el artículo 519 se formuló el deshaucio".

Finalmente, en cuanto a "los otros medios de defensa aducidos por la parte demandada, como fueron: inexistencia de la obligación, carencia de acción, petición de modo indebido, falta de causa y ausencia del derecho invocado, ha de observarse que por lo menos las dos primeras y la última según lo han dicho la Corte y la doctrina procesal, no constituyen propiamente excepciones y todas sin salvedad alguna se deben fundamentar debidamente ... lo cual no se hizo".

Partiendo de la base de que las súplicas de la demanda deben prosperar y que los medios de defensa aducidos por el demandado están condenados al fracaso, se detiene en el estudio del perjuicio indemnizable y afirma que para que lo sea debe tener las calidades de directo, cierto y actual. Analiza en seguida los diversos aspectos del daño sufrido por la parte demandante y cuya indemnización solicita, y observa que en la sentencia de primera instancia se aceptaron como tales las mejoras hechas en el local, el derecho de cesión o prima, los gastos por concepto de avisos y de traslado al nuevo local "así como los conceptos que señala el artículo 522 del Código.

Al mismo tiempo desestimó los renglones relativos al valor del seguro de incendio, inoperancia de la propaganda y variación de la dirección postal y telegráfica, por cuanto no se demostraron. Con relación al llamado 'Good Will' desestimó también tal pretensión acogiendo la argumentación de la parte demandada, pues que fuera de que nada se estableció en el plenario con relación a la existencia de tal intangible, el demandante lo confundió con concepto de prima. Empero, como no halló establecida la cuantía de los renglones reconocidos, la condena fue hecha *in genere*".

Luego de resumir los argumentos de la parte demandada para sostener que a su cargo no existe obligación alguna de indemnizar los referidos perjuicios, expone el Tribunal: "Lo primero que cabe observar con relación a los renglones que ha de comprender la indemnización a un arrendatario en cuyo perjuicio fueron desconocidos las normas de protección del arrendamiento de locales, es que a diferencia de lo que sucede con los casos de la responsabilidad contractual y la aquiliana, la misma ley ha señalado unos rubros indemnizables y ha precisado, al mismo tiempo su forma de tasación; forma ésta por demás novedosa y que la misma Corte encuentra enteramente aceptable diciendo de esas normas que 'al tomar en cuenta los elementos del perjuicio para efectos de la indemnización, los textos responden a la técnica sobre la materia' ".

Dice en seguida, sin embargo, que la enumeración de los elementos indemnizables que hace el artículo 522, no es taxativa, "como ya lo han observado acertadamente algunos comentaristas".

Partiendo de esa premisa agrega que dentro de los "renglones por los cuales se permite demandar indemnización ... la parte actora logró demostrar ... la implantación de mejoras en el local y que en verdad el desalojo del mismo le ocasionó perjuicios, se imponen entonces algunas consideraciones que sirvan para determinarlos en el incidente de liquidación, porque como lo dijo el *a quo*, no es posible ahora determinar el *quantum*.

"Con relación *a las mejoras* (subraya el Tribunal) que se alegan ... han de tenerse en cuenta para los efectos de la tasación, las circunstancias alegadas por la parte demandada con relación al surgimiento a la vida jurídica de Luis A. Quijano y Compañía Limitada. Por ello sólo habrán de reconocerse las instaladas con posterioridad al 23 de mayo de 1970, comprendiendo útiles y necesarias y por su valor actual como dice el artículo 522.

"Respecto de la *prima de cesión* (subrayado el original), la cual le fue reconocida a la actora por el señor juez de instancia, también habrá de confirmarse tal concepto del fallo recurrido, pues fuera de que el inciso 3º del artículo 523 permite la cesión del contrato de arrendamiento, cuando sea consecuencia de la enajenación del respectivo establecimiento, y en el proceso se demostró, en los términos indicados por el artículo 190 del Código de Procedimiento Civil en armonía con el 3º del Código de Comercio la existencia de tal costumbre en la plaza, la cual ha de aplicarse por disposición del artículo 6º del mismo ordenamiento mercantil".

Afirma el sentenciador, que si bien no está probado que la sociedad demandada hubiera cobrado prima alguna por el arrendamiento del local, "ni tampoco se lucró de ese intangible y que, además, la actora conserva su nombre comercial y su actividad en un local de enfrente", "ese derecho a la prima lo tiene establecido la costumbre en favor del inquilino que cede o subarrienda un local comercial debidamente acreditado, pero no al propietario del mismo, es lo cierto también que habiéndose consolidado en la sociedad demandante el derecho a la renovación del contrato de arrendamiento sobre el local que ocupaba hacía bastante tiempo, al serle desconocido ese derecho, se le privó de una ganancia que al fin de cuentas se vino a traducir en lucro o mejor en parte del lucro cesante sufrido con el desalojo y éste se halla expresamente reconocido por el mismo artículo 522 ...". Además, no ha de perderse de vista que el reclamo no se está haciendo a título de reembolso contra la demandada sino a manera de sanción y reparación de un perjuicio al mismo tiempo.

"Si se quiere, al decir de la Comisión Redactora de la Reforma del Proyecto del Código de Comercio, al cual se ha aludido tantas veces, fue la protección de ese intangible lo que vino a determinar más decididamente la reglamentación consagrada para la protección de los derechos del arrendatario".

De esta suerte, a juicio del sentenciador, el derecho a la prima debe quedar incluido dentro de la indemnización a cuyo pago se condena a la parte demandada. Dice sin embargo, que ello "no implica también acogimiento de la protección por concepto de 'Good Will' alegado por la parte actora ..." ya "que en muchas ocasiones, y ello parece que ocurrió en el caso de autos, se confunden por algunos el concepto de 'prima' y el de 'Good Will', cuando aquélla es una prestación concreta que es el precio adicional que se paga por una empresa acreditada y organizada. Agrega en seguida que especialmente "por cuanto no resultan elementos suficientes para dar por establecido ese intangible, fue rechazado por el señor juez de instancia acogiendo al mismo tiempo, las alegaciones de la parte demandada, rechazo que habrá de mantenerse al confirmar la decisión del *a quo* sobre este punto".

El Tribunal comparte también las razones que tuvo el juez de primera instancia por "lo que atañe al reconocimiento por gastos de aviso y por razón del traslado al nuevo local; ... lo mismo cabe decir con relación a la negativa respecto a los renglones por inoperancia de la propaganda radial y escrita, y por variación de la dirección postal y telegráfica, traslado de teléfono, así como la negativa al reconocimiento del seguro de incendio por carencia de prueba".

Finalmente, agrega que no hay prueba alguna de que la sociedad demandante hubiera tenido que despedir y pagar las consiguientes prestaciones a los trabajadores que empleaba en el local del cual fue desalojada y que por el monto de la indemnización que llegue a fijarse al ejecutar la sentencia no cabe condenar al pago de intereses "como lo ha expuesto la jurisprudencia nacional".

De todo lo anterior, concluye el Tribunal que la sentencia apelada debe confirmarse.

El recurso de casación

Primer cargo. Se acusa la sentencia, dentro del campo de la causal primera, por aplicación indebida de los artículos "522, 516 numeral 5º del Código de Comercio; 2341 del Código Civil en relación con el 822 del Código de Comercio; 28 y 30 del Código de Comercio, éste por inaplicación y como medio para llegar a las otras".

Tales violaciones se atribuyen a errores de derecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de las siguientes pruebas:

a) Certificado de la Cámara de Comercio de Medellín;

b) Todas las copias de la actuación en el proceso de lanzamiento de "Inversiones San Jorge Limitada" contra "Luis A. Quijano y Compañía Limitada" que obran en el expediente;

c) El interrogatorio del representante de Inversiones San Jorge, y

d) "Las declaraciones del cuaderno 2, folios 5 a 12 y folio 12 cuaderno 3".

Al fundamentar el cargo dice el recurrente que si bien Inversiones San Jorge "siguió el proceso de lanzamiento del local 47-01 de la carrera 52 de Medellín contra 'Luis A. Quijano y Compañía Limitada', con quien lo ligaba el respectivo contrato de arrendamiento, como lo reconocieron juzgado y Tribunal, y se le impuso la obligación de destinarlo a un objeto sustancialmente distinto al negocio que mantenía el arrendatario en aquél, es obvio que al incumplirlo por no haber obtenido licencia municipal para instalar allí un negocio de cafetería, y verse forzado a arrendarlo a Inversiones El Regalo, el acreedor al resarcimiento de los perjuicios era 'Luis A. Quijano y Compañía Limitada, pero respecto a los sufridos por dicha sociedad, quien se suponía ti-

tular del establecimiento de comercio que funcionaba en el local. Pero desde que posteriormente *se demostró que no era la dueña* (se subraya) sino la sociedad 'Quijano Aristizábal y Compañía Limitada' los perjuicios ocasionados a ésta mal puede exigirlos aquélla a pesar de haber sido objeto del lanzamiento, pues a la indemnización sólo tiene derecho quien lo sufre.

"Y es igualmente claro que si según la prueba del registro de comercio, el dueño del establecimiento mercantil del local que funcionaba en el local materia del desalojo no era el arrendatario sino una sociedad diferente, sólo ésta puede reclamar el resarcimiento. Por tanto, si a la luz del artículo 516, numerales 3º, 4º y 7º del Código de Comercio, los bienes forman parte del establecimiento mercantil, se deduce que los gastos en que se traducen los perjuicios los realizó éste y no el arrendatario del local, por lo cual aquél sólo está legitimado para obrar conforme al artículo 522 del Código de Comercio en relación con sus propios gastos debidamente comprobados".

Sobre estas bases, la censura puntualiza los errores de derecho que le atribuye al sentenciador así:

a) Que el certificado de la Cámara de Comercio decretado como prueba oficiosa por el Tribunal acredita que hasta el año de 1971 la sociedad "Quijano Aristizábal y Compañía Limitada", disuelta y en estado de liquidación, figuraba como propietaria de un establecimiento denominado "Bazar Guayaquil", situado en la carrera 52 Nº 47-01, y que a su turno, "Luis A. Quijano y Compañía Limitada" aparecía como dueña del establecimiento denominado igualmente "Bazar Guayaquil", situado en la carrera 52 Nº 46-28.

Afirma el recurrente, que el certificado en cuestión demuestra que la sociedad demandante *no era la propietaria* del establecimiento de comercio situado en el local que fue objeto del lanzamiento sino otra sociedad distinta, "que mantenía su personalidad para efectos de la liquidación (Código de Comercio, artículo 222)... Si la sentencia acusada no le dio a dicha certificación su alcance probatorio propio, incurrió en error de derecho en su apreciación, pues en este caso la ley exige prueba concreta y excluye cualquier otra, por lo cual en el mismo error incurrió al asignarle fuerza probatoria para demostrar que el establecimiento de comercio era de propiedad del arrendatario del local materia del lanzamiento, o sea Luis A. Quijano y Compañía Limitada a otros medios probatorios";

b) El recurrente encuentra en seguida un nuevo error de derecho en que a su juicio incurrió el Tribunal, al darle fuerza probatoria, en cuanto a la propiedad del establecimiento de comercio de que se trata, a elementos de juicio diferentes al referido certificado de la Cámara de Comercio, tales como: la actuación en el proceso de lanzamiento, de la cual infiere que Luis A. Quijano y Compañía Limitada "era al tiempo arrendataria del local y dueña del establecimiento comercial que allí funcionaba", a la declaración de parte rendida por el representante legal de Inversiones San Jorge en que admite que Luis A. Quijano y Compañía Limitada era la titular del establecimiento"; y a "las declaraciones de testigos mencionados allí mismo sobre mejoras efectuadas por dicha sociedad en el local.

"Pero como estos medios de prueba no pueden suplir —agrega la censura— ni contradecir la certificación de la Cámara de Comercio sobre que tal sociedad no era dueña del establecimiento mercantil que funcionaba en el local número 47-01 de la carrera 52, pues el dueño era otra sociedad, el error de derecho se configuró por este otro aspecto.

A renglón seguido resume su acusación diciendo que "la apertura de los establecimientos de comercio debe inscribirse en el registro mercantil, en el cual se lleva la matrícula de los mismos, lo que indica que es formalidad inherente a su existencia legal, como se deduce de los artículos 28 numeral 6º y 26 del Código de Comercio, el segundo de los cuales, numeral 6º (sic) es explícito en el sentido de que deben registrarse tanto la apertura como los actos que modifiquen o afecten la propiedad de los mismos o su administración. Por ello, su existencia debe probarse con el registro, mediante la certificación de la Cámara de Comercio. Si en el presente caso ésta certifica que el establecimiento que funcionaba en la carrera 52 Nº 47-01 de Medellín pertenecía a 'Quijano Aristizábal y Compañía Limitada', se concluye que no era de propiedad de la demandante, quien por tanto está desprovista de legitimación en causa para exigir el pago de los perjuicios derivados del lanzamiento realizado por Inversiones San Jorge ..., lo que explica también que los contratos de arrendamiento no estaban en cabeza del establecimiento como excepción a lo previsto en el artículo 516 numeral 5º del Código de Comercio".

Como remate de su acusación dice el recurrente:

"Y como la sentencia dio por probado que el establecimiento de comercio existía en cabeza de 'Luis A. Quijano y Compañía Limitada' con prueba distinta a la certificación de la Cámara de Comercio y contra el texto de ella, se configuraron los errores de derecho alegados, que trascendieron en la violación de los artículos 30 del Código de Comercio como medio, 28 ibídem, numeral 6º por falta de aplicación, por cuanto desconoció que en el registro de comercio deben inscribirse la apertura de los establecimientos mercantiles y los actos que los modifiquen o afecten y 26 por cuanto establece el registro mencionado para llevar la matrícula de dichos establecimientos; 522 por cuanto lo aplicó sin tener legitimación en causa la parte demandante para reclamar el pago de los perjuicios, y 516 numeral 5º porque el derecho derivado del arrendamiento del local y las indemnizaciones respectivas no pertenecían a un establecimiento de Luis A. Quijano y Compañía sino de Quijano Aristizábal y Compañía Limitada".

La Corte considera

"La autonomía de la voluntad —dijo la Corte en sentencia del 20 de abril de 1940— ha sufrido y continúa sufriendo serios recortes, ya por motivos de interés social y aun de orden público, ya por un empeño de tutela en amparo de los individuos y en guarda de la equidad. Ejemplo de ello es la prohibición de renunciar ciertas ventajas con que el legislador protege a obreros y empleados; ejemplo son también de ello las disposiciones que establecen acción rescisoria de la compraventa por lesión enorme, reducción de la pena excesiva en las obligaciones con cláusula penal, rebaja del interés inmoderado en el mutuo y rescisión de la aceptación de una asignación por lesión grave (Código Civil, artículos 1291, 1601, 1946 y 2231). Estas situaciones, en su caso y en los análogos, no puede descuidarlas y abstenerse de considerarlas el juzgador" (XLIX, página 247).

"La libre facultad de contratación, sin restricciones de ninguna especie, cedió el campo a la intervención estatal en beneficio de los intereses generales" (LIX, página 317, sentencia de 26 de septiembre de 1945).

Las restricciones a la autonomía de la voluntad en el campo de los contratos de derecho privado a que se refieren las doctrinas transcritas, se han acentuado en el de arrendamiento de fincas urbanas, ora las destinadas a habitación, ya las dedicadas a actividades mercantiles. Dentro de las normas de derecho positivo que se han proferido a ese respecto se destacan las siguientes:

a) El parágrafo del artículo 3º de la Ley 7ª de 1943, autorizó al Gobierno "para dictar las medidas necesarias a fin de establecer el control en los arrendamientos de las habitaciones y locales urbanos". Conviene advertir que la Corte, en sentencia del 3 de marzo de 1971 (CXXXVII, página 62) puso de presente que esas facultades eran las especiales de intervención de que trata el artículo 76-11 de la Constitución Nacional y que por consiguiente tienen la misma duración de la ley que las otorga (en el mismo sentido sentencias del 25 de agosto y de 3 de agosto del corriente año, aún sin publicar);

b) En desarrollo de las mencionadas facultades fueron dictados los Decretos 868, 1034 y 2768 de 1946, mediante los cuales, entre otras cosas, se regulaban los precios máximos que podían cobrarse por arrendamiento en proporción al avalúo catastral de las fincas, se fijaban los lugares de aplicación de tales normas (ciudades de más de 50.000 habitantes) y salvo en ciertos casos, se prohibía al arrendador solicitar la devolución del inmueble arrendado en el caso de vencimiento del plazo estipulado. Igualmente, el último de tales decretos consagró para el arrendatario el derecho a exigir al arrendador el pago del doble del exceso que le hubiere cobrado;

c) Los Decretos 453 y 1070 de 1956, expedidos en ejercicio de las facultades del artículo 121 de la Constitución y convertidos luego en normas permanentes por la Ley 141 de 1961, establecieron severas normas atinentes a los arrendamientos, tales como la prohibición a los arrendadores para exigir cauciones a sus arrendatarios; la prórroga indefinida en favor de éstos del plazo a que estuvieran sujetos los contratos de arrendamiento; y la congelación de los precios respectivos a los que estuvieran vigentes en 31 de diciembre de 1955. Posteriormente se exceptuaron de ese régimen restrictivo los contratos de arrendamiento celebrados por entidades de crédito que administraran los inmuebles en virtud de contratos de anticresis y las propiedades de entidades de asistencia y beneficencia pública;

d) El Código de Comercio que entró a regir el 1º de enero de 1972 estableció una preceptiva especial para el contrato de arrendamiento de los locales comerciales, que en lo que concierne al caso en estudio se comentará más adelante;

e) Por último, en desarrollo de las facultades conferidas por la Ley 7ª de 1943 a que atrás se hizo mención, el Gobierno Nacional reestableció el control de precios de arrendamiento de bienes

raíces urbanos, mediante los Decretos 2770 de 1976 y 63 de 1977, cuya vigencia se prorrogó por medio del 2923 de este último año.

Algunos de los preceptos del Código de Comercio referentes al arrendamiento de locales comerciales, concretamente los artículos 518, 520, 521, 522 y 524, fueron acusados de inexequibles, lo que brindó a la Sala Plena de la Corte la oportunidad de analizarlos y de comentarlos en su sentencia del 20 de noviembre de 1971 (CXXXVIII, páginas 482 y siguientes).

Dijo la Corte en ese fallo: "La regulación por el Código de Comercio de los contratos de arrendamiento de locales ocupados por comerciantes, tiene sus antecedentes y explicaciones en el primitivo proyecto presentado por el Gobierno al Congreso en el año de 1958 y en el articulado correspondiente. Los textos que ahora se cuestionan son, con muy pocas variaciones, los mismos que se propusieron entonces sobre la materia. La exposición de motivos, que, como se verá, invoca para concluir aquella normación, altos conceptos de interés social y de justicia distributiva entre arrendador y comerciante-inquilino, son en lo pertinente, de este tenor:

" '9ª Aspecto muy importante ... es el relativo a la regulación de los arrendamientos de locales comerciales. La comisión considera que el concepto romano de la propiedad ha evolucionado considerablemente y ha perdido parte de su rigidez individualista, para recibir también el benéfico choque de las realidades sociales, que han humanizado el derecho moderno y que han dado una fecunda virtualidad a los principios del enriquecimiento sin causa y del abuso de los derechos'.

" '... La comisión, siguiendo muy de cerca el decreto francés de 1953 ha propuesto, como parte integrante de su proyecto, una serie de preceptos destinados a regular las relaciones entre los propietarios y los arrendatarios de los locales ocupados con establecimientos de comercio'.

" 'La segunda idea fundamental que desarrolla el proyecto es la de que hay un interés general comprometido en la subsistencia de toda empresa industrial o comercial, porque el trabajo estable y organizado es siempre mucho más productivo y ventajoso para un país que el trabajo simplemente ocasional ...' ".

En la exposición de motivos cuyos apartes continúa transcribiendo la sentencia que se comenta, se dice que "la comisión prevé un sistema de protección del derecho del arrendatario" en el que sobresalen los aspectos que en seguida se resumen:

a) Derecho a la renovación del contrato de arrendamiento cuando éste ha tenido una duración no inferior a dos años (artículo 33 del proyecto y 518 del Código de Comercio). "Con la aclaración muy importante de que no se trata del derecho a una prórroga del contrato el que va a seguir rigiendo sino uno nuevo, que puede acordarse o celebrarse con sujeción a las circunstancias, especialmente en cuanto a precio y condiciones de utilización de la cosa arrendada";

b) "Derecho del arrendador a negarse a la renovación del contrato, en todos los casos. Pero obligación para éste de pagar los perjuicios que ocasione al arrendatario, si no hay un motivo que justifique su conducta (artículo 33). Para esto se fijan precisamente como causas justas para no acceder a la renovación del contrato: ... 2º, que el arrendador necesite los locales por las razones y para los fines que se indican expresamente en el proyecto, como ... para sus propios negocios ... En todos estos casos el propietario no está, pues, obligado a indemnizar perjuicio alguno si se niega a renovar el contrato ...";

c) "... ... ...".

ch) "Para evitar, desde luego, que se haga fraude a la ley mediante situaciones ficticias, se prevé que si se priva al inquilino de un local por cualquiera de las causales segunda, tercera y cuarta que se indican en el artículo 33 (artículo 518 del Código de Comercio) y de hecho no se inician las obras o no se da a los locales el destino para el cual se hayan reclamado, habrá lugar a la indemnización de perjuicios" (Proyecto del Código de Comercio —Ministerio de Justicia— julio de 1958).

Concretamente en cuanto al artículo 522 de cuya aplicación indebida se acusa al Tribunal, en la sentencia atrás mencionada dijo la Corte lo siguiente: "El artículo 522 contempla las indemnizaciones que deberá pagar el propietario en caso de no dar a los locales el destino invocado para lograr su desocupación ... y a la manera de justipreciarlos. Son preceptos consecuenciales de los anteriores (se refiere a los artículos 25, 518, 520 y 521), hacen un todo. Si en los primeros campea una prevalencia del interés social en muchos aspectos; si en otros, por razones de equilibrio en las relaciones jurídicas de los contratantes, se otorgan ciertos derechos al arrendatario, resulta obvio que la normación del Código de Comercio, en este punto previera las consecuencias de su violación y la manera de hacerla efectiva. Por lo demás, al tomar en cuenta los

elementos del perjuicio para efectos de la indemnización, los textos responden a la técnica sobre la materia, se arreglan a lo propuesto en la exposición de motivos transcrita, y no implican quebranto alguno de la Constitución".

Tanto las anteriores consideraciones de la exposición de motivos del proyecto de Código de Comercio como las de la Sala Plena de la Corte en su sentencia atrás citada, constituyen antecedentes muy valiosos por el aspecto filosófico-jurídico para resolver la cuestión *sub judice*.

El artículo 518 del Código de Comercio establece en favor del comerciante arrendatario que haya ocupado el local durante dos años por lo menos el derecho a la renovación del contrato, derecho éste cuyo alcance quedó precisado en líneas anteriores. Dispone también ese texto legal que el mencionado derecho desaparece en los siguientes casos:

"1º Cuando el arrendatario haya incumplido el contrato;

"2º Cuando el propietario necesite los inmuebles para su propia habitación o para un establecimiento suyo destinado a una empresa sustancialmente distinta a la que tuviere el arrendatario, y

"3º Cuando el inmueble debe ser reconstruido, o reparado con obras necesarias que no puedan ejecutarse sin la entrega o desocupación, o demolido por su estado de ruina para la construcción de una obra nueva".

A su turno, el artículo 520 exige que en los casos previstos en los numerales 2º y 3º que se acaban de transcribir, el propietario "desahuciará al arrendatario con no menos de seis meses de anticipación a la fecha de terminación del contrato, so pena de que éste se considere renovado en las mismas condiciones y por el mismo término del contrato inicial" salvo que "el inmueble sea ocupado o demolido por orden de autoridad competente".

"En todos estos casos —dice la comisión— el propietario no está, pues, obligado a indemnizar perjuicio alguno si se niega a renovar el contrato". A menos, agrega la Corte, que se presente alguno de los eventos que indica el artículo 522.

El artículo 522 impone al propietario del local de comercio que no le dé el destino para el cual desahució al arrendatario, la obligación de indemnizar a éste de los perjuicios que haya sufrido con motivo de la desocupación y entrega de dicho local, así como también, cuando en ese mismo caso lo arriende a un tercero o lo utilice "para establecimientos de comercio en que se desarrollen actividades similares a las que tenía el arrendatario".

De lo anterior, se concluye sin lugar a la menor duda que cuando ocurre la situación contemplada en el numeral 2º del artículo 518, el arrendatario comerciante que habría tenido derecho a la renovación del contrato, está legitimado para demandar la indemnización si en las condiciones expuestas se vio en la necesidad de desocupar el local en que tenía su establecimiento de comercio, y que el deudor de tal indemnización es el propietario que transgredió lo dispuesto en el artículo 522. Ese mismo texto indica en su segundo inciso los factores que se pueden incluir en la estimación de los perjuicios, los que, desde luego, deben ser ciertos, es decir, que verdaderamente se hayan causado al arrendatario. La fijación del monto respectivo debe hacerse con intervención de peritos como lo dispone el mismo texto legal.

Lo que se deja expuesto conduce a concluir que esa obligación de indemnizar de que se está hablando, no tiene como fuente la responsabilidad por culpa aquiliana de que trata el Título XXXIV del Libro IV del Código Civil, sino la ley que la consagra; de consiguiente, es del todo ajena al factor culpa esencial en aquélla, aunque como lo expresó la comisión que elaboró el proyecto del Código de Comercio, el fundamento ético de tal responsabilidad se apoya simultáneamente en los fenómenos jurídicos del abuso del derecho y del enriquecimiento sin causa.

De esta responsabilidad sólo se libera el deudor de la indemnización si se demuestra que un acontecimiento imprevisible e irresistible le impidió utilizar el local para su propio negocio o para iniciar oportunamente las obras tendientes a reconstruirlo, repararlo, demolerlo o construir una edificación nueva, según el caso. Es el efecto liberatorio de la fuerza mayor y el caso fortuito para todo tipo de responsabilidad, sobre la base de que no se hayan producido por culpa del deudor.

Como se desprende también de los artículos 518 y 522 del Código de Comercio para todos los efectos que en ellos se indican, se requiere que el arrendatario sea comerciante (el artículo primeramente citado lo denomina "empresario") y que haya ocupado el local objeto del arrendamiento no menos de dos años consecutivos "con un mismo establecimiento de comercio". El solo hecho de tener establecimiento de comercio, según el artículo 13 numeral 2º, hace presumir que la persona que lo tiene ejerce el comercio. Por otra parte, el artículo 21 dispone que se "ten-

drán así mismo como mercantiles todos los actos de los comerciantes relacionados con actividades o empresas de comercio" y el artículo 25 que "se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio".

Las personas que ejerzan profesionalmente el comercio, entre las que están incluidas aquéllas de que tratan los artículos del Código del ramo mencionados en el párrafo inmediatamente anterior, están obligadas a inscribirse en el registro mercantil, so pena de incurrir "en multa hasta de diez mil pesos que impondrá la Superintendencia de Industria y Comercio, sin perjuicio de las demás sanciones legales". Así lo disponen los artículos 28 numeral 1º y 37. Sin embargo, no existe norma legal alguna que establezca que de faltar esa inscripción, la persona que ejerza el comercio a través de un establecimiento mercantil, deje de ser comerciante y de estar sujeta a las normas del Código de Comercio.

Tampoco hay texto alguno que consagre como requisito ad solemnitatem *para ejercer el comercio o* ad probationem *para demostrarlo, la inscripción en el registro mercantil. La falta de éste apenas merece la sanción pecuniaria de que atrás se habló.*

Finalmente, los artículos 518 y 520 que se vienen comentando, no exigen tampoco que para quedar cobijado por sus normas y por las del artículo 522, el propietario del local comercial arrendado tenga la calidad de comerciante. Puede llegar a tenerla, pero sólo en el caso de que una vez recuperado el local que ocupaba el arrendatario objeto del desahucio, lo destino efectivamente para "un establecimiento suyo destinado a una empresa sustancialmente distinta de la que tuviere" aquél. Ya se ha visto que en caso contrario incurre en la responsabilidad que señala el artículo 522, lo que también le sucede a los propietarios del local no comerciantes que proceden en forma contraria a lo que disponen esos textos legales.

En efecto, para que el propietario incurra en la mencionada responsabilidad, no se requiere que sea comerciante ni por ende que esté inscrito en el registro mercantil, si solicitó la desocupación del local para reconstruirlo, repararlo, demolerlo o hacer una nueva construcción. Como se expuso al relatar los antecedentes de este proceso, está demostrado que Inversiones San Jorge no sólo no destinó el local que ocupaba Luis A. Quijano para los fines que indicó en su demanda de lanzamiento, sino que lo arrendó a un tercero, cual es Inversiones El Regalo y éste lo dedicó a desarrollar actividades similares de las que tenía el arrendatario.

La prosperidad del proceso de lanzamiento promovido por la sociedad aquí demandada contra Luis A. Quijano y Compañía acredita sin lugar a dudas que la justicia consideró que aquélla era la propietaria del local; que estaba dispensada de respetar el derecho de renovación del contrato de arrendamiento que consagra el artículo 518; y que Luis A. Quijano era el empresario que a título de arrendamiento había ocupado dicho local por más de dos años, como lo afirmó el representante legal de Inversiones San Jorge en la demanda que dio origen al citado proceso. De lo contrario, el resultado de éste habría sido distinto. Tanto en la sentencia de primera instancia como en la de segunda, expresamente se advirtió a la demandante que triunfó, o sea, a Inversiones San Jorge Limitada, que debía "destinar el local a las actividades indicadas en su demanda (cafetería) distintas a las que ha venido desarrollando el demandado (venta de telas), en la forma, términos y bajo las consecuencias que ordena el artículo 522 del Código de Comercio". Esa prevención, pues, estaba dirigida a la parte demandante en el proceso de lanzamiento, con independencia de si el establecimiento de comercio que ocupaba el local arrendado había pertenecido antes a otra persona jurídica o natural.

Es de observar que el término de dos años que señala el primer inciso del artículo 518 se refiere a la duración del arrendamiento del local de comercio, es decir, al tiempo de ocupación que a ese título lo haya tenido el arrendatario, pero en manera alguna a su calidad de propietario del establecimiento mercantil. Tampoco exige la ley, como atrás se dijo, que ese propietario del negocio sea o haya tenido la calidad de comerciante durante todo ese tiempo, ni menos aún, que dicha calidad o la de simple dueño de un establecimiento de comercio solamente pueda demostrarse con la inscripción en el registro mercantil como lo pretende el recurrente. Otra cosa es la manera de demostrar la inscripción misma que indica el artículo 30 del Código de Comercio.

En estas condiciones, la Corte no vislumbra siquiera el error de derecho que el recurrente atribuye al Tribunal, y si no lo hubo, el cargo puede prosperar.

Segundo cargo. También dentro del campo de la causal primera de casación se acusa la senten-

cia por aplicación indebida de los artículos 518 y 522 del Código de Comercio y 2341 del Código Civil "en relación con el 822 del Código de Comercio y 523 de éste por inaplicación derivada de error de hecho por apreciación errónea de la prueba del contrato de arrendamiento del local 47-01 de la carrera 52 de Medellín entre Inversiones San Jorge y Luis A. Quijano y Compañía Limitada y de su terminación, que adelante se especifican".

Este cargo tiende a impugnar la sentencia del Tribunal sólo en cuanto entre las bases con arreglo a las cuales deben liquidarse los perjuicios a cuyo pago fue condenada la parte demandada, incluyó la prima por cesión del local que ocupaba Luis A. Quijano y Compañía Limitada.

A juicio del recurrente, aunque esté bien demostrada la costumbre de pagar dicha prima, el sentenciador *ad quem* no podía ordenar que se la tuviera como integrante de la indemnización, porque él mismo reconoció que no había prueba alguna de que el nuevo inquilino la hubiera pagado a Inversiones San Jorge. Por otra parte, la prima en cuestión sólo se paga cuando el inquilino ha cedido el contrato, para cuyo efecto es requisito indispensable, según el artículo 523, la autorización expresa o tácita del arrendador. El Tribunal supuso la prueba de tal autorización, no obstante que brilla por su ausencia en el proceso.

De lo anterior concluye la censura que la citada prima, que fue incluida por el Tribunal dentro de los factores que conforman la indemnización, carece del carácter cierto que debe tener todo perjuicio para que sea resarcible. Y afirma además, que la indemnización persigue únicamente el resarcimiento de daños sufridos y que por tanto, contra lo que asevera el sentenciador, no cabe considerarla o tenerla como sanción, porque se trata de dos conceptos jurídicos diferentes.

"Por tanto —dice el recurrente—, para que exista potencialmente el derecho a la prima establecida por la costumbre, sobre cuya prueba no media objeción, observo que según la misma prueba y las complementarias que cita el sentenciador, el arrendador debe autorizar la cesión del arrendamiento, que es el elemento *sine qua non* para que la prima se cause. Y como el arrendador no está obligado a autorizar la cesión, mientras no se pruebe legalmente que lo hizo o que lo habría hecho, la prima que constituye un beneficio o retribución para el arrendatario, es una mera suposición, o sea un perjuicio incierto",

Más adelante expresa que si el contrato de arrendamiento existente entre Luis A. Quijano e Inversiones San Jorge "tenía una duración de dos años cuando fue terminado por el lanzamiento ... que es la prueba a que alude el Tribunal para deducir el desconocimiento del derecho a la renovación prevista en el artículo 518 del Código de Comercio, de donde deduce la privación de la ganancia de la prima que el arrendatario habría cobrado a un tercero al cederle el contrato de arrendamiento, dichas pruebas no acreditan que el arrendador habría autorizado la cesión referida, no obstante lo cual con su base encuentra demostrado el perjuicio objeto de la demanda en cuanto a la prima se refiere, lo cual constituye un daño futuro pero incierto. Y no se diga que tales indicios sirven de fundamento a la sentencia en este punto, pues la autorización del arrendador para la cesión no surge del contrato mismo, ni de su renovación legal, ni de su terminación anticipada".

Consideraciones de la Corte

El artículo 522 del Código de Comercio, establece en favor del arrendatario del local comercial que ha perdido su derecho a la renovación del contrato que consagra el artículo 518 y que además se ha visto obligado a restituirlo a su arrendador, el derecho a ser indemnizado de los perjuicios que haya sufrido con ese motivo, si el propietario del citado local no le da el destino indicado en el desahucio o no acomete las obras que se proponía realizar dentro de los tres meses siguientes a la entrega.

Dentro de los perjuicios indemnizables, el segundo inciso del mismo artículo dispone que deben incluirse *el "lucro cesante sufrido por el comerciante, los gastos indispensables para la nueva instalación, las indemnizaciones de los trabajadores despedidos con ocasión de la clausura o traslado del establecimiento y el valor actual de las mejoras necesarias y útiles que hubiere hecho en los locales entregados".*

La redacción misma del texto legal y el empleo del verbo "incluir" demuestran sin duda alguna que esa enumeración de los factores que conforman los perjuicios no es limitativa. De consiguiente, para efecto de indemnizarlos pueden tenerse en cuenta todos los demás daños que el arrendatario demuestre haber sufrido como consecuencia de la clausura o del traslado del establecimiento comercial que tenía en el local arrendado. Esa clase de indemnización no tiene por qué sustraerse a las normas generales que con-

sagran los artículos 1613 a 1616 del Código Civil, aplicables a cuestiones mercantiles por mandato del artículo 822 del Código de Comercio; antes bien, encuadran perfectamente en lo que por regla general debe comprender toda indemnización.

En efecto, el citado artículo 522 se refiere en primer término al lucro cesante *y en segundo lugar enumera daños que obviamente están comprendidos en el* concepto de daño emergente.

La Corte, en sentencia del 7 de mayo de 1968 (aún no publicada), dijo y ahora lo reitera, que "los dos capítulos básicos del daño patrimonial contemplados y definidos por el artículo 1614 del Código Civil" son el daño emergente y el lucro cesante.

"El daño emergente abarca la pérdida misma de elementos patrimoniales, los desembolsos que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento de pasivo, causados por los hechos de los cuales trata de deducirse la responsabilidad; en tanto que el lucro cesante, cual lo indica la expresión, está constituido por todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirán luego, con el mismo fundamento de hecho. Y la pretensión indemnizatoria ha de conformarse a esta clasificación y ubicar adecuadamente los varios capítulos de la lesión.

"La existencia de un perjuicio cierto es indispensable para su reconocimiento en juicio de responsabilidad ... La imposibilidad de empleo de un bien útil, con el que se han venido satisfaciendo ciertas necesidades, permite conjeturar la presencia de un daño, que se establecerá, probando, además de ese antecedente, la suspensión de ganancias por la suspensión o la merma de la actividad productiva, o el desembolso que hubo de hacerse para procurar un medio sustitutivo del perdido temporal o definitivamente. En el primer caso se trata de lucro cesante, mientras que en el segundo, de daño emergente".

Estas son, pues, las bases generales a que está sujeta toda liquidación de perjuicios, dentro de las cuales, para los efectos del artículo 522 del Código de Comercio, la misma ley señala algunos renglones específicos que deben ser incluidos. Pero aquéllas y éstos están sometidas a ese presupuesto esencial a toda indemnización: que comprendan daños ciertos y que si de liquidación se trata, cuando la condena es *in genere,* su ocurrencia se haya demostrado en el proceso, así no lo haya sido "pormenorizadamente en sus detalles".

Es costumbre comercial debidamente acreditada en el proceso —como lo reconoce el mismo recurrente— que la cesión de un local de comercio por parte de su ocupante a un tercero, da lugar al pago de una prima.

Con el fin de que por obra del arrendador no se burle ese derecho del comerciante arrendatario, el artículo 518 del Código del ramo establece en favor de este último al derecho a la renovación del respectivo contrato de arrendamiento, al cabo de los dos años consecutivos de haberlo venido ocupando con un mismo establecimiento de comercio. Ese derecho a la renovación está condicionado, sin embargo, a que el arrendatario haya cumplido con todas sus obligaciones contractuales, a que el propietario no lo necesite "para su propia habitación o para un establecimiento suyo destinado a una empresa sustancialmente distinta de la que tuviere el arrendatario" y, finalmente, a que el inmueble no requiera" ser reconstruido o reparado con obras necesarias e incompatible con su ocupación, demolido por su estado de ruina o para la construcción de una obra nueva".

En esta forma, la ley trata de impedir que el arrendador pueda exigir a su arrendatario comerciante la devolución del local para que lo ocupe un tercero o para que el mismo arrendador lo destine a una actividad comercial similar a la que realizaba el inquilino. De no ser así, el ocupante perdería todo el esfuerzo realizado para acreditar el local de comercio que vendría a ser disfrutado gratuitamente por el tercero o por el mismo propietario. En esta forma se le conculcaría el derecho al pago de la prima que habría obtenido si lo hubiera cedido.

En el caso de autos está plenamente demostrado, como se vio que al local que ocupaba anteriormente "Luis A. Quijano & Compañía Limitada" con el almacén de telas y confecciones lo tiene actualmente un tercero con establecimiento comercial dedicado a actividades no sólo similares sino iguales a las que desarrollaba aquél. Ese tercero lo recibió a título de arrendamiento de "Inversiones San Jorge", la que como antigua arrendadora de Quijano y alegando que iba a ocupar el local con un establecimiento propio destinado a actividades distintas a las que desarrollaba Quijano, promovió con éxito contra éste un proceso de lanzamiento en virtud del cual se vio obligado a desocuparlo y a entregarlo a su arrendadora.

Esta conducta de San Jorge, contraria a las prescripciones del artículo 518 del Código de Comercio fue la que vino a determinar que Quijano perdiera el derecho a la prima que habría recibido en caso de haber cedido o subarrendado el local al establecimiento de comercio que allí funciona ahora, en el supuesto de que no hubiera sido lanzado burlando posteriormente la ley.

Este fue, pues uno de los perjuicios que sufrió Quijano y que por tanto hizo bien el Tribunal en incluirlo dentro de las bases a que debe sujetarse la liquidación respectiva.

No se vislumbra el error de hecho en que habría incurrido el sentenciador en la apreciación de las pruebas ni tampoco el quebranto de las normas sustanciales que indica la censura. De consiguiente, el cargo no prospera.

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 impugnada y condena en costas al recurrente.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Alberto Ospina Botero, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Ricardo Uribe-Holguín.

Luis H. Mera Benavides
Secretario.

NULIDAD DEL CONTRATO POR VICIO DEL CONSENTIMIENTO

a) Presunción del derecho de incapacidad del interdicto;

b) Presunción legal de capacidad del no interdicto.

Si en la celebración de un contrato las partes no ajustan sus estipulaciones a los requisitos que exige la ley para su validez, o sea, internos o de fondo y externos o de forma, tal relación contractual está llamada a desaparecer y, por ende, a perder toda su fuerza vinculante, por haber entrado en la órbita de los negocios nulos. Prueba en el proceso sobre interdicción por demencia. Es imprescindible la prueba de peritos médicos, si el litigio versa sobre interdicción por demencia.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E. octubre 10 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 15 de marzo de este año, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el proceso ordinario instaurado por Ricardo Pérez Roa contra Gentil Caviedes Osorio.

Antecedentes

I. Ante el Juzgado Civil del Circuito de Purificación, solicitó el mencionado demandante que con sujeción a los trámites de un proceso ordinario de mayor cuantía y con citación del aludido demandado, se hiciesen los pronunciamientos siguientes:

a) Que es nulo el contrato de compraventa celebrado entre Ricardo Pérez Roa y Gentil Caviedes Osorio, contenido en la Escritura pública número 477 de 23 de diciembre de 1969 de la Notaría Unica del Círculo de Purificación, registrada en la misma fecha;

b) Que como consecuencia de la declaración precedente, se disponga la cancelación del registro de la mencionada escritura y se condene al demandado a restituir al demandante el bien inmueble de que da cuenta la demanda, junto con los frutos civiles y naturales producidos desde el 23 de diciembre de 1969 hasta que se verifique la entrega;

c) Que se condene al demandado al pago de las costas del proceso.

II. Los hechos que constituyen la *causa petendi* pueden compendiarse así:

a) Ricardo Pérez Roa, a consecuencia de una lesión cerebral que recibió en su juventud, "desde hace más de doce (12) años ha venido siendo tratado por especialistas en enfermedades mentales y ha estado recluido" en diferentes oportunidades en clínicas o centros siquiátricos, todo lo cual era un hecho de público conocimiento de los habitantes de los Municipios de Dolores y Alpujarra;

b) El mencionado Pérez Roa, cuando ingiere bebidas alcohólicas exterioriza aún más su demencia y, especialmente desde el mes de mayo de 1965 "ha estado hospitalizado en diferentes períodos anuales para ser tratado en forma intensiva", pues cuando no ha estado recluido "ha tenido que someterse a tratamiento ambulatorio permanente";

c) A consecuencia de la perturbación síquica que venía padeciendo Ricardo Pérez Roa, a solicitud de sus hermanos fue declarado en interdicción por el Juzgado Civil del Circuito de Purifi-

cación mediante sentencia de 9 de diciembre de 1974;

d) Cuando Ricardo Pérez Roa celebró con Gentil Caviedes Osorio el contrato de compraventa contenido en la Escritura pública número 477 de 23 de diciembre de 1969, mediante el cual enajenó a éste el bien inmueble denominado "El Mirador", su estado de demencia le impedía expresar su consentimiento, libre de vicios, para ese negocio jurídico;

e) La conducta asumida por el comprador demandado Caviedes Osorio es fraudulenta, pues el mismo día en que se otorgó la Escritura número 477, se verificó su registro, así como la entrega real y material del inmueble.

III. El demandado Caviedes Osorio contestó el libelo admitiendo unos hechos, negando otros y oponiéndose a las súplicas formuladas por el demandante.

IV. La primera instancia terminó con sentencia de 9 de septiembre de 1976, la cual resultó ser desfavorable a la parte demandante, pues el *a quo* resolvió "negar las pretensiones del actor", por lo que la misma parte interpuso el recurso de apelación, habiendo terminado la segunda instancia con sentencia de 15 de marzo de este año, confirmatoria de la del *a quo*.

V. Inconforme la parte actora con la decisión precedente, en la debida oportunidad interpuso contra ella el recurso extraordinario de casación, de que ahora se ocupa la Corte.

La sentencia del Tribunal

Una vez que el *ad quem* refiere los antecedentes del litigio, afirma la existencia de los presupuestos procesales y distingue, con fundamento en el artículo 553 del Código Civil, los efectos de los actos o contratos celebrados por demente con posterioridad al decreto de interdicción y los celebrados con antelación, se ocupa de estos últimos para expresar que son válidos, salvo que se demuestre que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente. Según esto, agrega el Tribunal, el negocio jurídico no será válido si se demuestra que por el momento de su celebración el contratante estaba demente y que su perturbación síquica era de tal naturaleza y entidad que le impidió la expresión de un consentimiento reflexivo sobre la convención celebrada.

Después de admitir el sentenciador que Ricardo Pérez Roa estuvo recluido en centros siquiátricos en varias ocasiones, añade que lo cierto es que la enfermedad padecida por éste "no ha sido estable ni permanente", como se desprende de los distintos períodos en que el mencionado paciente estuvo recluido en las clínicas Santo Tomás y Nuestra Señora de la Paz de Bogotá, pues en la primera fue internado en 3 oportunidades y 2 en la segunda, correspondiendo a esta última "los meses finales del año 1968 y del 11 de octubre al 10 de diciembre de 1970".

El Tribunal, adentrándose con mayor detenimiento en el examen de las pruebas, sienta las apreciaciones siguientes:

a) El dictamen del perito médico María del Socorro de Arrubla, "arroja unas conclusiones, que aunque no fueron objetadas ni censuradas por la contra-parte, no son lo suficientemente explícitas, eficientes y por tanto convincentes, como para aceptar el mencionado experticio en su condición de prueba eficaz sobre la enfermedad mental del demandante que lo aquejara por la época en que contrató y ultimó lo concerniente con la venta de su heredad denominada El Mirador, con Gentil Caviedes Osorio.

"La conclusión primera del dictamen habla genéricamente del impedimento del actor 'de llevar a cabo negocios en general' por el lapso comprendido entre los años 1965 a 1973, pero sin detenerse a explicar con mayor profundidad y fundamentación, el hecho de que durante el espacio de tiempo más largo en que el paciente permaneció por fuera de las clínicas, se llevó a efecto, el 23 de diciembre de 1969, la venta del inmueble, toda vez que objetivamente militan algunos factores y circunstancias favorables a la creencia de que durante ese período el demandante no se encontraba en el referido estado crítico de su enfermedad, que le impidiera contratar con una voluntad menguada (sic). Esto, lo estima así la Sala, por virtud de las declaraciones de los testigos que concurrieron a este proceso —y de otros factores que veremos luego—, quienes conocían ampliamente de tiempo atrás al señor Pérez Roa por su condición de coterráneos y contemporáneos de su padre y por ello afirman que, aunque no descartan la existencia de los padecimientos que se le achacan al actor, lo cierto es que nada afirmativo sobre su gravedad e imposibilidad para contratar refieren los mencionados deponentes por la época o para la fecha en que se concretó la compraventa, es decir, en los días finales de 1969 (testimonios de Samuel Pomar, José Argemiro Díaz, Miguel Garzón, Alvaro Castaño, Misael Manrique, etc.)";

b) "El haz probatorio del proceso, dice que hubo tres médicos que trataron al actor Pérez a lo largo de su enfermedad y en los períodos de internamiento en las clínicas referenciadas, Pri-

meramente el doctor Ariel Durán Solano en la Clínica Santo Tomás y en ocasión anterior a la época de la suscripción del contrato, hasta 1968, pero que durante el período comprendido entre el mes de diciembre de ese mismo año y octubre de 1970 *la enfermedad mental del demandante estuvo en un estado de remisión en un período inter-crítico o de lucidez mental.*

"Luego lo trató el doctor Alvaro Restrepo de cuyas apreciaciones, pronósticos y diagnósticos se ocupará la Sala más adelante en virtud de que cuando este profesional atendió médicamente a Pérez en su consultorio particular, en tratamiento ambulatorio y en la consulta externa de la Clínica La Paz, se llevó a cabo la contratación de que se habla en la demanda y que se desea invalidar.

"Y finalmente, fue tratado por el médico Lucio Larrota García, en épocas posteriores al 23 de diciembre de 1969 en el Hospital Neuro-siátrico (sic) de Armero (Tolima) y en el San Rafael de Ibagué".

c) "El doctor Restrepo dijo lo siguiente: '... Por cuanto a mí me consta el señor Ricardo Pérez Roa a quien vi por primera vez en octubre de 1968 en la Clínica de Nuestra Señora de la Paz, aparecía gravemente afectado por un proceso mental que más tarde se establecería de carácter crónico ... Tuve ocasión de tratarlo en diferentes oportunidades tanto hospitalizado, por episodios agudos, como paciente ambulatorio en forma permanente debido a la cronicidad del proceso mental y la tendencia a los brotes o episodios agudos. Considero lo anterior, *es mi opinión* profesional que el señor Ricardo Pérez Roa fue seriamente afectado por la enfermedad, la cual le produjo un impedimento notable permanente de sus capacidades volitivas y juicio raciocinio ... lo cual lo hacía incompetente para llevar a cabo adecuadas y correctas decisiones ... El señor Ricardo Pérez Roa padece de un proceso mental crónico calificado como esquizofrenia de tipo paranoico ... hoy por hoy incurable'.

"El testimonio técnico, como lo apuntan los procesalistas es aquél que rinden las personas que conocen el hecho en virtud o con el auxilio de sus conocimientos científicos o técnicos especiales y por ende sustentan su narración en esos conocimientos además de sus percepciones (inciso final del artículo 227 del Código de Procedimiento Civil). Este testimonio suele ofrecer dificultades para el juez en su apreciación y valoración, puesto que en ocasiones invade el terreno de la peritación técnica. Es el caso del médico, quien como dice Devis Echandía, Tomo II, página 254, 'Derecho Procesal Civil', 'Puede ser un testigo fehaciente de que una persona, en ciertos días, presentaba síntomas observados por él, de determinada enfermedad y de los efectos que entonces producía esa enfermedad'. De ahí que sobre el particular diga la Corte que: 'Es claro que la estimación del origen, grado y naturaleza del padecimiento o tara, su repercusión en las potencias intelectivas y volitivas del interdicto, su carácter de congénita, constitucional o adquirida, la fuente de donde provenga, etc., no pueden ser materia de la prueba testifical que no tiene ni puede tener carácter conceptual' (casación, 18 de julio de 1941, *Gaceta Judicial,* número 1975, página 823).

"Este es el caso del doctor Alvaro Restrepo, quien con base en sus conocimientos especiales de siquiatría y de las percepciones obtenidas sobre el comportamiento del demandante basadas en las historias clínicas de internamiento y el tratamiento ambulatorio, rindió declaración ante el Cónsul de Colombia en Tampa —Florida— Estados Unidos de Norteamérica, deposición en la cual manifiesta el testigo médico que el demandante Pérez no estaba en capacidad de efectuar ningún negocio durante los años en que fue su paciente".

d) "El testimonio del doctor Restrepo se ha querido hacer aparecer íntimamente unido al dictamen pericial de la Medicina Legal a fin de que aquél venga a reforzar a éste y por ello ofrezca alto valor de convicción. Empero, la declaración del médico residente en Norteamérica debe tomarse aisladamente, toda vez que el experticio fue el resultado, no del examen personal y directo del sujeto considerado incapaz, demente o alienado, sino de la revisión de las historias clínicas del paciente llevadas por centros hospitalarios en donde fue recluido, y también del análisis de las declaraciones emitidas por los restantes médicos tratantes".

Con respaldo en las consideraciones precedentes, el Tribunal sienta, enseguida, las siguientes conclusiones:

a) Que si bien es cierto que el demandante ha sufrido perturbaciones síquicas que han obligado a sus familiares a recluirlo en clínicas, también es cierto que ha tenido largos intervalos de franca mejoría y lucidez, a tal punto que han sido más prolongados los espacios de tiempo que ha permanecido por fuera de las clínicas de reposo;

b) Que durante uno de los períodos de no hospitalización, específicamente el "comprendido entre 1968 y 1970, en el cual la enfermedad del paciente estuvo en un estado de remisión, se llevó

a efecto la compraventa de que da cuenta la Escritura 477 de 23 de diciembre de 1969";

c) La circunstancia de haber celebrado el demandante Pérez Roa el contrato de compraventa "nueve y medio meses antes de su subsiguiente hospitalización y poco más de un año después de haber terminado su anterior internamiento", más la "apreciación de los testigos sobre la ninguna observación y afirmación respecto de la enfermedad agravada" por ese entonces, "indica y así lo cree el Tribunal, que no se ha demeritado tampoco la apreciación objetiva del Notario Público de Dolores, quien dijo no advertir ningún impedimento legal en los otorgantes, entre ellos el atinente con la incapacidad, al correr el título escriturario";

d) Que "si los documentos y las declaraciones que sirvieron de fundamento al perito siquiatra a efecto de emitir su dictamen aluden siempre a la clase de enfermedad padecida por el demandante, y sobre manera, a su evolución, los médicos tratantes de Pérez Roa, como testigos técnicos solamente se refieren en concreto a las épocas en que el actor estuvo bajo el control de cada uno de ellos en las casas de salud ya descritas, dejando de lado apreciaciones científicas respecto del período más largo de no hospitalización durante el cual se suscribió la Escritura número 477 de la Notaría de Dolores";

e) Que, de otra parte, "el dictamen pericial de la Oficina de Medicina Legal de Bogotá, no es lo suficientemente fundamentado hacia los fines para los que se emitió, en virtud de que sus conclusiones se encuentran cimentadas sobre hechos referidos por testigos, aunque de carácter técnico; porque el perito no trató al paciente durante su enfermedad y porque los mismos médicos que sí lo trataron no se refieren a los amplios intervalos lúcidos del demandante, a excepción del declarante Restrepo";

f) Que a pesar de que el demandante permaneció en interdicción judicial, por causa de demencia, desde el 9 de febrero de 1972 a 9 de diciembre de 1974, para la época en que vendió el predio "El Mirador", fuera de no proceder decreto de interdicción, "la prueba arrimada al plenario respecto de su enfermedad al tiempo de la compraventa no es lo suficientemente eficaz para deducir de ella que el desarreglo mental y síquico padecido por Pérez le impidiera disponer libremente de su patrimonio, enajenándolo";

g) Por último, sostiene el Tribunal que entre la declaración rendida por el médico Alvaro Restrepo y lo expresado por los peritos que examinaron al demandante en el año de 1974 con motivo del proceso de rehabilitación, existe enfrentamiento sobre el carácter definitivo o crónico de la enfermedad mental que padecía el actor, pues en tanto que el primero la califica de crónica y de incurable, los segundos conceptuaron sobre la total y plena rehabilitación del interdicto.

La demanda de Casación

Dentro del marco de la causal primera, dos cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, de los cuales sólo se estudiará el primero por estar llamado a prosperar.

Cargo primero. Acusa la sentencia del Tribunal de quebrantar los artículos 553 inciso 2º, 1502 y 1504 del Código Civil, por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho en la estimación de las pruebas.

En procura de demostrar el cargo, el censor sienta las apreciaciones siguientes:

1. Al afirmar el Tribunal que la enfermedad mental padecida por el demandante no ha sido permanente ni estable, porque no ha permanecido recluido en los centros de curación así mismo en forma permanente, salta a la vista el error manifiesto de hecho, "al confundir la permanencia de la reclusión con la permanencia de la enfermedad mental, e igualmente, confundir la suspensión de la reclusión con la curación transitoria, a pesar de que el médico Restrepo, quien lo trató en 1968, declaró que como paciente ambulatorio tuvo tratamiento 'permanente' y que hubo de hospitalizarlo en varias oportunidades por 'episodios agudos' ".

2. Desacertó el Tribunal al sostener, con fundamento en prueba testimonial carente de conocimientos siquiátricos, que "los estados críticos que padeció el actor se presentaban cuando éste se dedicaba a ingerir bebidas embriagantes y a excesos sexuales", siendo que la prueba idónea, o sea, la declaración técnica del médico Alvaro Restrepo y el dictamen del perito médico de la Oficina de Medicina Legal, sostienen que la enfermedad de Ricardo Pérez Roa "era permanente, aun cuando reclusiones en clínicas u hospitales no lo hubieran sido también; y también era permanente la incapacidad mental, pues apenas existieron crisis mayores que obligaban al internamiento, pero nunca curaciones temporales que están excluidas por la naturaleza de la enfermedad que el paciente sufría".

3. Acepta el sentenciador de segundo grado que cuando se llevó a cabo el contrato de compraventa entre el actor y el opositor, el primero

se encontraba "en tratamiento ambulatorio" a cargo del médico doctor Alvaro Restrepo, "y que posteriormente estuvo en tratamiento con el médico Lucio Larrota, y que antes de la firma del contrato, hasta 1968, lo estuvo tratando el médico Ariel Durán. Pero no le otorgan a esos testimonios el mérito probatorio que merecen para demostrar que la enfermedad era permanente, grave, con crisis a veces mayores que obligaban al internamiento, pero que en los intervalos de ésta mantenía su gravedad y la incapacidad consecuente".

4. Acepta el Tribunal que el médico Alvaro Restrepo declaró con las formalidades legales y que su versión sobre el estado mental de Ricardo Pérez Roa es la siguiente: que inició el tratamiento de Pérez Roa en octubre de 1968 en la Clínica de Nuestra Señora de la Paz; que el enfermo "aparecía gravemente afectado por un proceso mental que más tarde se establecería de carácter crónico"; que tuvo ocasión "de tratarlo en diferentes oportunidades, tanto hospitalizado por episodios agudos, como paciente ambulatorio en forma permanente, debido a la cronicidad del proceso mental y a la tendencia a los brotes agudos"; que como médico tratante, le consta que el actor "fue seriamente afectado por la enfermedad y que ésta le produjo un impedimento notable permanente de sus capacidades volitivas, juicio y raciocinio ... lo cual lo hacía incompetente para llevar a cabo adecuadas y correctas decisiones"; que la enfermedad mental del demandante consiste en un proceso crónico denominado "esquizofrenia de tipo paranoico ... hoy por hoy incurable"; que la enfermedad padecida por Pérez Roa le "impedía celebrar toda clase de contratos".

Se pregunta el censor cómo es posible negarle mérito probatorio a tan excepcional declaración, pues no sólo se trata de un declarante suficientemente versado en la ciencia médica y siquiátrica, sino que "por haber tratado largamente al enfermo y haber vivido su enfermedad" da "la razón de la ciencia de su dicho" y da "mayor convicción que la de cualquier dictamen médico con especialistas que no hubieran tratado al enfermo".

Sin embargo, el sentenciador de segundo grado considera que la declaración técnica del médico Restrepo no se encuentra en armonía con el dictamen rendido por otros médicos cinco años después de celebrado el contrato que se impugna. En esta apreciación el Tribunal incurre en otro error manifiesto de hecho, el cual consiste en "no ver que en cuatro años puede y debe evolucionar mucho una enfermedad mental, como la padecida por el demandante y que esos médicos examinaron al enfermo en momentos en que no se encontraba en una crisis aguda y que de todas maneras declaran que la enfermedad no había desaparecido".

5. Luego de transcribir el censor los pasajes del fallo del Tribunal en donde éste alude a la confrontación del testimonio del médico Restrepo con el dictamen rendido en 1974 dentro del proceso de rehabilitación del interdicto Pérez Roa y a la conclusión que en el punto saca el *ad quem*, le achaca al sentenciador los yerros fácticos siguientes:

"1º No le dio importancia la sentencia del Tribunal, siendo punto fundamental, como si no lo hubiera visto, que entre el estudio que del enfermo hizo el doctor Restrepo y su tratamiento (1968) y el dictamen de los peritos existieron *seis años de diferencia,* pues el tal dictamen se rindió en el año de *1974;* punto de enorme trascendencia, pues en *seis años de tratamiento* pudo mejorar mucho la salud del señor Pérez Roa;

"2º No cayó en cuenta el honorable Tribunal, que 'el contraste' (como lo llama la sentencia) entre el concepto que *para el futuro* (después de 1969) dio el doctor Restrepo y lo dicho por el perito Trifón Rico Nieto, sería únicamente en cuanto a que el primero consideró que la enfermedad 'hoy por hoy (en 1969) es incurable', al paso que dicho perito encontró al enfermo en estado general normal; *pero nada dijo ese perito respecto al estado mental de Rico Nieto* (sic) *en mayo de 1969, cuando se otorgó la escritura de compraventa;* error monumental, porque el dictamen de ese perito (que, además, no podía tomarse aislado del otro perito médico que debió conceptuar en el mismo proceso de rehabilitación). *No prueba absolutamente nada respecto a la salud del actual demandante cuando otorgó la compraventa*".

6. Más adelante dice el recurrente que en la sentencia que ataca también se afirma que el contrato de compraventa se celebró "poco más de un año después de haber terminado su anterior internamiento" y en período de lucidez, cuando los testimonios técnicos de Alvaro Restrepo y Ariel Durán, que trataron al paciente hasta finales de 1968, o sea, cinco meses antes de la fecha de celebración del contrato, encontraron al enajenante Pérez Roa en situación de incapacidad, así no estuviera en una de las crisis agudas. De suerte que yerra de hecho el Tribunal, máxime que confunde los períodos de internamiento del enfermo mental con los períodos de lucidez.

7. También incurre el Tribunal en yerro fáctico al concederle mérito probatorio a los testimonios de personas que carecen de conocimientos médicos como el Notario, Samuel Pomar, José Argemiro Díaz, Miguel Garzón y Alvaro Castaño, "por sobre el testimonio de los médicos Restrepo y Durán Solano y del dictamen médico de la Oficina de Medicina Legal, siendo así que los primeros no son médicos y por lo tanto ningún valor probatorio pueden tener sus dichos respecto a la salud mental del demandante, pues una cosa es la apariencia que observan los ignorantes en siquiatría y otra la realidad síquica de las personas enfermas de esquizofrenia".

8. El censor le imputa al Tribunal otro error de hecho respecto del dictamen pericial rendido por la oficina médico legal, que lo concreta así:

"Respecto al dictamen pericial o informe técnico equivalente a dictamen (Código de Procedimiento Civil, artículo 243 del Código de Procedimiento Civil), en cuanto al examen y la apreciación *de su contenido* (aspecto puramente fáctico) también incurrió en manifiesto error de hecho el honorable Tribunal, al negarle mérito. En efecto, dijo en la conclusión 9ª:

" '9ª De otra parte, el dictamen pericial de la Oficina de Medicina Legal de Bogotá, no es lo suficientemente fundamentado hacia los fines para los que se emitió, en virtud de que sus conclusiones se encuentran cimentadas sobre hechos referidos por testigos, aunque de carácter técnico; *porque el perito no trató al paciente durante la enfermedad* y porque los mismos médicos que sí lo trataron no se refieren a los *amplios intervalos lúcidos* del demandante, a excepción del declarante Restrepo'.

"Salta a la vista el error manifiesto de hecho, en que en tal párrafo se incurre. En efecto:

"1. Eso de considerar que para el mérito de convicción de un dictamen o de un informe técnico (que el mismo párrafo reconoce que es equivalente a un dictamen) es necesario que el perito o el funcionario oficial técnico (de la Medicina Legal, en este caso), hayan tratado al enfermo, es un gravísimo error fáctico de apreciación, pues inclusive el mismo Tribunal le da mérito al dictamen del perito que conceptuó mucho después de la compraventa, en el proceso de rehabilitación del demandante, quien, como es obvio, si es cierto que lo examinó en ese momento (cinco años después de la compraventa), también es cierto que no lo trató y ni lo examinó y ni siquiera lo conoció ni lo vio, en la época del contrato de compraventa, ni un poco antes, ni un poco después. Además, es constante en la prueba pericial el caso de los dictámenes médicos sobre enfermedades habidas por personas que nunca conocieron los peritos, sino que éstos se basan, como exactamente ocurrió con el dictamen de la Medicina Legal, *en la historia clínica y en el testimonio de los médicos que sí lo trataron.*

"Contradice abiertamente la sentencia el criterio fáctico que aplica: por un lado para darle mérito al dictamen del perito Trifón Rico (folio 12, cuaderno 2º) y por el otro para negarle mérito al dictamen de la Medicina Legal. Lo cual es de por sí otro flagrante error manifiesto de hecho.

"2. E incurre el sentenciador de instancia en otro manifiesto error de hecho, al decir que existieron 'amplios intervalos lúcidos', que no están probados en parte alguna, sino que lo afirma por la *confusión gravísima entre intervalos de reclusión hospitalaria* e *intervalos lúcidos*, contra lo expuesto por los médicos que sí lo trataron (Restrepo, Solano, Ariel Durán Solano) y por la propia Medicina Legal".

9. A continuación el recurrente le enrostra al *ad quem* el siguiente yerro de hecho:

"Otro flagrante error de hecho, del sentenciador de instancia, aparece en la conclusión 5ª, en el cual pretende apoyar la ausencia de prueba de la incapacidad mental al tiempo de la compraventa, con el testimonio del médico Ariel Durán Solano, *cuando éste opina todo lo contrario.* En efecto, el Tribunal dice:

" 'Como bien lo dice el galeno que trató primeramente a Pérez Roa, doctor Ariel Durán Solano, y para acomodar su apreciación a la realidad objetiva del comportamiento de aquél para la fecha o época de la venta, *la estructura esquizofrénica de la personalidad* que persiste aun en los intervalos intercríticos puede no ser apreciado o conocido por una persona que no sea profesional de la medicina siquiátrica'.

"Pues bien:

"De la parte que he copiado en mayúsculas, de la cita que el Tribunal le hace al médico testigo Durán Solano, se concluye todo lo contrario de lo que en ella vio el Tribunal: que aun en los *intervalos intercríticos* (los que califica de lúcidos el Tribunal) *persiste la personalidad esquizofrénica,* es decir, que no hay verdadera curación y que las personas no especializadas en siquiatría se confunden al observar al enfermo, creyéndolo en un lapso de curación.

"Error, pues, manifiesto y clarísimo, en la apreciación del contenido del testimonio del doctor Durán Solano, pues con ese testimonio téc-

nico-científico se colabora a la prueba científica de la incapacidad del enfermo, hoy demandante, aun en los períodos *aparentemente lúcidos,* como lo fue el momento en que otorgó la escritura de compraventa y el notario pueblerino lo observó con su total ignorancia en siquiatría e inclusive en medicina general.

"En vez de tomar ese testimonio en armonía con los de Restrepo y Solano (médicos testigos) y con el concepto de la Medicina Legal, el Tribunal creyó ver en aquél, con error manifiesto protuberante, una prueba en contra".

10. A juicio del casacionista, otro error evidente de hecho aparece en el siguiente pasaje de la sentencia del Tribunal:

"Los médicos tratantes de Pérez Roa, como testigos técnicos solamente se refieren en concreto a las épocas en que el actor estuvo bajo el control de cada uno de ellos en las casas de salud ya descritas, dejando de lado apreciaciones científicas respecto del período más largo de no hospitalización durante el cual se suscribió la Escritura número 477 de la Notaría de Dolores, con lo cual toma vigencia los postulados o lo dicho por la honorable Corte".

A intento de comprobar el yerro apuntado, sostiene el censor:

"1. Lo dicho por la Corte se refiere al mérito de testimonios de médicos durante la época *anterior al actual Código de Procedimiento Civil,* es decir, cuando no se había introducido en Colombia, oficial y legalmente, la especie cualificada del testimonio técnico.

"2. Olvida el honorable Tribunal que si bien cada médico se refiere a la época de su personal tratamiento, *hay que estudiar de conjunto esos testimonios,* para sacar la manifiesta y evidente conclusión, que con error protuberante de hecho olvida el Tribunal, de que, *en conjunto* esos testimonios, sumados al de Restrepo y al de Solano y al dictamen de Medicina Legal, sí prueba, plenamente, sin la menor duda, que la enfermedad permanecía siempre, aun en los intervalos en que el enfermo no estaba en hospitales ni clínicas, pues solamente se trataba de que había períodos virulentos o crisis agudas (entonces se hospitalizaba) y períodos crónicos (en los cuales no estaba recluido en clínica ni hospital). Error más que evidente.

"3. Además, Restrepo y Durán Solano sí contemplan los períodos de no hospitalización, para afirmar, con su respaldo científico de médicos especialistas, que aun durante ellos el enfermo estaba sometido a su personalidad esquizofrénica a su enfermedad permanente, que por lo tanto lo incapacitaba para tener la suficiente lucidez que se requiere para disponer en compraventa de su patrimonio".

11. Dentro del cuerpo del mismo cargo y como último yerro fáctico que el recurrente le endilga al *ad quem,* presenta el siguiente:

"Y otro error evidente de hecho contiene el párrafo final de la conclusión 11, del Tribunal, cuando dice que es prueba de la lucidez del demandante, en la época en que otorgó la escritura de compraventa, el hecho de que 'otros médicos que trataron al demandante en las clínicas de Bogotá' dijeron que 'el paciente estaba en período de *franca mejoría* y su enfermedad en estado de *remisión,* cuando fue dado de alta de uno de sus internamientos de la Clínica La Paz en el año de 1968'.

"Tremendo error fáctico que descompongo así:

"1. 'Franca mejoría' es todo lo contrario de *curación,* así sea ésta transitoria o temporal. Porque si hay sólo 'mejoría' es porque *todavía subsiste la enfermedad;*

"2. 'Remisión' de la enfermedad tampoco es *curación,* pues esa palabra, de muy dudoso significado, debe armonizarse con *mejoría.* Y en todo caso, el significado lingüístico de *remisión,* es, conforme a la academia, 'indicación en un escrito del lugar a que se remite el lector', 'acción de remitir o remitirse': lo cual *nada tiene que ver con curación ni con lucidez.*

"3. Esa 'baja' de internamiento, fue un año antes de la compraventa, al paso que Restrepo lo trató como enfermo *ambulante,* hasta fines de diciembre de 1968, apenas cinco meses antes de la escritura".

Se considera

1. Cuando en los negocios jurídicos las partes contratantes sujetan sus estipulaciones a las pautas legales, o sea, en sus declaraciones de voluntad no comprometen el conjunto de normas que atañen al orden público y a las buenas costumbres, el Derecho Civil les concede a los contratos celebrados en esas condiciones fuerza de ley, de tal manera que no pueden ser invalidados sino por el consentimiento mutuo de los contratantes o por causas legales (artículo 1602 del Código Civil).

2. Empero, si en la celebración de un contrato las partes no ajustan sus estipulaciones a los requisitos que exige la ley para su validez, o sea, internos o de fondo y externos o de forma, tal

relación contractual está llamada a desaparecer y, por ende, a perder toda su fuerza vinculante, por haber entrado en la órbita de los negocios nulos.

3. Según la entidad del vicio que afecta al contratante, la nulidad puede ser absoluta o relativa (artículo 1740 del Código Civil). Y uno de los motivos que da lugar a la nulidad de la primera especie lo constituye el hecho de haber intervenido en la celebración de la convención una de aquellas personas que la ley, atendiendo a la edad o a deficiencias mentales o fisiológicas, los califica de absolutamente incapaces, como ocurre con los impúberes, los dementes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito (artículos 1504 y 1741 del Código Civil).

4. Entre los incapaces absolutos, como se acaba de ver, señala la ley al demente. Y cuando éste celebra negocios jurídicos, para determinar la nulidad o validez de los mismos, a su vez hay que distinguir dos hipótesis: los actos celebrados con posterioridad al decreto de interdicción judicial de los celebrados sin mediar tal decreto. Respecto de las relaciones contractuales celebradas dentro de la primera hipótesis, dispone el artículo 553 del Código Civil que "serán nulos aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido". Con relación a las convenciones celebradas sin que exista decreto de interdicción, o sea, dentro de la segunda hipótesis, la situación es diferente, puesto que el precepto mencionado reza que "los actos o contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción, serán válidos; a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente".

5. Las anteriores dos hipótesis a su vez son contentivas, como lo tiene sentado la doctrina jurisprudencial, de dos presunciones, la una de derecho y la otra legal, las cuales aparecen claramente establecidas en el artículo 553 del Código Civil.

En efecto, sostiene la Corte: "El artículo 553 del Código Civil consagra dos presunciones, una de derecho en su primer inciso, en lo tocante con la incapacidad para contratar por sí mismo que afecta al demandante que ha sido declarado en interdicción judicial mientras ella esté vigente, y otra de capacidad, simplemente legal, corroborante de la de carácter general que establece el citado artículo 1503 para todas las personas mayores de edad.

"A. Presunción de derecho de incapacidad del interdicto. Es de derecho la presunción de incapacidad del interdicto por demencia, porque el mencionado artículo 553 establece que serán nulos los contratos que celebre 'aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido'. De esta suerte, para declarar la nulidad de todo acto o contrato celebrado por un interdicto por demencia, basta acreditar que con anterioridad se había declarado la interdicción; no es necesario, pues, demostrar que estaba entonces demente.

"B. Presunción legal de capacidad del no interdicto. En cambio la presunción de capacidad es legal, porque el citado artículo 553, en su segundo inciso, admite desvirtuarla si se demuestra que la persona que celebró o ejecutó el acto o contrato 'estaba entonces demente'. Por consiguiente, las actuaciones en la vida civil de las personas legalmente capaces que no han sido declaradas en interdicción judicial por insanidad de juicio, están amparadas por la referida presunción legal de capacidad y en tal virtud son válidas, mientras no se declare judicialmente lo contrario. Para este efecto será necesario la plena prueba de que la persona que los celebró padecía entonces una grave anomalía síquica" (casación civil, mayo 25 de 1976, aún no publicada).

6. *De suerte que para determinar si un contrato celebrado por un demente es válido o no, se debe acudir a la distinción ya enunciada, pues si se trata de un demente interdicto, quien alega la nulidad sólo le basta con demostrar que el contratante se encontraba sometido a interdicción vigente y que la convención se celebró con posterioridad a tal decreto. Para nada interesa que el contratante, al momento de celebrar el pacto, se encuentre en un intervalo lúcido, pues como antes quedó visto, la incapacidad del demente interdicto se presume de derecho. Empero, si la hipótesis es la otra, vale decir, la del demente no interdicto, quien alegue la nulidad de los actos y contratos ejecutados o celebrados por éste, deberá acreditar que en el tiempo en que los ejecutó o celebró, dicha persona padecía una perturbación síquica, no de cualquier índole, sino de tal entidad que le merme su potencialidad mental y volitiva, o en otros términos, como lo tiene sentado la doctrina de la Corte, que adolezca de un desarreglo en sus facultades síquicas, de tal gravedad, que le impida emitir un consentimiento pleno, con conciencia de la naturaleza del acto y sin ninguna confusión de espíritu en su actuación.*

7. Ahora bien, con respaldo en el anterior Código de Procedimiento Civil, venía sosteniendo la Corte que la demostración de la demencia de una persona, en todo género de procesos, reque-

ría la prueba de peritos versados en la ciencia de la siquiatría. Con todo, a partir de la vigencia de la nueva ley de enjuiciamiento civil, la comprobación de la demencia, no tratándose de procesos de interdicción (artículo 659), puede lograrse por otros medios de prueba. Claro que no subestima la Corte que el medio más idóneo para establecer las perturbaciones mentales de las personas es la prueba de peritos, con conocimientos estos en la ciencia de la siquiatría. Porque, según el moderno derecho probatorio, el testimonio técnico puede servir para demostrar, en determinados eventos, las anomalías síquicas de que adolece una persona, como ocurre cuando el médico siquiatra ha tratado al enfermo y declara sobre el hecho de haber observado en él el estado sicopático que padecía en determinada época y la gravedad del mismo que le limitaba o suprimía la libre determinación de la voluntad.

Abordando la Corte el tema de los medios de prueba adecuados para establecer la demencia de la persona en procesos distintos del de interdicción, dijo en la citada sentencia:

"Ahora bien, sin que haya mediado dictamen pericial practicado dentro del proceso sobre la enfermedad psíquica que padece o que sufrió una persona, la prueba testimonial legalmente producida y debidamente apreciada es admisible para establecerla, si proviene de persona o personas especialmente calificadas en la materia por sus conocimientos científicos, a las cuales por serlo, la ley les permite (artículo 227, inciso final y numeral 2º del artículo 228, del Código de Procedimiento Civil) que expongan conceptos, como una excepción al principio de que los declarantes deben limitarse a relatar los hechos percibidos por ellos y que les está vedado emitir opiniones o juicios personales. Son los llamados *testimonios técnicos*. Tal sería el evento de los *médicos que trataron al paciente* y que al testimoniar sobre éste, conceptúan que padecía de una enfermedad mental cuando testó o celebró el acto o contrato cuya validez se discute".

8. *Lo anteriormente expuesto conduce a poner de presente que las dolencias síquicas que se presentan en las personas, no sólo se pueden establecer con prueba pericial, sino con otros medios, como ocurre con el testimonio del médico o médicos tratantes del enfermo mental. Empero, si el litigio versa sobre interdicción por demencia, en este evento es imprescindible la prueba de peritos médicos para determinar el estado del paciente y su capacidad para administrar bienes y disponer de ellos, pues tanto en la legislación procedimental anterior como en la actual, esta prueba constituye una exigencia en este linaje de procesos (artículo 659, numeral 4º del Código de Procedimiento Civil).*

9. De suerte que le asiste razón al censor cuando le imputa al Tribunal yerros en la apreciación de las pruebas, especialmente cuando el sentenciador parte de la base, sin hacer distinciones de procesos, de que la demencia se establece mediante la prueba científica de peritos, siendo que en litigios diferentes del de interdicción, las perturbaciones mentales pueden comprobarse por otros medios de prueba, como la declaración o declaraciones de testigos técnicos. Y también tiene razón el recurrente cuando afirma que el sentenciador *ad quem* cayó en falencia al apreciar los testimonios de los médicos siquiatras tratantes del demandante doctores Ariel Durán Solano y Alvaro Restrepo, porque mediante estos se establece la dolencia síquica grave que aquél padecía por la época de celebración del contrato de compraventa con el demandado. Y menos acertado estuvo el sentenciador de segundo grado cuando consideró que un dictamen pericial, en procesos de la naturaleza del que se analiza, no puede ser aceptado como prueba, cuando los peritos no trataron al paciente y por ende fundaron su experticio en documentos, historias clínicas, testimonios técnicos, etc., porque en determinados eventos, sólo las historias clínicas u otros documentos o testimonios serían los únicos medios de que podría valerse el perito para rendir su concepto, y la justicia para determinar el estado sicopático de una persona. De no ser así, no podría establecerse la demencia en determinada época, del alienado que ha fallecido; ni podría demostrarse respecto del demente que sobrevive cuando éste se ha recuperado y sus médicos tratantes ya fallecieron.

10. Viene de lo dicho que el sentenciador de segundo grado cometió los yerros que le achaca el casacionista y por tanto quebrantó las normas sustanciales indicadas en la censura, lo cual impone casar la sentencia impugnada. Sin embargo la Corte, antes de proferir el correspondiente fallo de instancia, para decidir con mayor acierto y haciendo uso de la facultad que le confieren los artículos 37-4, 179, 180 y 375-3 del Código de Procedimiento Civil, decretará la prueba que más adelante se relaciona.

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,

Resuelve:

Primero. CESAR la sentencia de 15 de marzo de 1978, pronunciada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

Segundo. DECRÉTASE interrogatorio de la parte demandante, el cual se llevará a cabo el 5 del mes de diciembre, a las 2 p. m., sobre hechos relacionados con el proceso. Por consiguiente se dispone su citación (artículo 204 del Código de Procedimiento Civil).

Tercero. NOTIFÍQUESE de la anterior resolución al demandante, en los términos del artículo 205 del Código de Procedimiento Civil, para lo cual se comisiona al Juzgado Promiscuo Municipal de Dolores (Tolima). El comisionado tiene un término de 15 días.

Cuarto. LÍBRESE el despacho con los insertos del caso.

Quinto. No hay lugar a condena en costas en el recurso extraordinario de casación.

Cópiese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y notifíquese.

Alberto Ospina Botero, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Ricardo Uribe-Holguín, Hugo Vela Camelo.

Carlos G. Rojas Vargas
Secretario.

PROPIEDAD HORIZONTAL

Para que exista la propiedad separada u horizontal, es menester cumplir con los requisitos de la Ley 182 de 1948 y sus decretos reglamentarios.

No existe nulidad en el contrato de compraventa, cuando el propietario de un edificio, sobre el cual no se ha constituido legalmente la propiedad horizontal, vende a diversas personas los pisos o apartamentos que lo integran, sino simplemente que los respectivos adquirentes no tendrán los derechos y obligaciones que consagra la Ley 182 para esta clase de propiedad.

Contrato de compraventa: cuando en un contrato de esta clase el comprador paga el precio con títulos valores y estos son rechazados por el obligado o no son descargados, se entiende que el pago no se efectuó y el vendedor puede a su arbitrio, o exigir que se le satisfaga el precio insoluto o demandar la resolución del contrato, y en ambos casos a que se le indemnice de los perjuicios que el incumplimiento le haya causado.

Ejercicio del derecho alternativo en el contrato de compraventa: cuando se entregan títulos valores como pago de una obligación, según lo autoriza el artículo 882 del Código de Comercio, es necesaria la presentación del título valor insoluto o el otorgamiento de una garantía, en su caso, para poder ejercer el derecho a demandar la resolución del contrato.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., octubre 11 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

Leonel Bayardo Flórez interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el proceso ordinario promovido por él como demandante, contra Luis Efraín Chaves y otros, para impugnarla solamente en cuanto, al confirmar íntegramente la de primer grado, rechazó las súplicas 1ª, 2ª, 5ª, 6ª y 7ª del libelo.

Antecedentes

1. Bayardo, diciendo actuar en nombre de la sucesión ilíquida de su padre Cristóbal Flórez Chaves y de la sociedad conyugal también ilíquida que éste tuvo formada con Hortensia Ramírez de Flórez, demandó a María Mejía Bastidas, Celia María Bastidas y Luis Efraín Chaves, para que se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

1º Declarar la nulidad absoluta de los contratos de compraventa que celebró Cristóbal Flórez con los tres demandados mediante las Escrituras números 704 de 1971, 80 de 1972 y 1082 de 1974, otorgadas todas en la Notaría Primera de Ipiales, y ordenar la cancelación de los correspondientes registros.

2º Decretar que las cosas vuelvan a su estado anterior y, como consecuencia, condenar a los demandados a restituir los bienes que fueron objeto de las mencionadas ventas, junto con sus frutos.

3º a 6º. En subsidio, decretar la rescisión por lesión enorme de los tres contratos de compraventa celebrados mediante las escrituras antes citadas y la consiguiente restitución de los bienes que fueron objeto de los mismos, "con las accesiones naturales y las indemnizaciones de que ha-

bla la ley, debiendo la parte actora, a su vez, pagar las expensas necesarias, pudiéndose compensar lo que resulte de estas prestaciones a cargo de una y otra parte''.

7º En subsidio de la súplica de lesión enorme referente a la venta efectuada al demandado Luis Efraín Chaves, mediante la Escritura 1082 de 1974, decretar la resolución de dicho contrato por no pago del precio en la forma que fue estipulada, y la consiguiente restitución del bien objeto de dicha venta, con las prestaciones mutuas que ordena la ley.

2. Como *causa petendi* de las pretensiones relativas a la nulidad de los tres contratos de compraventa y a la de resolución del celebrado entre Cristóbal Flórez y Luis Efraín Chaves, la parte actora expuso los hechos que se compendian enseguida:

A) Cristóbal, quien estaba casado con Hortensia Ramírez, falleció en Ipiales el 29 de diciembre de 1974;

B) El causante había adquirido a título oneroso durante su matrimonio un edificio de tres pisos, marcado en su puerta de entrada con el número 14-94 de la carrera 11 de Ipiales, cuyos linderos generales se indican en el libelo;

C) Mediante las Escrituras 704, 80 y 1082 atrás citadas, el causante hizo, en su orden, las siguientes ventas: a) a Flor María Mejía Bastidas y Celia María Bastidas, un local, ''constante de tres piezas'' y luego un apartamento de dos habitaciones, marcado con el número 14-98 de la carrera 11, y b) a Luis Efraín Chaves, dos apartamentos. Todos los bienes vendidos forman parte del edificio mencionado en el punto B anterior; los dos primeros, ubicados en la primera planta, y los apartamentos, en los pisos segundo y tercero;

D) Cuando se efectuó la venta a Chaves, el vendedor ''se hallaba ya próximo a morir dada su enfermedad que lo llevó al sepulcro''. En todo caso, el comprador ''no ha pagado el precio en la forma como se obligó a satisfacerlo, pues hasta la fecha no ha descargado los instrumentos negociables que suscribió en favor del vendedor y que debía descargarlos en los plazos estipulados, por lo cual no ha cumplido las obligaciones del contrato de compraventa en referencia, que así se ha resuelto por darse el evento del artículo 1046 (sic) del Código Civil armónico del (sic) 1930 ibídem'';

E) ''Ni antes ni después de otorgadas las escrituras se obtuvo la correspondiente resolución administrativa aprobando el proyecto de división de la propiedad del edificio, para constituirlo en objeto de propiedad horizontal y venderse por pisos o apartamentos. Es decir, no se han hecho copias de los planos arquitectónicos, ni su memoria descriptiva ...' ni copias del reglamento de propiedad; todo para obtener de la Alcaldía Municipal de Ipiales la resolución correspondiente, que al aprobar el reglamento de copropiedad, autorízase su venta por pisos o por propiedad horizontal. Todo lo cual debía constituirse y efectuarse previamente ...'' a las mencionadas ventas.

F) ''Las escrituras de compraventa debían incluir, por mandato de la ley, y para que la venta sea válida, el reglamento de propiedad horizontal; y no podían suscribirse ante el Notario sin llenar tales requisitos de la ley y su decreto reglamentario, y menos inscribirse en el registro; por lo cual si así se otorgaron e inscribieron, sin llenar esos requisitos o formalidades *ad solemnitatem*, no sólo las escrituras sino los contratos que en ellas se contienen, carecen en absoluto de validez ... por implicar esos contratos un objeto ilícito y a voces del artículo 1741 ibídem''.

3. Chaves contestó oponiéndose a las súplicas del libelo y propuso las excepciones de pago y de petición antes de tiempo; la respuesta de Flor María se presentó fuera de tiempo y Ana María no contestó la demanda.

4. Agotada la tramitación de primer grado, el juez falló la litis negando las pretensiones tocantes con la nulidad de los tres contratos de compraventa y la subsidiaria de resolución del celebrado con Chaves, y acogió las relativas a la lesión enorme de la venta hecha a Flor María y Celia María. De este fallo, fechado el 16 de mayo de 1977, sólo apeló la parte demandante.

5. El Tribunal Superior de Pasto, en su sentencia del 8 de octubre del mismo año, contra la cual el demandante interpuso el recurso de casación que ahora se decide, confirmó en todas sus partes la decisión de primera instancia, con apoyo en los razonamientos que en lo pertinente al recurso extraordinario se resumen en seguida.

La sentencia impugnada

Luego de encontrar reunidos los presupuestos procesales, observar que las partes estaban legitimadas en causa y poner de presente que la actuación no adolece de vicio alguno, dice el sentenciador que so pena de incurrir en *reformatio in pejus* han quedado fuera del debate los pronunciamientos del inferior que resultaron favorables

al demandante, porque la parte demandada no recurrió del fallo de primer grado.

Sobre esta base acomete el estudio de las pretensiones del actor, y en cuanto a la de nulidad de los tres contratos de compraventa, por presunta transgresión de las normas legales atinentes al régimen de propiedad horizontal hace suyo y transcribe el razonamiento que expuso el juez *a quo* para rechazarlas: "por consiguiente, los contratos a que se refieren las Escrituras públicas números 704 de 2 de octubre de 1971, 80 de 10 de enero de 1972 y 1082 de 25 de mayo de 1974, debe considerárselos sometidos al reglamento general contenido en la ley civil para todo contrato que verse sobre propiedad inmueble y no sometidos a las disposiciones especiales de la propiedad horizontal de que trata la Ley 182 de 1948; los requisitos de carácter administrativo, cuyo análisis se ha hecho para la constitución de la propiedad por pisos o apartamentos o 'propiedad horizontal' no son de los que la ley exige 'Ad sustantiam actus' como lo dice la honorable Corte en sentencia de casación del 7 de diciembre de 1971, sino para la efectividad y los derechos de los propietarios.

"En apoyo a la tesis expuesta por el *a quo* concurren, no sólo la sentencia de casación invocada, sino además el hecho de que las fuentes de nulidad sustancial están taxativamente consagradas y más allá del ordenamiento legal no existen otras que puedan admitirse por vía de interpretación ni de analogía. Las normas contenidas en la Ley 182 de 1948, pertenecen al ordenamiento jurídico nacional, pero no hacen parte del régimen prevalente del derecho público, cuya violación acarreara nulidad absoluta por objeto ilícito (artículo 1514 del Código Civil). La enajenación de un edificio por pisos o apartamentos, aun omitiendo las reglas de la Ley 182, no está sancionada con la nulidad absoluta, ni por la norma general contenida en el artículo 1521, ni menos aun por los Decretos 1335 de 1969 y 144 de 1968, reglamentarios de la Ley 182 de 1948".

En segundo lugar, en lo que se refiere a la resolución del contrato de compraventa celebrado entre Cristóbal y Chaves mediante la Escritura 1082 de 1974, el Tribunal razona así:

"Afirma el actor que 'el comprador no ha pagado el precio ... en la forma como se obligó a hacerlo ...'.

"La cláusula segunda del referido contrato expresa: 'Que hace la venta ... en la suma de ciento veinte mil pesos ... ($ 120.000.00) moneda legal, los cuales el comprador los cancelará al vendedor así: treinta mil pesos ($ 30.000.00) que el comprador los cancela al vendedor en esta fecha y en billetes del Banco de la República y el vendedor da por recibidos a su entera satisfacción; dentro del plazo de un año a contar de la presente fecha, la suma de treinta mil pesos ($ 30.000.00); treinta mil pesos ($ 30.000.00) dentro del plazo de dos años a contar de esta fecha; y los otros treinta mil pesos ($ 30.000.00) dentro del término de tres años a partir de la firma de este público instrumento, por cuyos valores el comprador firma en favor del vendedor con los plazos antes anotados tres letras de cambio'.

"Por consiguiente, el pago se cumplió mediante abono parcial, en dinero efectivo, del cual sirve de recibo la Escritura número 1082, y con la entrega de tres letras de cambio por valor cada una de $ 30.000.00, exigibles el 28 de mayo de 1975, el 28 de mayo de 1976 y el 28 de mayo de 1977, respectivamente. Como la demanda se presentó el 12 de marzo de 1976, la acusación por falta de pago se contrae únicamente a la letra exigible el día 28 de mayo de 1975.

"La carga de la prueba sobre la falta de pago de la letra de cambio debidamente otorgada, corre en contra de quien como beneficiario del título que tiene en su poder el instrumento alega el estado insoluto del mismo.

"En el caso *sub judice*, el demandante no presentó al debate el instrumento referido, que es prueba evidencia y título sustancial del crédito; en tanto que el demandado aportó con su escrito de contestación un comprobante bancario, elaborado por el Banco Popular, por la consignación en depósito para el pago de la letra girada en favor del señor Cristóbal Flórez, por la suma de treinta mil pesos ($ 30.000.00) exigibles desde el 28 de mayo de 1975".

"Se concluye, que el hecho fundamental de la resolución —'falta de pago'— fue eficazmente rebatido, y por consiguiente la pretensión estuvo bien denegada".

El recurso de casación

Cuatro cargos, todos ellos dentro del campo de la causal primera, formula el recurrente contra la sentencia cuya reseña acaba de hacerse, así:

Primer cargo. Viene planteado en la siguiente forma: "La sentencia violó directamente, aparte de toda consideración probatoria, la Ley 182 de 1948 (artículos 1º, 2º, 4º, 8º, 10, 17 y 19), que, por haberla interpretado erróneamente la aplicó en un sentido que no es el que jurídicamente tiene ... Y violó la sentencia acusada, también di-

rectamente, al no decretar la nulidad de esas escrituras y sus registros, los artículos 9º, numeral 6º del Decreto 960 de 1970 y 51 del Decreto 1250 del mismo año, como actos notariales y registrales inválidos o nulos desde el punto de vista meramente formal, cuyas disposiciones el sentenciador de instancia no las aplicó o hizo actuar en el caso debatido, correspondiendo aplicarse".

Agrega en seguida que como consecuencia de los anteriores quebrantos, el Tribunal violó, por no haberlos aplicado, los artículos 6º, 1519, 1523, 1740, 1741, 1742 (artículo 2º de la Ley 50 de 1936) y 1746 del Código Civil.

Al fundamentar su acusación comienza el recurrente por hacer diversos comentarios sobre la propiedad horizontal, su conveniencia, los motivos que llevaron al legislador de 1948 a consagrarla y los diversos requisitos que la Ley 182 y sus decretos reglamentarios establecen para que un inmueble quede sometido a ese régimen.

A renglón seguido expresa que todos esos requisitos, tales como el plano del edificio, el coeficiente de condominio, el reglamento y los linderos detallados no sólo del edificio sino también de cada uno de los pisos o apartamentos que lo integran, dicen relación al objeto mismo de un contrato de compraventa de un inmueble sujeto a la normación de la propiedad horizontal. Partiendo de esa premisa agrega que, por consiguiente, la falta de cualquiera de los requisitos indicados configura un objeto ilícito "de acuerdo al (sic) artículo 1519 del Código Civil a diferencia de lo que cree el Tribunal de Pasto, y que esa omisión, por otro lado, conlleva nulidad absoluta de los mismos contratos, al tenor del artículo 1741 ibídem, en razón de no determinar su objeto como lo quiere y exige la Ley 182, es falta de los requisitos y formalidades que la misma naturaleza de tales contratos reclama para su validez hasta tal punto que (las normas mencionadas en el encabezamiento del cargo) ... prohíben a los notarios autorizar ninguna *escritura pública sobre constitución de propiedad horizontal* (se subraya) o de enajenación de inmuebles por pisos o apartamentos, y prohíben a los registradores registrarlas".

A vuelta de repetir los argumentos que se dejan transcritos, la censura afirma que la sentencia impugnada incurrió en equivocada interpretación de los mencionados textos legales y reglamentarios (a cuya lista agrega el artículo 899 del Código de Comercio) "pues al no decretar la nulidad las tres escrituras de marras, de los tres contratos en ellas contenidos, mejor dicho, en la parte resolutiva de ella, violó directamente esa norma imperativa del estatuto y los artículos del Código Civil y de Comercio que se acaban de citar; aquella por cercenarle su alcance jurídico y estos por no haberlos aplicado para decretar la nulidad sustancial demandada".

Dice igualmente que el Tribunal no tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 99 del Decreto 960 de 1970, numeral 6º y por tanto dejó de aplicarlo, puesto que en las escrituras de que se trata no se consignaron los datos que exigen la Ley 182 y sus reglamentos, al no haber decretado la nulidad solicitada por el actor.

"Y para completar la proposición jurídica del cargo —agrega el recurrente— la sentencia acusada violó también directamente, por no haberlo aplicado, el artículo 1746 del Código Civil que decretada la nulidad impetrada de las compraventas pactadas entre Cristóbal Flórez y los demandados o decretada la nulidad formal de las escrituras que los contienen, le ordenaba al juzgador determinar que las cosas vuelvan al estado anterior en que se encontraban antes de contratarse y correrse y registrarse las escrituras".

Se considera

Desde tiempos de los jurisconsultos romanos las tradicionales formas del derecho de propiedad se reducían a dos: la exclusiva o individual y la comunitaria. En Colombia, a partir de la Ley 182 de 1948 se introdujo una nueva, la llamada propiedad horizontal sobre el piso o departamento sobre el cual recae, que en cuanto a éste es exclusiva y que por tanto le permite al dueño enajenarlo, gravarlo y arrendarlo libremente, es decir, sin necesidad del consentimiento de los propietarios de los demás pisos o departamentos. Este tipo especial de propiedad lleva consigo sin embargo, a manera de derecho accesorio, una comunidad sobre los bienes afectados al uso común proporcional al valor del piso o departamento respectivo (CXXXIX, página 238).

El artículo 1º de la citada Ley 182 dispone que "los diversos pisos de un edificio y los departamentos en que se divida cada piso, así como los departamentos de la casa de un solo piso, cuando sean independientes y tengan salida a la vía pública directamente o por un pasaje común, podrán pertenecer a distintos propietarios, de acuerdo con las disposiciones de esta ley". De consiguiente, la mera pluralidad de dueños de un edificio compuesto de varios pisos o departamentos, si no está ajustada a las normas y requisitos que al efecto establecen la Ley 182 y sus decretos reglamentarios, aun en el caso de que los diversos

propietarios hayan convenido en la distribución individual de tales pisos o departamentos, no podrá calificarse como propiedad horizontal ni estará sujeta a la preceptiva de dicho estatuto legal.

En efecto, la referida ley en su artículo 10 señala una serie de requisitos que deben cumplirse para "inscribir por primera vez un título de dominio o cualquier otro derecho real sobre un piso o departamento comprendido en las disposiciones de esta ley", y el artículo 11 agrega que a falta de sociedad constituida por "los propietarios de los diversos pisos o departamentos en que se divide un edificio" para que tenga a su cargo la administración del mismo, tendrán estos que redactar un reglamento de copropiedad que "deberá ser reducido a escritura pública e inscrito simultáneamente con los títulos de dominio y plano del edificio".

El artículo 19 estatuye que en el decreto reglamentario respectivo, el gobierno señalará "los requisitos que deben reunir los edificios que deban quedar sometidos al régimen que ella establece", e indica la entidad o funcionario que tendrá a su cargo decidir "si el edificio que se proyecte dividir en pisos o departamentos cumple con las exigencias de dicho reglamento". El decreto reglamentario, el 1335 de 1959 (adicionado luego por el 144 de 1968), fija los requisitos que deben cumplirse para "los edificios sobre cuyos pisos o departamentos se desee constituir propiedad separada de acuerdo con las disposiciones de la Ley 182 de 1948".

De esta suerte, para que exista la propiedad separada u horizontal de que trata la ley en cuestión, es menester cumplir con los requisitos y formalidades que ella y sus reglamentos establecen. Empero, si el propietario de un edificio sobre el cual no se ha constituido legalmente ese tipo especial de propiedad de que se viene hablando, vende a diversas personas los pisos o departamentos que lo integran, el incumplimiento de aquéllos no comporta la nulidad de las ventas que acaban de mencionarse, sino simplemente que los respectivos adquirentes no tendrán los derechos y obligaciones que consagra la Ley 182 para la propiedad horizontal.

Tales requisitos dicen relación exclusivamente a esa clase especial de propiedad, de cuya esencia forman parte y a cuyo cumplimiento está condicionado que ella exista, pero no son los que la ley establece como indispensables para el perfeccionamiento o la validez del contrato de compraventa en sí mismo considerado. Obsérvese que dicha Ley 182 no sanciona con nulidad del contrato el incumplimiento de los requisitos tantas veces mencionados, los que por otra parte, como lo expuso el sentenciador, no pertenecen al derecho público de la nación (artículo 1519 del Código Civil). Esta apreciación de la sentencia recurrida no ha sido desvirtuada ni siquiera combatida por el recurrente.

De acuerdo con lo expuesto, si el propósito de quienes celebran un contrato de compraventa de uno de los pisos o departamentos que componen un edificio es que el comprador sea su dueño exclusivo "y comunero de los bienes afectados al uso común", pero si el inmueble en cuestión no se ha cometido previa o simultáneamente al régimen de la propiedad horizontal, no por ello el contrato es nulo, lo que ocurre es que ese propósito resulta sí vano. No es nulo el contrato se repite, porque los requisitos establecidos para la propiedad separada u horizontal no son de la esencia del de compraventa que se celebró ni de los que la ley prescribe para que tenga valor como tal; son apenas necesarios para que el piso o departamento adquirido se sujete al régimen de la Ley 182.

No hubo, pues, interpretación errónea de los artículos de la Ley 182, ni falta de aplicación de los del Código Civil que señala la censura, y por tanto el cargo no prospera.

En cuanto el artículo 19 de la citada ley se observa que no es norma sustancial. "Finalmente cabe agregar —dijo la Corte en sentencia del 22 de octubre de 1971 (CXXXIX, página 191)—, que el artículo 19 de la Ley 182 se limita a establecer una prohibición a los Notarios y Registradores de Instrumentos Públicos, cuya inobservancia sólo compromete la responsabilidad de esos empleados, pero no acarrea en modo alguno la nulidad de los instrumentos en que se haya incurrido en ella, máxime si la referida prohibición fue atemperada por el Decreto 144 de 1968 al circunscribirla a los casos allí señalados".

La lectura de los certificados de libertad expedidos por el Registrador de Instrumentos Públicos de Pasto, que obran a folios 7 a 12 del cuaderno número 1 y 12 a 14 del cuaderno número 2, referentes a las ventas efectuadas por Cristóbal Flórez mediante las Escrituras 704 de 1971, 80 de 1972 y 1082 de 1974, otorgadas todas en la Notaría Primera de la misma ciudad, dada la forma en que aparecen redactados, es decir, como si el edificio del vendedor estuviese sujeto al régimen de propiedad horizontal o separada, permite pensar que el Registrador violó la prohibición establecida por el citado artículo 19 de la Ley 182. En efecto, aunque todo el inmueble es-

taba gravado con dos hipotecas a favor del Banco Central Hipotecario según aparece claramente de tales certificados, no en todos ellos figura ese gravamen. Otro tanto ocurre con la llamada "anticresis con hipoteca" que se dice constituida por Cristóbal en favor de N. Chamorro Mera en la Escritura número 704 de 1971. En estas condiciones, será menester poner esos hechos en conocimiento de la Superintendencia de Notariado y Registro para lo de su resorte.

El cargo no prospera.

Segundo cargo. Viene formulado así:

"Por la misma causal 1ª numeral 1º, artículo 368 del Código de Procedimiento Civil censuro la sentencia como violatoria de estas normas de derecho, con quebrantamiento indirecto de las mismas, debido al error de hecho, que aparece palmar, cometido por el sentenciador de segunda instancia en la apreciación de la prueba de que sirvió para dar por pagado en la forma pactada, el precio de la compraventa de que trata la Escritura 1082 de 28 de mayo del año de 1974: artículos 1946 (sic) y 1930 del Código Civil. Que no se aplicaron no obstante estar acreditado del proceso el no pago de la compraventa contenida en ella".

Al fundamentar su acusación, comienza el censor por transcribir la cláusula 2ª de la citada escritura y agrega que "como no se han presentado al proceso esas letras de cambio, el sentenciador comete un error de hecho al tener por demostrado que se giraron o expidieron a favor del señor Cristóbal Flórez, máxime que en la escritura ni siquiera se transcribe el contexto de estas letras para concluirse quién fue el girador de ellas".

Afirma igualmente que constituye error de hecho estimar que las letras de que se trata fueron entregadas por el comprador al vendedor, cuando en la escritura sólo se expresa que fueron giradas y que por tanto el sentenciador "vio la existencia de obligaciones cambiarias que en realidad no existen. Dio por demostrado que el pago del precio se hizo con una letra de cambio que en el proceso no existe y que del mismo no está acreditada su existencia por separado. Es decir, en la parte resolutiva de su sentencia da por demostrado ... un pago que no se ha hecho. Con lo cual comete un error de hecho que salta a la vista, como queda expresado, y mediante el cual se violó (sic) indirectamente las dos disposiciones del Código Civil citadas, que consagran la resolución de contrato bilateral, por incumplimiento de obligación de una de las partes ... Es que el sentenciador si no hubiese cometido el error de hecho apuntado en la apreciación de la prueba de pago del precio, dándolo por pagado cuando no lo estuvo al iniciarse la acción resolutoria, y no lo está hasta ahora, ha debido decretar la resolución y condenar al demandado al pago de las pretensiones mutuas que le corresponden. En otras palabras: por haber apreciado el texto de la escritura como prueba del pago del precio, sin figurar en el proceso las letras de cambio de que allí se habla, violó indirectamente y por falta de aplicación los artículos 1930 y 1932 del Código Civil".

Como un nuevo error de hecho en que habría incurrido el Tribunal, asevera el recurrente que la consignación efectuada por Chaves en el Banco Popular para pagar la primera de las mencionadas letras "no puede tenerse como prueba de descargo de obligación cambiaria alguna y con mayor razón si tal consignación es a favor de Cristóbal Flórez Chaves como girador, habida cuenta, como ya se dijo, que del contexto de la escritura no se sabe quién fue el girador de las letras, que allí sólo se dice que fueron firmadas *y no entregadas.* De suerte que no existiendo obligación cambiaria, mal puede existir prueba de su extinción ... por lo cual es un error de hecho del Tribunal de Pasto considerar que está probado, con el texto de la escritura y con la comprobación del Banco Popular, el pago que debió hacer el demandado Luis Efraín Chaves de la suma de treinta mil pesos ($ 30.000.00) el día 28 de mayo de 1975".

Tercer cargo. En éste afirma el recurrente que el sentenciador incurrió en interpretación errónea del artículo 882 del Código de Comercio, porque dicha norma autoriza el pago de una obligación mediante la *entrega,* no la simple firma, de un título valor por parte del deudor al acreedor, es decir, es haber identificado "dos fenómenos completamente distintos: la firma de un instrumento negociable o título valor y su entrega".

Sobre esta base arguye que el Tribunal no podía considerar que el comprador Chaves había pagado ese primer contado del precio de la venta mediante la simple "firma", de la letra por $ 30.000.00, como dice la escritura que lo hizo, pues en ninguna parte aparece ni existe prueba que la acredite, que esa letra fue entregada al vendedor.

"Este entendimiento que el Tribunal en el caso debatido le da a la disposición, o interpretación errónea de la misma —agrega el recurrente—, aparte de toda consideración probatoria, es lo que se llama, para efectos del recurso de casación, un clásico error jurídico". Afirma en seguida que a consecuencia de ese error "el sentenciador, al negar la acción resolutoria de la

compraventa contenida en la Escritura 1182 (sic), pues, violó directamente y por falta de aplicación, los artículos 1930 y 1932 del Código Civil. Siendo entonces, de acuerdo a (sic) este cargo, acusable la sentencia del Tribunal de Pasto por la causal primera ..., censuro la sentencia por esta violación de la ley sustancial contenida en las citadas disposiciones del Código Civil a que llegó por haberle dado un sentido que jurídicamente no tiene el artículo 882 del Código de Comercio".

Cuarto cargo. Se acusa la sentencia del fallador *ad quem* "como violatoria de la ley sustancial o artículos 1930 y 1932 del Código Civil, con quebranto indirecto, debido a la apreciación errónea o error de hecho cometido por el sentenciador en la interpretación de la Escritura 1082".

A intento de fundamentar su acusación dice el recurrente que el Tribunal concluye de las mencionadas cláusulas "que allí se estipuló valer las letras firmadas como pago del precio de la compraventa, sin que el vendedor haya dejado campo abierto, de acuerdo al (sic) artículo 882 del Código de Comercio para el ejercicio de la acción resolutoria del contrato por no haber estipulado lo contrario". Pero es el caso que de esas dos cláusulas resulta que, a pesar de decirse que el pago del precio de la compraventa se hacía con títulos valores, el vendedor dejó campo abierto para pedirse (sic) la resolución de la compraventa, si el comprador no pagaba en los días señalados las cuotas o parte del precio de que trata la cláusula 2ª de la escritura.

Consideraciones de la Corte

1. *En el contrato de compraventa, según lo disponen los artículos 1849 del Código Civil y 905 del Código de Comercio, la principal obligación a cargo del comprador* consiste en pagar en dinero el precio estipulado, *en la forma y términos que hayan convenido las partes. Sin embargo, los artículos 882 y 905 de este último estatuto permiten, salvo estipulación en contrario, que el pago del precio se haga también mediante la entrega de títulos valores de contenido crediticio, que para efectos de aquél se equiparan a dinero. Otro tanto ocurre con "los créditos comunes representativos de dinero" (artículo 905* in fine*). Esta forma de satisfacer la prestación a cargo del comprador, según el citado artículo 882 "llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera".*

El segundo inciso del artículo dispone: "Cumplida la condición resolutoria, el acreedor podrá hacer efectivo el pago de la obligación originaria o fundamental, devolviendo el instrumento o dando caución, a satisfacción del juez, de indemnizar al deudor los perjuicios que pueda causarle la no devolución del mismo". El cumplimiento de dicha condición equivale a que continúa insoluta la obligación a cargo del deudor que éste intentó pagar con la entrega de títulos valores y por tanto a que el acreedor tiene a su favor el derecho alternativo que le brinda la ley enfrente de esa situación, es decir, el artículo 1546 del Código Civil para los contratos bilaterales y concretamente el 1930 para el contrato de compraventa.

2. *De consiguiente, cuando en un contrato de esta clase el comprador paga el precio con títulos valores y estos son rechazados por el obligado o no son descargados, se entiende que el pago no se efectuó y el vendedor puede, a su arbitrio, o exigir que se le satisfaga el precio insoluto o demandar la resolución del contrato, y en ambos casos a que se le indemnice de los perjuicios que el incumplimiento del comprador le haya causado.*

3. *Si el vendedor no se allana a recibir voluntariamente el precio de la compraventa, su cocontratante puede efectuar el pago por consignación, de acuerdo con las normas generales atinentes a esa forma de extinguir las obligaciones. En el caso de que trata el artículo 882 arriba citado, vale decir, cuando se hubiere efectuado el pago del precio mediante la entrega de títulos valores y el acreedor y tenedor de los mismos rehuse recibir voluntariamente el importe correspondiente, el deudor del instrumento puede acudir además a la forma especial de pago por consignación que para esa clase de títulos consagra el artículo 696 del mismo Código que tiene igualmente pleno poder liberatorio.*

4. Ante todo, arguye el recurrente, que no está demostrado que el comprador Chaves hubiese *entregado* al vendedor las letras de cambio que dijo haber *firmado* a su favor y que el Tribunal erró de hecho al haber interpretado la escritura en este último sentido.

Esta afirmación no se compadece en modo alguno con la buena fe procesal y significa alterar las bases sobre las cuales se estructuró la litis. En efecto, en el hecho 12 de la demanda que dio origen al proceso se afirmó simplemente que el comprador "hasta la fecha *no ha descargado* (se subraya) los instrumentos negociables que suscribió a favor del vendedor y que debía descargarlos en los plazos estipulados". Esta afirmación hecha por el mismo abogado que suscribe

la demanda de casación y que al tenor de los artículos 195 y 197 configura una confesión, comporta necesariamente la de que el comprador no sólo firmó en favor del vendedor —como textualmente reza la Escritura 1082—, sino también la de que entregó a éste las letras de cambio de que trata la cláusula 2ª. Si no hubiese habido firma y entrega de título valor, mal podría afirmarse que éste no fue descargado, y en todo caso esa fue la interpretación que le dio el sentenciador a la cláusula 2ª del citado instrumento, la que en manera alguna peca de contraevidente.

Esta Sala ha expuesto repetidamente que "si el punto es dudoso o las pruebas se prestan a diversas interpretaciones o es menester argüir esforzados razonamientos para convencer que la conclusión debe ser otra, el error manifiesto queda descartado (XLIII, página 799; LXXXIII, página 245)".Y ha dicho también en que si "márgenes de duda permitieran a la Corte sustituir con otro el criterio del sentenciador de instancia en la apreciación del material probatorio, entonces se desfiguraría el recurso de casación para tornarse en una instancia más del proceso" (CVII, página 277).

No estando demostrado el error de hecho que se atribuye al sentenciador, y en todo caso no teniendo aquél el carácter de evidente, para efectos de este fallo debe partirse de la base de que el comprador Chaves, para pagar el saldo del precio de la compraventa debatida no sólo *firmó* como obligado sino que *entregó* a su vendedor las letras de cambio que se mencionan en la cláusula 2ª de la escritura respectiva.

5. El Tribunal estimó en el presente caso que el comprador Chaves había pagado el precio de la venta en la forma estipulada por los contratantes, así: un primer contado que en el mismo instrumento el vendedor declaró haber recibido en dinero efectivo a su satisfacción; y el saldo, con tres letras de cambio, cada una por valor de $ 30.000.00; la primera (que es la que se discute en la litis) con plazo de un año a partir de la fecha de la escritura, o sea, el 28 de mayo de 1975; la segunda a dos años, y la tercera a tres años.

Esta forma de pago, mediante títulos valores que entre otras cumplen las funciones de ser sucedáneos del dinero, como se dijo, se halla prevista, además de lo que dispone el inciso final del artículo 705, por el artículo 882 del Código de Comercio, cuyo primer inciso dice en lo pertinente: "La entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos valores de contenido crediticio, por una obligación anterior, *valdrá como pago de ésta* (se subraya) si no se estipula otra cosa";

En consecuencia, hoy no se remite a duda que, a menos de pacto en contrario, se pueden satisfacer obligaciones de pagar dinero con la entrega de títulos valores que haga el deudor a su acreedor, pero que esa forma de pago lleva implícita la condición resolutoria en caso de que el instrumento sea descargado oportunamente.

6. Por otra parte, en armonía con los artículos 882 y 905, el 691 ibídem dispone que "si vencida una letra ésta no se presenta para su cobro dentro de los términos previstos en el artículo 691, cualquier obligado puede depositar el importe de la misma en un banco autorizado legalmente para recibir depósitos judiciales, que funcione en el lugar donde debe hacerse el pago, a expensas y riesgo del tenedor, y sin obligación de dar aviso a éste. Este depósito producirá efectos de pago".

Finalmente, al tenor de la Ley 2ª de 1963 y de su Decreto reglamentario número 1798 del mismo, el Banco Popular está autorizado para recibir depósitos judiciales.

7. La aplicación de las normas legales que acaban de citarse (algunas de las cuales el censor no señala como infringidas, como tenía que haberlo hecho), llevó al Tribunal a estimar que la letra a cargo de Chaves y a favor de Cristóbal por $ 30.000.00 a que se refiere la impugnación había sido pagada por la parte obligada mediante el depósito de su importe efectuado por Chaves a favor de Cristóbal en el Banco Popular de Ipiales, ciudad ésta donde debía ser cancelada, según aparece del recibo de depósito expedido por dicho banco. La apuntada omisión bastaría para rechazar los cargos por falta de proposición jurídica completa.

8. El Tribunal estuvo acertado también al exponer que, para los efectos de la acción resolutoria invocada, la falta de pago de la letra en cuestión, dada su especial naturaleza jurídica, sólo podía acreditarse mediante la presentación del instrumento original, del cual podía deducirse si había sido descargado o no, salvo el caso especial del artículo 696 atrás citado. Esa letra no aparece en el proceso como lo afirma el propio recurrente. Recuérdese que los artículos 624, 691 y 692 exigen la presentación de la letra para obtener el pago de la misma y su entrega, si éste se efectúa.

9. En efecto, *la necesidad de presentar el título valor entregado como pago de una obligación que autoriza el artículo 882, surge también de la condición resolutoria que lleva implícita.*

Según el artículo 1546 del Código Civil aplicable a todos los contratos bilaterales, como atrás se dijo, el incumplimiento de la obligación de una de las partes confiere a la otra que sí cumplió o que al menos se allanó a hacerlo, un derecho alternativo que puede ejercer a su arbitrio: pedir la resolución del contrato o exigir su cumplimiento, en ambos casos con indemnización de perjuicios a cargo del contratante que haya incumplido.

Estos dos derechos son contrapuestos y por tanto se excluyen recíprocamente. El ejercicio simultáneo de ambos es un imposible jurídico. De consiguiente, cuando una prestación originada en contrato se ha satisfecho en la forma que autoriza el artículo 882, para el ejercicio de la acción resolutoria respectiva derivada del no pago del título valor, requiérese sine qua non *que el acreedor demandante lo presente para acreditar que lo tiene en su poder y que no está descargado, o "dando caución, a satisfacción del juez de indemnizar al deudor los perjuicios que pueda causarle la no devolución del mismo", como lo dispone dicho artículo. Esa presentación del título valor insoluto o el otorgamiento de la garantía, en su caso, son los únicos que lo habilitan para ejercer el derecho a demandar la resolución del contrato, pues con ellas exterioriza su deseo de utilizar en ese sentido la alternativa que le confiere el artículo 1546.*

De acuerdo con las normas generales, si al acreedor le bastara con demostrar la existencia de la obligación originaria o fundamental, esto es, la nacida del contrato, y con afirmar que el deudor no la ha satisfecho, para en tal virtud demandar la resolución, en el caso especial del artículo 882 del Código de Comercio, ese acreedor como tenedor del título valor que recibió en pago de aquella obligación, bien podría exigir igualmente que éste le fuera pagado. Más aun, esa posibilidad de cobro del título valor la tendría cualquier endosatario o tenedor del mismo, que sería tercero en el contrato que le dio origen. Esta mera posibilidad debe precaverse y evitarse a todo trance, porque comportaría nada menos que el ejercicio simultáneo de los derechos que en forma alternativa concede para los contratos bilaterales el artículo 1546 del Código Civil, lo que es absurdo. La única manera de impedir que se produzca esa ocurrencia, a todas luces inmoral e injurídica, es precisamente la de exigir al demandante en acción resolutoria de contrato bilateral que presente el título valor que había recibido en pago de la obligación a su favor, del cual aparezca que no ha sido rechazado o descargado de cualquier manera, como claramente lo dispone el artículo 882 del Código de Comercio, o que preste la caución a que dicha norma se refiere para garantizar al deudor los perjuicios que pueda causarle, entre los cuales está la posibilidad del ejercicio simultáneo de la acción resolutoria y de la cambiaria derivada del título valor.

En el caso *sub judice*, como se ha visto, la parte actora no presentó la letra de cambio a cargo del demandado cuyo no pago afirma, ni prestó tampoco la caución que exige el artículo 882. En cambio, el demandado demostró legalmente haber acudido oportunamente en cuanto a dicha letra al pago por consignación que autoriza el artículo 696 arriba citado.

Dícese que ese pago fue oportuno, porque los artículos 691 y 696 del Código de Comercio disponen que si la letra de cambio no se presenta para su pago el día de su vencimiento "o dentro de los ocho días comunes siguientes", "cualquier obligado podrá depositar el importe de la misma en un banco autorizado legalmente para recibir depósitos judiciales, que funcione en el lugar donde debe hacerse el pago ... Este depósito producirá efectos de pago". Eso fue lo que ocurrió en el presente caso, pues, según el comprobante expedido a favor de Chaves por el Banco Popular de Ipiales, que obra a folio 27 del cuaderno número 1, él depositó el pago de la letra el día 30 de mayo de 1975, los $ 30.000.00 que ésta representaba.

No habiéndose producido pues ninguno de los quebrantos de las normas legales que señala el recurrente, el cargo en estudio tampoco prospera.

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 impugnada y condena en costas al recurrente. Tásense.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen.

Alberto Ospina Botero, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Ricardo Uribe-Holguín, Hugo Vela Camelo.

Carlos G. Rojas Vargas
Secretario.

PROCESO ORDINARIO DE DECLARACION DE PERTENENCIA

Se decreta la nulidad de todo el proceso, por cuanto el demandado, no fue notificado en legal forma.

Recurso extraordinario de revisión. La Corte Suprema de Justicia cambió la jurisprudencia con respecto al recurso extraordinario de revisión, y establece que es posible la interpretación de la demanda cuando se ha expuesto claramente el "hecho que es causa de la revisión". "Habiéndose expuesto claramente, el hecho que es causa de la revisión, no podría desecharse ésta porque equivocadamente el impugnador haya denominado mal la causal".

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., octubre 23 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

Invocando expresamente la causal sexta del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, frente a Fideligno Sierra y en demanda que fue admitida por la Corte mediante auto de 19 de enero de este año, Aquilina Rodríguez viuda de Rincón propuso el recurso extraordinario de revisión contra la sentencia de 29 de julio de 1977, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, sentencia confirmatoria de la de primera instancia que, en favor de Fideligno Sierra, acogió la pretensión de pertenencia de un inmueble de propiedad de Aquilina.

Como fundamento de este medio extraordinario de impugnación, la recurrente, quien es mujer humilde y analfabeta, manifiesta que la demanda de pertenencia se dirigió contra ella como dueña, pero que el demandante Sierra, no obstante ser yerno del marido de Aquilina, afirmó en la demanda que desconocía el lugar de la residencia de ésta, por lo cual debía ser emplazada, afirmación falsa, pues sí sabía el lugar no sólo de su residencia, donde semanalmente se hospedó por mucho tiempo, sino también el de su trabajo, que es un puesto de venta de víveres en la plaza de mercado de Tunja que aquél frecuentó en cierta época. Agrega la recurrente que tanto su residencia como el lugar de su trabajo son los mismos desde hace más de 30 años. Finalmente, Aquilina asevera que intencionalmente Fideligno quiso eludir la notificación personal de la demanda, para que ella no pudiera oponerse a su injusta pretensión.

Con oposición del demandado, quien alegó que no existe identidad entre el inmueble declarado de su propiedad y el que la recurrente dice ser suyo, se adelantó el trámite durante el cual se practicaron las pruebas decretadas.

Como están reunidos los presupuestos del proceso y no se advierte vicio del procedimiento, la Corte procede a desatar el recurso, previas las siguientes consideraciones:

1. Está plenamente demostrado que Aquilina Rodríguez viuda de Rincón es mujer humilde y analfabeta. Precisamente, por no saber firmar no pudo suscribir el poder que otorgó para que se iniciara este proceso. Acreditado aparece también no sólo con el dicho del demandado, sino con lo declarado por varios testigos y, además, con actas del estado civil y otros documentos, qué Fideligno Sierra, frente a quien se ejercita el recurso extraordinario, está casado con una hija del primer matrimonio de Ignacio Rincón, quien luego contrajo segundas nupcias con Aquilina, la recurrente; que por varios años anteriores a la muerte de Ignacio, Fideligno el demandado, se hospedaba una vez a la semana en la casa en que vivían Ignacio y Aquilina, que es la misma habi-

tación que ésta siguió ocupando después de la muerte de su marido; que Fideligno, periódicamente, se abastecía de víveres en el puesto que la mujer de su suegro tenía y aún tiene en la Plaza de Mercado de Tunja; que desde hace más de 20 años Aquilina Rodríguez viuda de Rincón no ha mudado ni el lugar de su residencia en Tunja ni el lugar de su trabajo en la plaza de mercado; que al entierro de Ignacio Rincón, ocurrido en junio de 1965, asistió el demandado Fideligno con su esposa, hija del difunto; que Aquilina, para cuando se presentó por Fideligno la solicitud de declaración de pertenencia, figuraba, en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sogamoso, como titular exclusiva del derecho de dominio sobre el inmueble que fue objeto de la declaración de pertenencia. Además, el mismo demandado en este proceso de revisión confesó paladinamente que, por haberlos frecuentado, hasta junio de 1965 conocía el lugar de trabajo y el de residencia de Aquilina Rodríguez, pero que después de la muerte de Ignacio Rincón no volvió a visitar a ésta. Concretamente, al preguntársele si éste y aquélla residían en la casa distinguida con el número 14-00 de la carrera 9ª de Tunja, lugar que hoy continúa habitando Aquilina, contestó: "de la muerte de Ignacio Rincón para acá no sé si viva o no porque yo no volví más por allá".

2. *El recurso de revisión en el nuevo Código de enjuiciamiento, como ya se ha dicho, no solamente se instituyó para los graves casos en que faltaren los elementos esenciales para la garantía de la justicia, es decir, para impugnar las sentencias notoriamente inicuas, sino que también tiende a tutelar el derecho sagrado de defensa. La imperatividad y la misma inmutabilidad de las sentencias que ostentan el sello de la cosa juzgada, deben ceder si se demuestra, por ejemplo, que el demandado no fue debidamente notificado de la demanda o correctamente emplazado, o si se acredita que entre las partes existió colusión u otra maniobra fraudulenta en el proceso. No quiere, pues, el legislador que las sentencias pronunciadas con notoria transgresión del derecho de defensa o en que el fraude o la colusión de las partes determinaron su sentido, así estén ejecutoriadas, así estén amparadas con la coraza de la cosa juzgada, sean intangibles, no se las pueda impugnar, a pesar de aparecer la prueba plena de la colusión o de la imposibilidad en que se colocó el demandado para defenderse.*

3. *Aunque con iniciales vacilaciones, la Corte ha dicho que la causal sexta de revisión está erigida, no en favor de las partes en el proceso, sino de los terceros a quienes, no obstante su condición de tales, obliga el fallo que fue producto del fraude o de la colusión de aquéllas, como en los de filiación que por haberse pronunciado entre legítimos contradictores obligan* erga omnes.

Y también ha expresado la Corte que, por ser extraordinario, el recurso de revisión es un recurso estricto en que corresponde al recurrente la cabal formulación de la demanda, sin que a la Corte le esté permitido corregir las deficiencias técnicas del libelo sustentatorio de la impugnación.

4. *A pesar de los anteriores postulados no podría la Corte, sin abandonar el camino que su alta misión le traza como unificadora de la jurisprudencia nacional y como superior dispensadora de justicia, despojarse de su nobilísima facultad, o mejor deber de interpretar la demanda, pues con ello, en aras de un formalismo rígido y estéril, sacrificaría inhumanamente el derecho material propiciando de esta manera la injusticia o el atropello de la garantía constitucional del debido proceso.*

Habiéndose expuesto claramente el hecho que es causa de la revisión, no podría desecharse éste porque equivocadamente el impugnador haya denominado mal la causal. Si los fundamentos fácticos, desde luego que comportan alegación de falta de notificación personal o de indebido emplazamiento, son claramente constitutivos de la causal séptima de revisión, la circunstancia de que el recurrente los califique como generadores de la sexta, no puede ser error tal que la Corte no pueda, ejercitando su derecho de interpretar el verdadero querer del demandante y sin lesionar en lo más mínimo el derecho de defensa del demandado, entender la demanda en el sentido de que la causal realmente alegada no fue la sexta, como lo precisa el recurrente, sino la séptima, como quiera que los hechos de la causa petendi *no encajan en aquélla sino en ésta. Y no se hiere el derecho de defensa, porque el demandado, al ser notificado del auto admisorio de la demanda, fue impuesto de los hechos invocados por el recurrente como causal de revisión. Los episodios son unos mismos, lo que varía es la determinación de la causal.*

5. *La actitud de Fideligno Sierra en el proceso de pertenencia al afirmar que desconocía la residencia y el lugar de trabajo de Aquilina, no obstante las circunstancias que antes se dejaron precisadas, constituye comportamiento socarrón, notoria picardía que trasciende los límites de la simple ingenuidad para irrumpir en los terrenos vedados de las acciones dolosas. La Corte no pue-*

de pasar por alto semejante proceder y alerta a los jueces para que no toleren que se les utilice como aparente herramienta de escandalosos fraudes como el que aquí ha quedado descubierto. Si a la justicia se la ha representado como la diosa de los ojos vendados, quienes desempeñan la función alta de dispensarla a nombre del Estado deben, por su parte, tenerlos bien abiertos para que su misión no se trueque en la de colaborar con el fraude.

En conclusión, si de conformidad con el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil sólo puede procederse el emplazamiento de quien debe ser notificado personalmente del auto admisorio de la demanda, cuando se ignore su habitación y el lugar de su trabajo, es claro que tal medio de notificar no puede emplearse cuando quien presenta la solicitud de emplazamiento sí conoce esos lugares o, al menos, cuando existen razonables motivos para inferir que no es posible desconocerlos.

Brota, entonces, de todo lo expuesto, que Fideligno Sierra, para cuando en el proceso de declaración de pertenencia solicitó el emplazamiento de la demandada Aquilina Rodríguez viuda de Rincón, no desconocía el lugar de residencia de ésta ni el de su trabajo, por lo cual la notificación de la demanda de pertenencia que se le hizo por intermedio de curador *ad litem* y previo emplazamiento, no quedó hecha en legal forma. De esta manera queda acreditada la causal séptima de revisión.

Como el proceder de Fideligno Sierra comporta alegación a sabiendas de hecho contrario a la realidad, lo que implica mala fe a tenor de lo dicho en el artículo 74 del Código de Procedimiento Civil, se le condenará además al pago de los perjuicios ocasionados a Aquilina con aquel comportamiento. Y como tal aseveración se hizo bajo juramento, se dispondrá que copia de esta sentencia y de la demanda introductoria del proceso de pertenencia se envíen al juez penal competente para que investigue si se ha cometido o no delito de falso testimonio.

A 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:

1º ANÚLASE el proceso de declaración de pertenencia que, ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Sogamoso, adelantó Fideligno Sierra contra Aquilina Rodríguez y que culminó con sentencia de primera instancia, calendada el 23 de julio de 1975, confirmada por la que pronunció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo el 29 de julio de 1977, todo a partir del auto admisorio de la demanda de pertenencia inclusive.

2º CONDÉNASE a Fideligno Sierra a pagar a Aquilina Rodríguez viuda de Rincón los perjuicios que le ha causado por haber procedido con mala fe en el proceso de pertenencia. Hágase la liquidación siguiendo el trámite señalado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

3º CONDÉNASE a Fideligno Sierra a pagar las costas de este proceso de revisión.

4º ENVÍESE al juez penal competente las copias a que se hizo alusión en la parte motiva, para que se inicie la correspondiente investigación penal.

5º Al Registrador de Instrumentos Públicos de Sogamoso envíese copia de la parte resolutiva de esta sentencia, para que cancele los registros hechos con fundamento en las sentencias dictadas en el proceso que ahora se anula.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese el expediente.

Alberto Ospina Botero, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Ricardo Uribe-Holguín, Hugo Vela Camelo.

Carlos G. Rojas Vargas
Secretario.

DONACION

a) La donación es un verdadero contrato; b) características; c) su naturaleza.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., octubre 30 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 5 de abril de ese año, pronunciada en el proceso ordinario de Henry Huertas Quintana contra Félix Armando Urquijo Díaz y Noel Reyes Avila.

Antecedentes

I. Mediante libelo de 21 de julio de 1976, solicitó el menor Henry Huertas Quintana, representado por su padre José Leucio Huertas, que se hiciesen las siguientes declaraciones:

Principales:

a) Que se declare que el menor demandante Huertas Quintana es dueño absoluto del vehículo automotor marca Ford Mustang, modelo 1973, color verde, motor número 3FOIF258373, de dos puertas y distinguido con las placas AI 5042;

b) Que como consecuencia de la anterior declaración, se disponga que el Director de Circulación y Tránsito de la ciudad de Bogotá siente la correspondiente inscripción a favor de su propietario Henry Huertas Quintana y simultáneamente cancele el registro o matrícula que obra en dicha oficina a favor de Noel Reyes Avila;

c) Que se condene al demandado Reyes Avila a restituir al demandante el referido automotor, al día siguiente de la ejecutoria de la sentencia que así lo ordene;

d) Que se declare que el demandado Félix Armando Urquijo Díaz, como propietario de la rifa "Super Plan Navideño 75", estaba obligado a entregar al menor Henry Huertas Quintana, por ser el ganador del premio, el automóvil ya particularizado.

Subsidiarias:

1ª Que se declare que el menor Henry Huertas Quintana es condueño con Noel Reyes Avila, por iguales partes, del automóvil Ford Mustang.

2ª Que como consecuencia de la declaración precedente, se disponga al Director de Circulación y Tránsito de Bogotá extender nueva matrícula a favor de los mencionados propietarios.

3ª Que se condene al demandado Reyes Avila a entregarle al demandante el derecho de mitad que este último tiene en el mencionado automotor.

4ª Que se declare que el demandado Félix Armando Urquijo Díaz, como propietario de la rifa "Super Plan Navideño 75", estaba obligado a entregar a Huertas Quintana y Reyes Avila, el automotor tantas veces citado.

Finalmente, pidió el demandante que se condenara en las costas del proceso a los demandados.

II. Las pretensiones anteriores descansan en los presupuestos de hecho que a continuación se resumen:

a) El 10 de junio de 1975, ante la Alcaldía Municipal de Ricaurte (Cundinamarca), Félix Armando Urquijo Díaz solicitó permiso para efectuar la rifa denominada "Super Plan Navideño 75" de un automóvil marca Ford Mustang, modelo 1973, con placas AI 5042, autorización que le fue concedida mediante Resolución número 020 de 20 de junio de 1975, rifa que debía verificarse el 15 de diciembre del mismo año, con sujeción al sorteo de la Lotería de Cundinamarca;

b) En desarrollo de la mencionada rifa, Adán Huertas Izquierdo, al servicio de Félix Armando

Urquijo, "le vendió al demandado Noel Reyes Avila la boleta distinguida con las siguientes cifras: 9926, 2510, 6143, 8952, 3697, 5805, 0071, 1364, 4327 y *7579*. En la 'colilla' correspondiente a esta boleta, que deja en su poder el propietario de la rifa para efectuar el respectivo control tanto de cifras como de personas y pago, se anotó el nombre del niño Henry Huertas por voluntad del comprador, ya que se trataba de su ahijado. En la 'colilla' de la boleta de premios adicionales, también se anotó el nombre del niño Henry Huertas ...";

c) El 15 de diciembre de 1975 se celebró el sorteo de la Lotería de Cundinamarca y resultó como premio mayor el número 7579, número éste igualmente comprendido en la boleta vendida a Reyes Avila, en la cual "figuraba como beneficiario el menor Henry Huertas Quintana";

d) Entre los días 17 a 19 de diciembre de 1975, la Alcaldía Municipal de Ricaurte, con el asentimiento del propietario de la rifa y con la presencia de un empleado de la Contraloría, procedió a entregar el premio o automóvil Ford Mustang a Noel Reyes Avila, en razón de que el dueño de la rifa y el vendedor de la boleta intervinieron ante el Alcalde y el empleado de la Contraloría, para que el premio se entregase a la persona que había cancelado el valor de la boleta y figuraba en esas condiciones en los libros de contabilidad, así no apareciese su nombre "en la colilla de la boleta" y tener al menor Huertas Quintana la calidad de beneficiario del premio, lo cual le daba a este último el derecho "de recibirlo de manera incondicional y directa por ser su legítimo dueño, sin consideración a la persona que voluntariamente pagó el valor de esa boleta";

e) Por último, afirma el libelista que el propietario de la rifa "permitió o autorizó a su agente vendedor Adán Huertas Izquierdo, después de la entrega del automóvil, que en las 'colillas' de las boletas, tanto la del premio principal como la de los premios adicionales, se escribiera además el nombre de Noel Reyes Avila, lo cual se hizo con bolígrafo de diferente tinta, pues mientras el primer nombre aparece con tinta de color negro, éste último fue escrito con tinta de color azul; lo que quiere decir que no figurando en la boleta Noel Reyes Avila en el momento de la entrega del premio no había razón para que se le entregase a éste. La adición anotada se hizo para justificar así la errada entrega, por parte del propietario de la rifa 'Super Plan Navideño 75', Félix Armando Urquijo Díaz".

III. Los demandados respondieron en el sentido de admitir algunos hechos, de negar otros y consignaron su propia versión así:

a) Es cierto que Félix Armando Urquijo Díaz, solicitó autorización para rifar el automotor Ford Mustang con sujeción al premio mayor de la Lotería de Cundinamarca que debía verificarse el 15 de diciembre de 1975;

b) Como es cierto que el sorteo de la lotería se verificó en la fecha antes citada y resultó favorecida la boleta comprada por Noel Reyes Avila, quien pagó la boleta y a quien se le entregó el premio, por ser el único y verdadero propietario del automóvil rifado;

c) Que es cierto que a solicitud del demandado Reyes Avila, "el vendedor de la boleta 'Plan Navideño 75', señor Adán Huertas, escribió el nombre del menor Henry Huertas, ahijado del comprador de la boleta, pero esto es algo que acostumbra el señor Reyes como agüero y por cierto que hasta con buenos resultados, pero sin que en ningún momento hubiese estado en el ánimo de Reyes Avila siquiera obsequiar la boleta a su ahijado; por el contrario, se quedó con ésta y si hizo colocar el nombre de su ahijado en la boleta, lo hizo con el convencimiento de que este hecho le traería buena suerte, como en realidad así sucedió";

d) Que tan cierto es que el único dueño del automotor rifado es Reyes Avila, que éste invitó para que presenciara el acto de entrega del automóvil a José Leucio Huertas, padre del demandante, sin que éste hiciera reparo alguno respecto de la entrega del vehículo a aquél.

IV. La primera instancia terminó con fallo de 19 de octubre de 1977, en el cual se dispuso lo siguiente:

"Primero. Rechazar las pretensiones principales del demandante, en cuanto a la petición de declaración de propiedad absoluta del vehículo controvertido, en cabeza del menor Henry Huertas Quintana.

"Segundo. Declarar que existe la obligación de entregar al menor Henry Huertas Quintana la mitad del vehículo marca Ford Mustang, modelo 1973, clase automóvil, con dirección hidráulica, color verde, motor número 3FOIF258372, con placas AI-5042 y manifiesto de Aduana número 16707 de agosto 17 de 1973 de Bogotá, objeto del pleito, según lo considerado.

"Tercero. Condenar a los demandados Félix Armando Urquijo y Noel Reyes Avila a la entrega en la misma proporción, del vehículo con-

trovertido al menor Henry Huertas Quintana en calidad de acreedor beneficiario en la estipulación, y conforme a lo considerado.

"Cuarto. En consecuencia, se ordena al Director de Circulación y Tránsito, Oficina de Chapinero de Bogotá, extender nueva matrícula para el citado automotor a favor del menor Henry Huertas Quintana y del demandado Noel Reyes Avila, como propietarios del mismo, y cancelando simultáneamente la matrícula que figura a favor de Noel Reyes Avila. Líbrese el oficio correspondiente.

"Quinto. Se condena a los demandados a pagar las costas procesales en proporción de un 70%".

V. La anterior resolución fue adicionada por providencia de 9 de noviembre de 1977, en el sentido de levantar la medida cautelar que subsistía sobre el automotor y enterar de ello al secuestre, para que éste hiciera la entrega a sus propietarios Noel Reyes Avila y Henry Huertas Quintana.

VI. Contra la sentencia de primera instancia interpusieron ambas partes el recurso de apelación, habiendo terminado la segunda con fallo de 5 de abril de este año, mediante el cual se revocó el impugnado y se despacharon desfavorablemente las súplicas principales y subsidiarias contenidas en la demanda. Y, contra esta última decisión interpuso el demandante el recurso extraordinario de casación, de que ahora se ocupa la Corte.

La sentencia del Tribunal

Referidos por el *ad quem* los antecedentes del litigio, sienta en seguida algunas pautas doctrinales sobre la interpretación de la demanda, concretamente, sobre la precisión de lo suplicado con apoyo en los presupuestos de hecho enunciados en el libelo, de lo cual infiere que "todo el debate jurídico gira en torno a un hecho en el cual están de acuerdo las partes: a que en la boleta ganadora de la rifa del carro sobre el cual se está discutiendo, el comprador de la misma hizo poner el nombre de Henry Huertas, hijo de José Leucio Huertas, ahora demandante".

A continuación el Tribunal se pregunta si este hecho configura una estipulación a favor de un tercero o una donación y luego de transcribir algunas doctrinas de la Corte y de un tratadista nacional, afirma que el hecho de "apuntar a una rifa a una persona no constituye ninguna estipulación de contrato y si algún contrato resulta de este hecho sería el de donación, pues la persona que compra la boleta, si en realidad tiene intención de donar al poner el nombre de otra en ella, estaría donando el valor de la boleta a esa otra persona, pues a título gratuito estaría transfiriendo una parte de sus bienes —el valor de la boleta—, que es lo que define el artículo 1443 del Código Civil, siempre que medie la aceptación del donatario".

El sentenciador de segundo grado, abordando el tema de la donación, agrega que según lo ya dicho y lo prescrito por el artículo 1443 del Código Civil, "no puede decirse que en este caso existe donación, porque tratándose de un acto que debe ser aceptado, puede verse que en él no ha mediado la voluntad de Henry Huertas, ni se descubre la intención de donar de parte de Noel Reyes Avila, porque no hay prueba que así lo afirme, ya que el único testigo que se refiere a la postura del nombre en la boleta, Adán Huertas, —folios 1 a 5 del cuaderno 4— dice que fue por agüero, y por otra parte, Noel Reyes Avila no hizo entrega de la boleta a Henry Huertas, pues de lo contrario permitiría entrever la intención de donarla, y la donación sólo se presume en los casos que prevé la ley, como lo preceptúa el artículo 1450 del Código Civil y el evento que se ventila aquí no está comprendido en ninguno de los casos previstos. Pero, aun en el caso de que se diese por establecido que sí hubo intención de donar de parte de Noel Reyes Avila, tampoco se le podría condenar a pagar las peticiones de la demanda, porque la donación entre vivos es esencialmente revocable, mientras no medie la aceptación del donatario, como lo expresa el artículo 1469 del Código Civil, y en el caso de autos no se presentó la aceptación y por lo mismo, estaría al arbitrio del demandado revocar la donación".

El recurso de casación

Con fundamento en la causal primera de casación, el recurrente formula un único cargo contra la sentencia del Tribunal, el cual hace consistir en el quebranto de los artículos 1443, 1444, 1446, 1458, 946, 947, 948, 949, 950 y 952 del Código Civil, por falta de aplicación, a consecuencia de errores cometidos en la apreciación de las pruebas.

A título de introducción expresa el censor que está de acuerdo con el Tribunal cuando afirma que en la especie de esta litis no se trata de una estipulación para otro; mas discrepa del sentenciador cuando sostiene que de haber existido un contrato sería el de donación, si hubiera existido

intención de donar del donante y aceptación del donatario, porque verdaderamente sí se configuró la donación.

En el desarrollo de la censura, sostiene el recurrente que el *ad quem* no se percató de la intención de donar, la cual aparece demostrada por los siguientes indicios:

a) "El haberse hecho expedir la boleta para la rifa, a nombre del menor Henry Huertas, como aparece escrito en la llamada 'colilla' o desprendible de la misma, que obra en el expediente y ha sido reconocida como auténtica (en todo caso nadie la objetó ni tachó, en cuanto a ser la 'colilla' correspondiente a esa boleta, ni en cuanto al nombre del menor puesto en ella). Es elemental y obvio que si se hizo figurar como dueño de la boleta y beneficiario de ella al menor, *es porque se quiso comprar la boleta para dicho menor*, tal como ocurre si alguien compra un radio o un televisor haciendo figurar como adquirente, en la factura, a un menor o a otra persona (la colilla tiene los efectos de la factura, pues encierra la constancia de para quien se hace la compra). Es una prueba documental plena y no solamente un indicio gravísimo a favor de la donación";

b) Que si bien es cierto que en la mencionada "colilla" aparece el nombre del demandado Noel Reyes, mediante prueba pericial se estableció "que ese nombre fue puesto con posterioridad al del menor, lo cual significa una adulteración dolosa, en connivencia del demandado con el empleado de la empresa de la rifa que manejaba esas libretas. Y esa adulteración ningún valor puede tener, pues lo que importa es la manera como *fue expedida* la boleta, y el dictamen pericial demostró que lo había sido a favor *exclusivamente del menor*";

c) El hecho de ser el menor demandante "ahijado del demandado donante, pone de presente el motivo de la donación";

d) El escaso valor de la boleta de la rifa, que fue de $ 2.500.00;

e) "La circunstancia de que en ese momento la posibilidad de ganar la rifa era de una entre diez mil, remotísima por lo tanto, motivo por el cual quienes hemos hecho donaciones de esa clase sólo miramos el valor de la boleta y no el valor del premio en caso de resultar aquélla ganadora";

f) "El hecho mismo de ser el donatario un menor, lo cual hace más comprensible la donación, especialmente si se suma este hecho al de tratarse de un *ahijado* del donante";

g) "Lo inverosímil de la ridícula disculpa del donante, de que hizo poner como beneficiario de la boleta, al menor, su ahijado, sólo por 'agüero', ridiculez que pone de manifiesto la mala fe del donante al pretender quitarle la boleta a quien se la había regalado";

h) "El hecho de que la no entrega de la boleta al menor se explica muy bien precisamente por tratarse de un menor y de un ahijado".

En seguida sostiene el acusador que "el contenido de la prueba documental que menciono en primer término, en armonía con el dictamen pericial sobre la adulteración posterior de agregarle el nombre del demandado a esa 'colilla', es de por sí prueba plena de la donación, y alego también error manifiesto de hecho en la apreciación de esas dos pruebas, aun con prescindencia de los siete indicios que además ha precisado, pues demuestran (el documento y la peritación solos y como tales) la donación, y el haberlos desestimado totalmente la honorable Sala falladora del Tribunal la hizo incurrir en ese protuberante y manifiesto error de apreciación (dictamen: cuaderno 4º, folios 14-17 y cuaderno número 6).

"La Sala falladora del Tribunal menciona ese documento, pero sólo para decir que fue puesto el nombre del menor, pero que el testigo Adán Huertas apenas dice que ello se hizo 'por agüero'; mas desconoció totalmente el significado probatorio que por sí mismo tiene. Lo que es, por sí solo, un tremendo error de hecho en su apreciación".

De lo antes expresado deduce el censor que como la donación es válida, sin necesidad de insinuación, hasta por dos mil pesos, y la boleta de la rifa costó dos mil quinientos, "le corresponde al menor las cuatro quintas partes de ella y del premio o automóvil". De suerte, agrega, el sentenciador quebrantó los artículos 1458, 1443, 1444 y 1446 del Código Civil, por falta de aplicación.

A continuación expresa el casacionista que si no estuviere probado que el documento o "colilla" fue adulterado al agregarse en él posteriormente el nombre del demandado, "entonces ambos nombres representarían a dos titulares de la boleta y beneficiarios del premio, el cual correspondería a los dos por iguales partes. Aun en este supuesto, el error manifiesto de hecho en la apreciación de ese documento es protuberante".

Más adelante sostiene el recurrente que también cayó en falencia el Tribunal al sostener en el fallo que no hubo aceptación de la donación por parte del donatario, siendo que el padre del menor concurrió a la diligencia de entrega del premio, con lo cual se configura la aceptación.

Además, fuera de que el hecho de demandarse exterioriza la aceptación de la donación, esta manifestación se pone aun más de presente con el testimonio de Esteban Díaz Durán, del cual transcribe algunos apartes.

Agrega el censor que otro yerro de hecho cometido por el *ad quem* consiste en que considera que hubo revocación de la donación, cuando en el proceso no aparece prueba de tal cosa y, como el acto de revocación constituye una excepción, la carga de la prueba corre de cargo del demandado. El recurrente le achaca al Tribunal, como otros errores de hecho, el no ver la contradicción existente entre el testimonio de Adán Huertas y el interrogatorio de parte del demandado, ni observar en este último que el opositor confiesa que hizo colocar el nombre del menor en la boleta como beneficiario.

Finalmente el censor le achaca al sentenciador de segundo grado, como otro yerro fáctico, no ver la presunción de ser ciertos los hechos de la demanda ante la renuencia del demandado Urquijo Díaz a absolver el interrogatorio de parte.

Se considera

1. El contrato cuando tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen, se dice que es gratuito o de beneficencia (artículo 1497 del Código Civil), figurando a guisa de ejemplo el de donación entre vivos, el cual define la legislación civil, sin mucha propiedad, como "un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta" (artículo 1443 del Código Civil).

2. *Siendo que la donación entre vivos no es un "acto" sino un verdadero contrato, como tal presenta, en términos generales, las características de ser gratuito (artículo 1497 del Código Civil), principal (artículo 1499), nominado, irrevocable (artículo 1443 del Código Civil), solemne cuando recae sobre inmuebles o sobre muebles de valor superior a dos mil pesos (artículos 1457 y 1458 del Código Civil), unilateral en cuanto sólo nacen obligaciones para el donante (artículo 1443 del Código Civil), de enriquecimiento y empobrecimiento correlativos para las partes (artículo 1455 del Código Civil) y es de excepción, porque la donación entre vivos no se presume (artículo 1450 del Código Civil).*

3. *La naturaleza de contrato que registra la donación entre vivos, implica el acuerdo de voluntades, o sea, la oferta de gratuidad hecha por el donante y la aceptación hecha por el donatario a la oferta de aquél. Si no existe este ajuste de voluntades, no se configura el contrato gratuito de que se viene hablando, pues como tiene sentado la doctrina de la Corte, esta especie de convención "exige el concurso de voluntades de donante y donatario, porque sin la aceptación de éste la sola voluntad liberal del primero constituye únicamente una oferta y no convenio de gratuidad" (casación civil, 16 de junio de 1975, aún no publicada).*

4. *La aceptación o consentimiento del donatario puede ser expresado directamente por éste o a través de mandatarios o representantes, pues al efecto preceptúa el primer inciso del artículo 1468 del Código Civil que "nadie puede aceptar sino por sí mismo, o por medio de una persona que tuviere poder especial suyo al intento, o poder general para la administración de sus bienes, o por medio de representante legal". Además, por el inciso segundo del artículo citado, se establece, como lo dice la doctrina, un curioso caso de representación por ministerio de la ley, porque también "podrá aceptar por el donatario, sin poder especial o general, cualquier ascendiente o descendiente legítimo suyo, con tal que sea capaz de contratar y de obligarse".*

5. *Pero hay algo más, en lo que atañe a la formación del consentimiento en la donación entre vivos, que como se acaba de ver, lo integran la oferta y la aceptación, para que se entienda agotado y la convención de gratuidad asuma la característica de irrevocable, es preciso que la aceptación del donatario se notifique al donante, pues al efecto es diáfana la ley al establecer que, "mientras la donación entre vivos no ha sido aceptada y notificada la aceptación al donante, podrá éste revocarla a su arbitrio" (artículo 1469 del Código Civil).*

6. *En este orden de ideas se tiene que el consentimiento, en la donación por acto entre vivos se tiene por cumplido cuando recorre las etapas de oferta del donante, aceptación del donatario y notificación de la aceptación al oferente. Si éstas no se cumplen, no puede hablarse de existencia legal del contrato de donación por acto entre vivos, sino de un simple proyecto de gratuidad, que como lo expresa el artículo 1469 del Código Civil, si la oferta del donante no ha sido "aceptada y notificada" a éste la aceptación, el oferente a su arbitrio podrá desistir de su oferta de gratuidad, o en otros términos y como lo expresa la norma en mención, podrá "revocarla".*

7. Ahora bien, según la forma como ocurre la donación por acto entre vivos, la oferta, la aceptación y la notificación pueden presentarse

simultáneamente en el mismo contrato, o en diversos actos y con márgenes de tiempo en su presentación. Ordinariamente se presentan en forma simultánea las tres, cuando a la celebración del contrato concurren al mismo tiempo el donante y el donatario, expresando el primero su oferta de donar y declarando el segundo que la acepta, enterándose aquél de la aceptación. Con todo, no siempre la oferta, la aceptación y la notificación se producen simultáneamente, como cuando el donante ofrece la donación, posteriormente y en acto separado el donatario acepta y, más tarde se produce la notificación al donante de la aceptación de la gratuidad. En este último evento se abren mayores posibilidades a que el contrato de donación no se perfeccione, pues se repite que mientras la oferta de gratuidad no haya sido aceptada y notificada la aceptación al donante, podrá éste revocarla a su arbitrio (artículo 1469 del Código Civil).

8. En la especie de esta litis no aparece el yerro evidente en que pudiera haber incurrido el sentenciador *ad quem* en la apreciación de los medios de convicción, pues insistiendo la Corte en que la donación por acto entre vivos es un contrato y que como tal supone un concurso de voluntades entre los contratantes, no se evidencia que entre el demandado Noel Reyes y el demandante se hubiera ajustado una convención gratuita respecto de una boleta de la rifa de un automotor, pues así figurara el nombre del actor en la mencionada boleta, quien la compró, o sea, Noel Reyes y, quien la vendió, esto es, Adán Huertas, no le conceden a tal hecho una oferta de gratuidad, puesto que afirman que el nombre se colocó allí con otros fines y propósitos. Y aun suponiendo lo contrario, o sea, que sí hubo oferta de gratuidad, no aparece elemento de juicio que permita deducir que la mencionada oferta fue aceptada por el donatario y que de tal aceptación fue notificado el donante, pues el comprador de la boleta se quedó con ella y luego de ocurrido el sorteo reclamó el premio identificándose como dueño de la boleta favorecida en presencia del representante del menor, como lo pone de presente la prueba aportada, especialmente el acta de entrega del automotor, lo cual ocurrió sin oposición de otra persona y, menos del demandante o representante de éste. Aun más, cualquier yerro que hubiera cometido el *ad quem* no asume la categoría de trascendente, como quiera que no están demostrados los presupuestos de aceptación de la donación por el donatario y notificación de la aceptación al donante.

9. En síntesis, como los elementos de prueba que señala el censor como desacertadamente estimados no configura que entre el demandado Noel Reyes y Henry Huertas se hubiera celebrado un contrato de donación respecto de la boleta atinente a una rifa de un automotor, menos pudo el Tribunal quebrantar los preceptos sustanciales enunciados en la censura.

Por consiguiente, se rechaza el cargo.

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 5 de abril de 1978, pronunciada en este proceso ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

Las costas del recurso extraordinario corren de cargo de la parte recurrente.

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

Alberto Ospina Botero, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Ricardo Uribe-Holguín, Hugo Vela Camelo.

Carlos G. Rojas Vargas
Secretario.

EXPROPIACION

Dos clases de expropiación. Presupuestos para el ejercicio de la acción indemnizatoria por parte del propietario del inmueble, que el Estado ha ocupado definitivamente, en todo o en parte, con motivo de trabajos públicos.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., noviembre 6 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 26 de mayo de este año, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el proceso ordinario de Justo Carvajal contra el Municipio de Cabuyaro.

Antecedentes

I. Ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto López (Meta), solicitó el referido demandante que se hiciesen los pronunciamientos siguientes:

a) Que el Municipio de Cabuyaro "es responsable de los perjuicios ocasionados por la ocupación permanente de los terrenos de propiedad de Justo Carvajal, alinderados en el artículo 1º del acuerdo 05 de 1972, del Concejo del mismo Municipio, terrenos que hacen parte de la hacienda en mayor extensión denominada La Pradera, determinada en el primero de los hechos de la demanda, ocurrida desde el mes de junio de 1972";

b) Que como consecuencia, se condene al Municipio demandado a indemnizarle al demandante el daño emergente, que consiste en el valor comercial de los terrenos ocupados, así como el lucro cesante ocasionado por la desposesión sufrida por el libelista, desde el mes de junio de 1972 hasta el día en que se verifique el pago;

c) Que se liquide la condena con sujeción al trámite prescrito en los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil.

II. Los hechos generadores de las anteriores súplicas pueden resumirse así:

a) La Resolución número 84 de 27 de febrero de 1958, originaria de la Sección de Baldíos del Ministerio de Agricultura, protocolizada en la Notaría Tercera del Círculo de Bogotá mediante Escritura pública número 3060 de 13 de septiembre del año antes citado, da cuenta de que el Estado le adjudicó a Justo Carvajal, a título de baldío, el bien raíz denominado La Pradera, ubicado en el Municipio de Cabuyaro, Departamento del Meta, con una extensión superficiaria de 4.247 hectáreas con 8.231 metros cuadrados, inmueble alinderado como se indica en el hecho 1º de la demanda;

b) Por Acuerdo número 4 de 1972, emanado del Concejo Municipal de Cabuyaro, destinado a reglamentar la zona urbana del Municipio, quedó comprendida dentro de dicha declaratoria "buena parte del inmueble anterior, en extensión de 427 hectáreas, 4.220 metros cuadrados";

c) Por Acuerdo número 5 de 1972, el Concejo Municipal de Cabuyaro, "declaró de utilidad pública parte de la extensión ya declarada zona urbana; conforme al hecho antes descrito, dice el artículo primero del Acuerdo 5: 'Declárase de utilidad pública el lote de terreno dentro de los siguientes linderos: partiendo de la desembocadura del Caño Grande en el río Meta, se sigue aquél aguas arriba hasta la confluencia con el Caño Chiquito, se sigue por este caño, también aguas arriba hasta encontrar el mojón marcado con el número 15; se sigue al mojón número 2 pasando por los mojones 3 y 7; del mojón número 2 se sigue al mojón número 5; del mojón número 5 se sigue al mojón número 1 y de éste por el

río Meta aguas arriba hasta encontrar la desembocadura del Caño Grande, punto de partida y encierra'. Al parecer, el área declarada de utilidad pública es de 11 hectáreas y media aproximadamente";

d) El acuerdo antes citado, expresa en su artículo 3, que "mientras se tramita lo exigido por el artículo anterior se ordena el traslado general de las personas residentes actualmente en la zona inundada al lugar o sitio del artículo primero de este acuerdo". En acatamiento a lo dispuesto en este texto, el Municipio, en el mes de junio de 1972, procedió a ocupar la fracción de terreno "afectada con la declaratoria de utilidad pública, como si fuesen sus propios dominios; en efecto, realizó el traslado masivo de la población, y efectivamente la población se asentó en aquellos terrenos; procedió al traslado y establecimiento de las agencias estatales vinculadas a la región, tales como Caja Agraria, Empresa de Telecomunicaciones, Juzgados, Establecimientos de Educación, Cuarteles de la Policía Nacional, organizó los servicios públicos, procedió a la apertura de vías públicas, y puede afirmarse que hoy la ocupación de aquellos terrenos es total, y además, permanente, puesto que el asentamiento de la población, la instalación de servicios públicos, la construcción de obras públicas, el establecimiento de diversas agencias del Estado, son definitivos, irreversibles; sería utópico cualquier intento de recuperar estos terrenos";

e) Así las cosas, las autoridades municipales y departamentales han manifestado su intención de darle al problema una solución adecuada; mas no se ha logrado, respecto de las primeras, por "la falta de continuidad en la Administración Municipal" y, con relación a las segundas, porque la autorización que por ordenanza número 34 de 1972 se le concedió al gobierno departamental para "llevar a cabo las negociaciones" de la finca La Pradera, quedó luego sin piso al ser derogado tal acto administrativo por otro de la misma naturaleza distinguido con el número 005 de 1976;

f) Expresa el libelista que "las autoridades municipales y departamentales, como se deduce de los documentos emanados de ellas, alimentaron en Justo Carvajal, hasta comienzos del presente año, la esperanza de obtener el resarcimiento del derecho conculcado; y es por esta circunstancia por la que, ya derogada la ordenanza que autorizaba las negociaciones sobre estos terrenos, y habiendo entrado en silencio sepulcral la administración municipal, no queda otro camino que el de acudir ante su despacho en demanda de pronta justicia";

g) Por último dice el demandante que los perjuicios sufridos consisten en el hecho de estar privado del dominio y posesión de la porción del inmueble ya descrita y en la rentabilidad que produce de poderlo explotar con ganadería, como ocurre con la fracción restante no ocupada.

III. Sin oposición del Municipio demandado, la primera instancia terminó con sentencia de 16 de febrero de este año, mediante la cual se dispuso:

"Primero. Declárase que el Municipio de Cabuyaro del Departamento del Meta, es responsable de los perjuicios ocasionados por la ocupación permanente de los terrenos de propiedad de Justo Carvajal, alinderados en el artículo 1º del Acuerdo 05 de 1972, del Concejo del mismo Municipio, terrenos que hacen parte de la hacienda en mayor extensión denominada 'La Pradera', determinada en el primero de los hechos de la demanda, ocurrida desde el mes de junio de 1972.

"Segundo. Condénase por tanto, al Municipio de Cabuyaro (Meta), al pago del daño emergente, que consiste en el valor comercial de los mencionados terrenos de propiedad del actor, objeto de la ocupación, o sea la suma de dos millones doscientos mil pesos ($ 2.200.000.00) moneda corriente, en que fue estimado pericialmente el valor total de él.

"Tercero. Condénase al Municipio de Cabuyaro, al pago del lucro cesante ocasionado por la desposesión sufrida por el actor, desde el mes de junio de 1972 hasta el día en que el Municipio efectúe el pago correspondiente al valor comercial del inmueble, o sea la suma de dos mil cuatrocientos pesos ($ 2.400.00) moneda corriente, por año, en que fue estimado pericialmente el valor de éste.

"Cuarto. Sin costas".

IV. La decisión anterior no fue impugnada por las partes. Empero, con motivo de la consulta ordenada por el *a quo*, dio origen a la segunda instancia, la que se agotó con sentencia de 26 de mayo, que resultó ser desfavorable al demandante, pues se revocó la del *a quo* y se absolvió de las súplicas de la demanda al Municipio demandado. Contra esta resolución interpuso el desfavorecido el recurso extraordinario de casación de que ahora se ocupa la Corte.

La sentencia del Tribunal

Sentado por el Tribunal que la justicia ordinaria es competente para conocer de acciones como la aquí deducida, afirma luego que los elementos que la estructuran son:

a) Que el demandante sea propietario del terreno ocupado;

b) Que la ocupación por parte del Estado sea permanente;

c) Que tal hecho le haya causado daño al demandante, y

d) Que exista relación de causa a efecto, o sea, entre la ocupación y el daño.

En el estudio de estos presupuestos, el Tribunal afirma:

a) Justo Carvajal ha demostrado, mediante la Escritura pública número 3600 de 13 de septiembre de 1958, que es "el titular de la finca La Pradera". Empero, la inscripción en la Oficina de Registro del Círculo de Puerto López "no se encuentra actualizada", como quiera que del proceso se desprende que el Instituto de Reforma Agraria, por Resolución número 486 de 6 de agosto de 1977 (sic), que también fue inscrito, inició las diligencias pertinentes "para la extinción del dominio" del demandante sobre el predio antes dicho;

b) El demandante "no acreditó la posesión del inmueble para la época en que se afirma que la Administración Pública empezó la ocupación permanente de los terrenos", pues la prueba testimonial asevera por el contrario que los terrenos ocupados por el pueblo de Cabuyaro no son del actor Carvajal;

c) "La ocupación permanente de los terrenos por parte de la Administración Pública no ha quedado demostrada procesalmente. En la diligencia de inspección judicial no se determinó con exactitud cuáles son los terrenos que ocupa el Municipio, como vías públicas, Alcaldía, Puesto de Policía, Concentración Escolar, Juzgado Municipal, pues se agregó que hay terrenos ocupados por casas particulares. Se hacía necesario discriminar los terrenos que ocupan las calles públicas y los edificios de las entidades mencionadas, lo mismo que los terrenos ocupados por particulares, porque la administración puede ser responsable de los perjuicios por ocupación pero no de aquellos que ocupan los particulares para quienes la acción de reclamo es diferente";

d) "Los daños causados al actor tampoco están demostrados judicialmente. En la inspección judicial los peritos para que dijeran la extensión de los terrenos ocupados y a que se refiere el Acuerdo número 5 de mayo 31 de 1972 emanado del Concejo Municipal, y para que conceptuaran el valor de ellos y el lucro cesante, a lo cual los expertos dieron concepto lacónico así: 'La extensión de terreno afectada por la ocupación ordenada en el artículo 3º del Acuerdo 05 de 1972, es de once (11) hectáreas aproximadamente, según consta en el plano levantado por la comisión de topografía enviada por la Secretaría de Obras Públicas del Departamento del Meta y que se encuentra en el expediente al folio 15 ... el valor comercial de los terrenos, afectados por la ocupación, autorizada por el Concejo Municipal de Cabuyaro, lo estimamos a razón de veinte pesos ($ 20.00) metro cuadrado para un valor total de dos millones doscientos mil pesos ($ 2.200.000.00) moneda corriente, acogiéndonos al concepto emitido por los peritos en su informe de octubre 19 de 1973 y que obra a los folios 9 y 10 del expediente y que fue rendido a la Gobernación del Departamento del Meta ... estimamos el lucro cesante hasta la fecha en la suma de doce mil pesos ($ 12.000.00), teniendo en cuenta que en esos terrenos pueden pastar 5 reses, a razón de cuarenta pesos ($ 40.00) cabeza, por mes, $ 2.400.00 por año. Lo anterior para la explotación ganadera para lo cual son aptos los terrenos'.

"El trabajo de los peritos no aparece sustentado y solamente se remiten a otro dictamen que rindieron unos funcionarios del Departamento, pero este experticio tampoco tiene explicaciones ni da las razones sobre cada una de las bases de las materias sometidas a su examen, de manera que todo ese trabajo resulta inocuo para probar lo que se pretende. El hecho de que se hayan basado los peritos para estar de acuerdo con otro dictamen el cual no tiene ningún valor desde el punto de vista procesal no es ninguna ponderación para su trabajo encomendado";

e) "La relación de causa a efecto entre la ocupación permanente y el daño sufrido por el actor. Ni el juez que practicó la diligencia de Inspección Judicial, ni los peritos nombrados en ella, constataron si los terrenos ocupados por la administración pública, y aun los ocupados por los particulares, se encontraban dentro del globo de terreno denominado La Pradera de propiedad del actor, por consiguiente en ningún momento quedó acreditado este requisito fundamental para que pueda prosperar la acción".

Culmina el Tribunal afirmando que, en síntesis, "no ha quedado demostrado en el proceso que el actor sufriera daño en su propiedad, puesto que no se constató que los terrenos ocupados por la administración se encontraban dentro de su propiedad, finca La Pradera; no se individualizaron los terrenos ocupados por la administración, materia de la ocupación permanente, y los terrenos ocupados por los particulares; no fue establecido tampoco a qué título ocupa cada cual

el terreno donde aparecen casas construidas por particulares''.

El recurso de casación

Con fundamento en la causal primera de casación, un solo cargo formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, mediante el cual denuncia quebranto de los artículos 30 de la Constitución Nacional, 669, 2341, 2342, 2343, 2347, 2349 del Código Civil, 68 del Código Contencioso Administrativo y 1 y 7 de la Ley 38 de 1918, por falta de aplicación, a causa de manifiestos errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

Comienza el censor por sostener, en el desenvolvimiento del cargo, que aunque el Tribunal no niega que el demandante Carvajal sea el propietario de la finca ''La Pradera'', ya que da por plenamente probado este hecho, sin embargo, dice, es preciso hacer las siguientes observaciones:

a) En el año de 1958, cuando se registró la Resolución número 84 del Ministerio de Agricultura, Cabuyaro era un corregimiento que formaba parte del círculo de Villavicencio, y por esta razón se registró en este último lugar. En la actualidad no se puede trasladar ese registro a la oficina de Puerto López, a menos que ocurra una mutación del dominio, porque en este evento la enajenación se registrará en Puerto López y no en Villavicencio. Por tanto, el registro está bien hecho y se halla vigente;

b) La Resolución número 486, originaria del Incora, por medio de la cual se iniciaron las diligencias administrativas tendientes a decidir si es procedente o no declarar extinguido en todo o en parte el dominio privado sobre el inmueble rural denominado ''La Pradera'', se inscribió en la Oficina de Registro de Puerto López el 19 de agosto de 1970, en el libro 2º. Empero, agrega el recurrente, ''como hasta la fecha no se ha decidido si se declara o no extinguido, en todo o en parte, el derecho de dominio del demandante sobre 'La Pradera', continúa siendo él el titular de ese derecho. Ninguna incidencia tiene, por tanto, la citada Resolución 486 sobre el derecho de Justo Carvajal a ser indemnizado por la ocupación permanente de su propiedad por parte del Municipio de Cabuyaro'';

c) La afirmación hecha por el Tribunal, consistente en que el demandante no demostró poseer el inmueble por la época en que el Municipio demandado habría empezado la ocupación permanente de los terrenos, carece de relevancia jurídica, pues lo que debe establecerse es si el demandante es o no propietario de los terrenos ocupados, y este hecho está plenamente acreditado como lo reconoce el fallador de segundo grado. De otra parte, añade el censor, ''en la Ordenanza 34 de 1972, en el Acuerdo 5 de ese año emanado del Concejo Municipal de Cabuyaro, en el dictamen rendido al Gobernador del Meta por los peritos Carlos Pedraza y Guillermo Rojas, y en la nota dirigida por el Alcalde de Cabuyaro a Justo Carvajal el 19 de julio de 1972, documentos estos visibles a los folios 3 a 12 del cuaderno 1º, se hace un reconocimiento expreso del derecho de dominio de Justo Carvajal sobre los terrenos ocupados por el Municipio de Cabuyaro con posterioridad al 1º de junio de 1972, fecha en que se expidió el Acuerdo 5, que ordenó 'el traslado general de las personas residentes actualmente en la zona inundada al lugar o sitio del artículo 1º de este acuerdo', o sea el que se declaró zona urbana dentro del inmueble 'La Pradera' ''.

En seguida afirma el casacionista que el sentenciador incurrió en un evidente yerro fáctico al no haber tenido en cuenta los documentos que corroboran la prueba del derecho de dominio y que demuestran la posesión que el demandante tenía sobre los terrenos ocupados, aunque es supérfluo demostrar, en estas causas, el hecho posesorio;

d) En lo tocante con la afirmación de que la prueba testimonial ''es abundante en afirmar que los terrenos que ocupa el pueblo de Cabuyaro no son de Justo Carvajal'', expresa el recurrente, que en primer término, el dominio de un bien raíz no se acredita con prueba de esa especie, sino con el título mediante el cual se adquirió el señorío, que para el caso presente lo constituye la Resolución número 84 del Ministerio de Agricultura, debidamente registrada, todo lo cual obra en autos. En segundo lugar, los testigos Candelario Godoy, Heliodoro Gómez, Francisco Espejo, Justo María Díaz, Eustacio Marca y Benancio Niño, sin dar razón de su dicho se limitan a afirmar que el Municipio de Cabuyaro existe desde hace mucho tiempo, que los terrenos que ocupa son del pueblo y que nunca han reconocido otro dueño.

A continuación dice el censor que la afirmación hecha por el Tribunal de que la prueba testimonial demuestra que los terrenos ocupados por el citado municipio no son de Justo Carvajal, obedece a los siguientes yerros fácticos:

a) No tomó cuenta de que el derecho de dominio sobre el predio ''La Pradera'' y sobre los terrenos ocupados por el Municipio, estaba demos-

trado con la Resolución número 84 y con el respectivo certificado de registro;

b) "No vio la manifestación que hizo la parte demandante de que con las declaraciones de los testigos mencionados se proponía 'demostrar claramente *que antes del año de 1958* (la ocupación fue en 1972) cuando le fue escriturada la finca La Pradera a Justo Carvajal ya existía un poblado denominado Cabuyaro' hecho que no se discute en este proceso y que, por lo mismo no forma parte del *thema probandum*";

c) Ni se dio cuenta que los referidos testigos, de acuerdo con el interrogatorio que se les hizo, se refieren al terreno ocupado por el primitivo corregimiento de Cabuyaro y, por tanto, a una época muy anterior al mes de junio de 1972, que fue cuando ocurrió la ocupación de los terrenos del actor;

d) "Pasó por alto el Acuerdo número 5 del Concejo Municipal de Cabuyaro, en cuanto ordenó adelantar contra Justo Carvajal el correspondiente proceso de expropiación de los terrenos que en su artículo 1º declaró de utilidad pública, en cuanto en la letra c) de los considerandos expresa que 'en determinadas ocasiones se le ha solicitado ceder el terreno en mención al señor Justo Carvajal' (reconociendo así que es su dueño); y en cuanto en su artículo 3º ordenó el traslado de las personas residentes en la zona inundada a los terrenos declarados de utilidad pública";

e) "Pretirió la comunicación que el 19 de julio de 1972 le envió el Alcalde de Cabuyaro a Justo Carvajal, en la cual lo invitaba a hacer un arreglo directo, previo el juicio de expropiación, que llevaría a cabo el Municipio de Cabuyaro, por parte de los terrenos *que integran su finca 'La Pradera' y a los cuales se refiere la referida Ley Municipal*" (Acuerdo número 5).

El recurrente afirma luego que de haber tenido en cuenta el Tribunal las anteriores pruebas, habría llegado a la conclusión de que está plenamente probado el dominio de Justo Carvajal sobre los terrenos ocupados por el municipio y a los cuales se refiere el Acuerdo número 5. Por tanto, la aseveración contraria, la de que la prueba testimonial acredita que los terrenos en cuestión no son del demandante, contraría la evidencia que arrojan las pruebas preteridas.

En lo que se relaciona "con el segundo de tales presupuestos, expresa el Tribunal que 'la ocupación permanente de los terrenos por parte de la Administración Pública no ha quedado demostrada procesalmente', puesto que en la diligencia de inspección judicial 'no se determinó con exactitud cuáles son los terrenos que ocupa el municipio, como vías públicas, Alcaldía, Puesto de Policía, Concentración Escolar, Juzgado Municipal, pues se agregó que hay terrenos ocupados por personas particulares'; y que la administración 'puede ser responsable de los perjuicios por ocupación pero no de aquellos que ocupan los particulares para quienes la acción de reclamo es diferente' ".

A continuación sostiene el casacionista que la conclusión precedente hecha por el Tribunal, obedece a los yerros fácticos siguientes:

a) "En la inspección judicial practicada el 1º de octubre de 1977, visible a los folios 60 y siguientes del cuaderno primero, el juzgado, en asocio de los peritos y de la parte demandante, procedió —según se expresa en el acta respectiva— a la identificación del terreno de que trata el Acuerdo número 05 de 1972 (mayo 31) que obra al folio 5 del expediente, y 'dentro del lote identificado y alinderado *el juzgado recorrió el globo ocupado por construcciones y vías públicas del municipio, alinderado en la siguiente manera*'. En el acta se determinan con precisión los linderos de dicho globo, por sus costados oriental, sur, occidental y norte, y se deja testimonio de que dentro de ese globo 'se observó la existencia de construcciones como la Alcaldía Municipal, Policía, Telecom, Juzgado Municipal, Concentración Escolar, Colegio de Bachillerato y algunas casas particulares diseminadas en el lote litigioso. Igualmente las construcciones donde funciona la Caja Agraria, el Puesto de Salud y algunas vías públicas que dan acceso a las construcciones mencionadas, donde se constató la existencia de alumbrado eléctrico. Se deja constancia de que *el terreno donde se encuentran las construcciones, está dentro del área que fue declarada de utilidad pública por el Concejo Municipal de Cabuyaro*'.

"Por manera que sí se determinó con exactitud tanto la zona declarada de utilidad pública por el Acuerdo número 5 precitado, como el terreno donde se encuentran las construcciones de las oficinas públicas mencionadas en el acta de la inspección judicial, el cual está dentro de aquella zona. El Tribunal pasó por alto las constancias dejadas por el juzgado en el acta de la diligencia que me permití subrayar, incidiendo así en un evidente yerro fáctico por cercenamiento del contenido del acta mencionada";

b) No vio el *ad quem* que los peritos que intervinieron en la diligencia conceptuaron que "*la extensión de terreno afectada por la ocupación ordenada en el artículo 3º del Acuerdo 05*

de 1972, es de once (11) hectáreas aproximadamente, según consta en el plano levantado por la comisión de topografía enviada por la Secretaría de Obras Públicas del Departamento del Meta, y que se encuentra en el expediente a folio 15";

c) No vio que en el plano que obra en la litis se determina con absoluta precisión el área ocupada por el municipio demandado, que es de 11 hectáreas y 4.040,75 metros cuadrados;

d) Tampoco vio el Tribunal que en el Acuerdo número 5 se dispuso que mientras se tramitaba el proceso de expropiación, "las personas residentes en la zona inundada debían trasladarse a los terrenos declarados de utilidad pública, los cuales fueron identificados en la diligencia de inspección judicial, con la observación de que dentro de ellos se encuentran las construcciones y vías públicas del Municipio de Cabuyaro. Ni, por lo mismo, que las construcciones y terrenos ocupados por particulares dentro de esa zona forman parte de la ocupación permanente realizada por el municipio demandado en acatamiento a lo ordenado en el Acuerdo número 5 tantas veces citado".

Agrega el censor que el *ad quem,* de no haber incurrido en los anteriores errores de hecho, habría concluido que sí estaba demostrado "cuáles fueron los terrenos materia de la ocupación permanente por parte del Municipio de Cabuyaro, dentro del globo de terreno La Pradera".

Más adelante afirma el recurrente que en relación con el tercero de los presupuestos, el Tribunal dice que tampoco quedaron establecidos los daños causados al actor en razón de que los peritos que conceptuaron no sustentan el dictamen y además se fundan en el que rindieron otros funcionarios del Departamento, que igualmente carece de las explicaciones del caso.

Sobre esta conclusión observa el casacionista:

"Sea lo primero advertir que una cosa es el daño que haya sufrido el demandante, y otra muy distinta el valor del mismo. La existencia del perjuicio queda plenamente establecida con la sola prueba de la ocupación, por parte del demandado, del inmueble de propiedad del demandante. 'Basta —ha dicho la Corte— *que se compruebe la ocupación* o el daño *para que quede comprometida la responsabilidad civil de la administración y se obtengan las consiguientes reparaciones pecuniarias* sin que sea necesario acreditar la culpa o la falta de la entidad oficial que emprende los trabajos ni que con estos recibe ella beneficio de algún género' (LXIII, 285). Y la ocupación de los terrenos de propiedad del demandante que el Concejo Municipal de Cabuyaro declaró de utilidad pública y a los cuales ordenó el traslado de las personas que residían en la zona inundada, es verdad procesal indiscutible.

"En cuanto al monto del daño me permito observar que no es cierto, como lo afirma el sentenciador, que los peritos no hubieran sustentado su dictamen, pues se remitieron al que obra al folio 9 del cuaderno 1º, y en él expresan quienes lo rindieron que el precio de $ 20.00 el metro cuadrado lo fijaron *por tratarse de tierras urbanas, que ya están planificadas, urbanizadas, con agua, luz y vías públicas y demás servicios,* y teniendo en cuenta que el avalúo catastral, elaborado cuatro años atrás, es de $ 8.70 el metro cuadrado. He aquí el fundamento claramente expresado, del concepto de los peritos que los llevó a fijar en $ 20.00 el valor del metro cuadrado del terreno materia de la ocupación por el municipio demandado. ¿Qué otros elementos habrían podido tener en cuenta los expertos para determinar el valor del metro cuadrado de terreno, distintos de los que mencionaron: tierras urbanizadas, planificadas, con vías públicas, agua, luz y demás servicios, y el valor que tenía en el catastro hace cuatro años? Ciertamente no existe otro elemento de juicio que, como los anotados, presten un más firme apoyo a la conclusión a que llegaron con toda precisión y claridad.

"El hecho de que los peritos hubieran prohijado, para aducirlas como fundamento de su dictamen, las razones expuestas en el informe que al gobernador del Meta rindieron los que extrajudicialmente designaron el Secretario de Obras Públicas y Justo Carvajal para justipreciar esos mismos terrenos, no le resta valor probatorio a su experticio, máxime cuando el informe en cuestión se adujo al proceso como prueba. Si, según los autores, los dictámenes periciales extra proceso deben ser apreciados por el juez 'como fuentes de argumentos lógicos para la apreciación de las pruebas legalmente practicadas y de los hechos que éstas demuestren' (Devis Echandía 'Teoría General de la Prueba Judicial', tomo II, página 323), con mayor razón pueden ser utilizados sus fundamentos como apoyo de sus propias conclusiones. De todos modos, tales fundamentos obran en el proceso y, por ende, deben ser considerados por el sentenciador.

"Y otro tanto acontece con el justiprecio del lucro cesante, que fijaron en dos mil cuatrocientos pesos ($ 2.400.00) moneda corriente por año, teniendo en cuenta que se trata de tierra apta para explotación de la industria ganadera, y que en ella pueden pastar hasta cinco reses, a razón

de $ 40.00 la cabeza por mes, o sea $ 200.00 mensuales. Mayor sustentación no puede exigirse".

Con fundamento en las apreciaciones que preceden, el recurrente afirma que el Tribunal, al no haber visto las razones que dieron los peritos como fundamento de sus avalúos, incurrió en error evidente de hecho.

Censura luego el casacionista la apreciación que hizo el Tribunal respecto del cuarto elemento estructural de la pretensión, o sea, la relación de causalidad, en cuanto sostiene el juzgador que ni el juez ni los peritos establecieron si los terrenos ocupados por la administración pública y por los particulares, se encontraban dentro del predio "La Pradera" de propiedad del actor.

Respecto de esta conclusión del *ad quem*, el recurrente le hace los reparos siguientes:

a) "No se dio cuenta el Tribunal de que en la diligencia de inspección judicial practicada por el juzgado (cuaderno 1, folio 60), se identificó 'el terreno de que trata el Acuerdo número 05 de 1972 (mayo 31) y que obra a folio 5 del expediente', por sus correspondientes linderos; que el juzgado recorrió igualmente 'el globo ocupado por construcciones y vías públicas del Municipio', determinándolo por sus linderos; que en los considerandos del citado Acuerdo número 05 se dice que siendo necesario trasladar el núcleo urbano a una zona que dé seguridad a la vivienda de los habitantes de esa población, y existiendo un terreno de la zona urbana *que es de propiedad del señor Justo Carvajal,* a quien se le ha solicitado en repetidas ocasiones *que ceda dicho terreno,* sin llegar a un acuerdo, es el caso de declarar de utilidad pública el lote de terreno que allí se determina, identificado en la diligencia de inspección judicial precitada como el ocupado con construcciones y vías públicas por el Municipio de Cabuyaro, que, por consiguiente, el terreno declarado de utilidad pública por el Acuerdo número 05 y ocupado por dicho municipio, forma parte del inmueble 'La Pradera', de propiedad de Justo Carvajal";

b) "Tampoco tomó nota de que en la Ordenanza 905 de 1973, que designó un perito para el avalúo de la finca 'La Pradera', (cuaderno 1, folio 8); en el dictamen de los peritos designados a tal fin por el Secretario de Obras Públicas del Departamento del Meta y por Justo Carvajal (ídem, folio 9); en la constancia que obra al folio 11, y en la nota que el Alcalde de Cabuyaro le dirigió a Justo Carvajal, invitándolo a un arreglo directo antes de iniciar el proceso de expropiación de los terrenos de 'La Pradera' declarados de utilidad pública (ídem, folio 12), se contiene un reconocimiento expreso por parte de las autoridades departamentales del Meta y municipales de Cabuyaro, de que los terrenos declarados de utilidad pública por el Acuerdo 05 forman parte del inmueble 'La Pradera', de propiedad de Justo Carvajal";

c) Finalmente, expresa el censor que el Tribunal pasó por alto los planos acompañados a la demanda, los cuales exteriorizan que la zona ocupada por el municipio demandado forma parte del inmueble "La Pradera", de propiedad del demandante.

Se considera

1. A pesar de que el Estado hace la declaración política o constitucional de garantizarle al particular el derecho de propiedad que tenga sobre las cosas, y que en determinados eventos, cuando aquél las requiera, sólo lo privará de ellas mediante los trámites pertinentes, o sea, con sujeción al proceso de expropiación (artículos 30, 33, 34 Constitución Nacional, 451 a 459 del Código de Procedimiento Civil), no en pocas ocasiones los representantes de la administración pública, alejándose de los cauces constitucionales y legales, incorporan de hecho al servicio del Estado, bienes cuyo señorío radica en cabeza del particular, sin que éste hubiera recibido la correspondiente indemnización por la privación de su derecho.

2. *Según la forma como el Estado haya privado al particular de los bienes, la doctrina de la Corte ha distinguido dos especies de expropiación: la regular y la irregular. Respecto de la primera dice que "es el fenómeno jurídico en virtud del cual se opera la transferencia de la propiedad privada en favor de la administración, como consecuencia de la primacía del interés público o social sobre el interés particular, mediante la indemnización a que tiene derecho el propietario, según el artículo 30 de la Carta". Con relación a la segunda sostiene que es la que se conoce también con el nombre de expropiación indirecta y "que se lleva a cabo por órganos de la administración mediante la ejecución de simples vías de hecho contra los ciudadanos, sin que se hayan invocado ante juez competente motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, ni exista sentencia judicial que la decrete, ni se haya satisfecho la indemnización que aquella implica" (sentencia de 28 de junio de 1961, tomo XCVI, 295).*

Porque, a pesar de que el derecho político de la nación declara que la propiedad tiene una fun-

ción social, y que el interés privado debe ceder al público, tal postulado no autoriza a las autoridades para tomar a su arbitrio los inmuebles de propiedad particular, sino por los modos y mediante los requisitos que la misma Carta y las leyes establecen. No le incumbe al Estado desconocer los derechos de los particulares sino por el contrario hacerlos respetar. Por consiguiente, cuando las mismas autoridades, subestimando los principios constitucionales y legales, ocupan un inmueble de propiedad privada con una obra pública, le corresponde al mismo Estado restablecer el derecho indemnizando al particular agraviado.

3. *Cuando el Estado incorpora al servicio público un bien raíz que pertenece al particular omitiendo el acuerdo directo con éste sobre la transferencia o dejando de lado el proceso de expropiación y, por las vías de hecho se apodera del inmueble no teniendo esta conducta un soporte legal sino por el contrario un desconocimiento de la ley, el particular agraviado, en procura de que se le tutele en su derecho, tiene la facultad de solicitar del Estado, cuando no es posible recuperar la cosa misma, que se le indemnice el daño causado, el cual se traduce en el valor del terreno ocupado, a manera de subrogado real, más el lucro cesante, si lo hubiere (artículos 261 a 268 de la Ley 167 de 1941).*

4. *El derecho que tiene el particular para solicitar la correspondiente indemnización por ocupación permanente de uno de sus bienes, con motivo de trabajos públicos adelantados por el Estado, se encuentra establecido y reglado en el Capítulo XXII del Código Contencioso Administrativo y concretamente en los artículos 261 a 268, pues a pesar de que por sentencia de la Corte de 20 de junio de 1955 tales preceptos fueron declarados inexequibles, lo cierto es que dicha declaratoria únicamente versó sobre la competencia, o sea, "sólo en cuanto reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo de las acciones por trabajos públicos, con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada por la Administración Pública"* (Gaceta Judicial, *tomo LXXX, 259).*

5. *Si bien es cierto que al titular del derecho de dominio, cuando ha sido privado de la cosa, la ley le concede acciones para recuperarla, como la reivindicatoria y la posesoria, éstas no proceden respecto del Estado que ha desposeído permanentemente al particular de un bien raíz y con motivo de un trabajo público lo ha anexado de manera definitiva a un servicio igualmente público. La dificultad y, en el común de los casos, la imposibilidad, por la destinación permanente a un servicio público, no le abren paso al propietario desposeído para el ejercicio de la acción reivindicatoria. Cuando se sucede la ocupación permanente por el Estado de un predio perteneciente al particular, la acción que tiene éste respecto de aquél es la de indemnización o valor del inmueble, lo que constituye un subrogado de la cosa.*

Precisamente, en este punto ha sostenido la doctrina de la Corte que la "Administración está obligada a indemnizar los perjuicios que se causen a particulares con ocasión de la ocupación permanente de la propiedad privada por causa de un trabajo público. Esa indemnización está representada por el valor de la propiedad correspondiente en la reivindicación de la cosa misma, la cual no es posible restituir in corpore, *por su destinación permanente a un servicio público. Puede decirse que el precio del inmueble pasa a ocupar jurídicamente el lugar de éste teniendo derecho el actor a la restitución de tal precio" (casación civil, 29 de abril de 1966, tomo CXVI, 67).*

6. *Entonces, cuando el particular acude a la justicia en procura de que se le indemnice el valor de un bien raíz que con motivo de una ocupación de facto realizada por el Estado ha resultado incorporado permanentemente a un servicio público, ha sostenido de manera reiterada la doctrina que el buen suceso de tal pretensión depende de que aparezcan establecidos satisfactoriamente los presupuestos que la estructuran, cuales son:*

a) Dominio en el demandante;
b) Ocupación de hecho por el demandado;
c) Carácter permanente de la ocupación;
d) Que la ocupación tenga por causa un trabajo público, y
e) Que se haya ocasionado un daño con motivo de la ocupación.

7. *Siendo, entonces, que se reclama el pago de una indemnización por ocupación permanente con trabajos públicos y, más exactamente, el pago del valor del bien raíz incorporado por el Estado al servicio público, incuestionablemente el actor debe acreditar, entre los varios requisitos antes enunciados, el señorío sobre el inmueble utilizado de hecho por el Estado, pues es obvio que quien reclama una indemnización compensatoria o sustitutiva de un bien deba demostrar el derecho de dominio que tiene sobre éste. Este criterio ya ha sido esbozado por la doctrina de la Corte, pues en acciones de esta naturaleza ha dicho:*

"El derecho al ejercicio de la acción indemnizatoria de que se trata, está consagrado en los artículos 263 y 264 de la Ley 167 de 1941, para el propietario del inmueble que ha sido ocupado definitivamente, en todo o en parte, con motivo de trabajos públicos. Por consiguiente, para que la acción prospere, el demandante ha de acreditar su calidad de dueño del inmueble materia de la ocupación, exhibiendo el título de adquisición" (sentencia de 3 de octubre de 1958, página 765).

8. *Como quedó visto, también le corresponde establecer al actor, fuera del derecho de dominio sobre el bien, que la ocupación realizada por el Estado es de facto o sin sujeción a los cauces legales pertinentes. Además, la ocupación ha de ser permanente y tener por causa un trabajo público, entendiéndose por éste, el que se ejecuta por cuenta de una entidad administrativa con una finalidad de utilidad pública o de interés social. Finalmente debe aparecer demostrado el daño sufrido por el demandante con motivo del apoderamiento que hizo el Estado del bien perteneciente a aquél.*

9. *En lo que atañe al último presupuesto de la indemnización por ocupación permanente de propiedad particular y con motivo de trabajos públicos verificados por el Estado, preceptúa el artículo 268 del Código Contencioso Administrativo, que "si hubiere condenación al pago de una suma de dinero a título de indemnización, se deducirá de esta suma la que los peritos hayan apreciado por concepto de valorización por el trabajo público realizado. Si los peritos no hicieren estimación de la valorización, siempre se reducirá el veinte por ciento (20%)".*

El precepto en cita, cuya inexequibilidad sólo tocó con la reglamentación de la competencia "ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo", al precisar su aplicación y alcance, la jurisprudencia observa que dicho artículo registra las hipótesis siguientes:

a) En la norma se dispone, en primer término, que el avalúo pericial de la tierra comprenda, pero separadamente, la valorización de la misma, ya que se ordena deducir de la indemnización el mayor valor señalado por peritos a la zona ocupada, a fin de que el particular reclamante no reciba a la vez el valor de la propiedad, anterior a los trabajos públicos, más la plusvalía alcanzada por la misma zona con ocasión de los trabajos públicos;

b) Si los peritos omiten avaluar separadamente el mayor valor alcanzado por la tierra ocupada, con motivo de las obras ejecutadas por el Estado y, por consiguiente, concretan el dictamen al valor total actual, el artículo referido considera que tal valorización equivale al 20% del avalúo y, por tanto, este porcentaje se debe deducir de aquel monto;

c) Si los peritos se limitan a determinar el valor que el terreno tenía cuando ocurrió la ocupación, en este evento no hay lugar a efectuar deducción por valorización.

10. También, para la procedencia y determinación de los perjuicios reclamados, hay que tener en cuenta la forma de adquisición del predio por el particular y, además, la naturaleza de la ocupación realizada por la Administración, pues cuando aquél lo ha adquirido por el modo de la ocupación y, concretamente cuando el Estado se lo ha adjudicado como terreno baldío, no puede el adjudicatario solicitar del ente estatal que le indemnice lo por éste utilizado "para sus vías públicas" que a la postre se requieran, salvo lo atinente a mejoras introducidas en la faja o zona ocupada.

En efecto, atendiendo a sanos principios de justicia y equidad entre adjudicador y adjudicatario, establece la legislación de baldíos, que "en lo sucesivo, no habrá lugar a indemnización contra la nación, departamento o municipio, por razón de las fajas de terreno que utilicen para sus vías públicas y que atraviesen terrenos baldíos mejorados o adjudicados, salvo el valor de las mejoras a que hubiere lugar, hecha la compensación con la posible valorización que hubiere beneficiado al predio de conformidad con el artículo 268 de la Ley 167 de 1941" (artículo 15 Decreto 547 de 1947).

11. Hechas las anteriores precisiones, conviene observar además que si la reclamación de perjuicios por la ocupación permanente con ocasión de un trabajo público, constituye la acción sustitutiva de la de dominio de la cosa, por la imposibilidad en recuperar ésta, es preciso determinar entonces la zona ocupada por el Municipio, porque sólo a esta porción se circunscribe el perjuicio irrogado al particular y, por ende, fija el marco a la indemnización. Por consiguiente, si la zona ocupada hace parte de un globo mayor de tierra, no se cumple con la exigencia de la determinación si se individualiza el predio mayor y no se determina la fracción de terreno ocupada. Y la determinación se hace más importante cuando la ocupación no la ha realizado exclusivamente el Municipio demandado, puesto que algunos particulares se asientan dentro del mismo globo general. Y si la ocupación, dentro del predio de mayor extensión, la han realizado el Mu-

nicipio, el departamento y la nación, también obliga determinar las zonas ocupadas por cada uno de estos entes estatales, para determinar así mismo el monto del perjuicio para cada cual. Y si se da el caso de que el Municipio deba indemnizar, de la zona ocupada, sólo una porción y otra no, como ocurre con la ejecución de vías públicas en terrenos que le fueron adjudicados al particular por la nación como baldíos, hay que determinar las dos fracciones.

12. Sobre la determinación de la zona ocupada por el Municipio de Cabuyaro con ocasión de trabajos públicos, dijo el Tribunal que tal presupuesto no quedó acreditado en el proceso, ya que afirmó: "La ocupación permanente de los terrenos por parte de la Administración Pública no ha quedado demostrada procesalmente. En la diligencia de inspección judicial no se determinó con exactitud cuáles son los terrenos que ocupa el municipio, como vías públicas, alcaldía, puesto de Policía, Concentración Escolar, Juzgado Municipal, pues se agregó que hay terrenos ocupados por casas particulares. Se hacía necesario discriminar los terrenos que ocupan las calles públicas y los edificios de las entidades mencionadas, lo mismo que los terrenos ocupados por particulares, porque la administración puede ser responsable de los perjuicios por ocupación pero no de aquellos que ocupan los particulares para quienes la acción de reclamo es diferente".

13. La prueba orientada a lograr la determinación de la zona ocupada por el Municipio de Cabuyaro con ocasión de trabajos públicos y de propiedad del demandante Justo Carvajal, no pone de presente esta exigencia, pues tanto la inspección judicial como el dictamen rendido por los peritos, dentro de una porción de 11 hectáreas, observaron construcciones para la Alcaldía, Juzgado Municipal, Puesto de Policía, Concentración Escolar, Puesto de Salud, Telecom, Caja de Crédito Agrario, "casas de particulares diseminadas en el lote" y "algunas vías públicas que dan acceso a las construcciones mencionadas".

Esta prueba, en la forma como obra en el proceso, no determina la zona o zonas ocupadas por el Municipio de Cabuyaro con trabajos públicos, ni cuáles realizaron los particulares, ni cuáles pudieron ejecutar otras entidades oficiales como Telecom y la Caja de Crédito Agrario, ni qué porciones quedaron afectadas con vías públicas.

14. Si el Tribunal no encontró que la prueba incorporada al litigio fuese aceptable para dar por establecida la determinación de la zona o zonas ocupadas por el Municipio demandado en el predio "La Pradera" de propiedad del demandante, no cometió el yerro fáctico que le achaca el recurrente en este preciso punto. De suerte que a pesar de que el *ad quem* hubiera cometido otros yerros en la apreciación de las pruebas, serían intrascendentes, pues quedando en pie el presupuesto atinente a la falta de determinación, éste por sí sólo sirve de soporte para mantener el fallo atacado.

Por lo dicho, no prospera el recurso.

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 26 de mayo de este año, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el proceso ordinario de Justo Carvajal contra el Municipio de Cabuyaro.

Las costas del recurso extraordinario son de cargo de la parte recurrente.

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

Alberto Ospina Botero, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Ricardo Uribe-Holguín, Hugo Vela Camelo.

Carlos G. Rojas Vargas
Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA O DE DOMINIO

Las hijuelas que dan cuenta de las adjudicaciones que se hacen en procesos de sucesión constituyen títulos de dominio.

La falta de título de dominio en el demandante, en procesos como éste, conduce a una sentencia absolutoria y no a un fallo inhibitorio.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., noviembre 8 de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Hugo A. Vela Camelo.*

Decídese el recurso de casación concedido a la demandante contra la sentencia de fecha 27 de julio de 1977, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario iniciado ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Facatativá por Filomena Téllez viuda de Segura contra Víctor Manuel Corrales Enciso y otros.

I

El litigio

1. Filomena Téllez viuda de Segura, por conducto de apoderado especial, citó a Víctor Manuel, Gabriel Benito, José Enrique, Leonor Esther, María Carolina, Blanca Margarita, Elisabeth Corrales Enciso y Sara María Corrales Enciso de Osorio, a un proceso ordinario de mayor cuantía en procura de una sentencia que decidiere que la demandante es la propietaria del inmueble que se identifica en la demanda y se condenara a los demandados a restituirle a la actora ese bien, junto con los frutos civiles que ha producido "y no sólo los percibidos, sino los que la dueña hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado".

2. Como causa para pedir alegó la demandante, en síntesis, habérsele adjudicado en el sucesorio de María de Jesús Almanza, protocolizado por medio de la Escritura número 180, otorgada en la Notaría de Anolaima, el 3 de julio de 1907, el inmueble que se identifica en la demanda; no haber enajenado el derecho de dominio que adquirió, *mortis causa,* sobre el referido bien y haber sido privada de su posesión por los demandados.

3. A la demandada Elisabeth Corrales Enciso se le vinculó al proceso mediante notificación personal que se le hizo del auto admisorio de la demanda a la cual no dio respuesta, y al resto de los demandados por conducto de un curador *ad litem* que se les designó, previo el correspondiente emplazamiento, quien a nombre de sus representados descorrió el traslado de la demanda exigiendo la prueba de los hechos que la estructuran.

4. Agotada la primera instancia del proceso, el juez del conocimiento, por medio de sentencia de fecha 18 de marzo de 1977, dio despacho favorable a la demanda.

5. Surtida la consulta del fallo que se acaba de relacionar, en virtud de lo que en el mismo se ordenó, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá la desató por medio de sentencia de fecha veintisiete de julio de mil novecientos setenta y siete, revocando la consultada, para, en lugar de ella, hacer un pronunciamiento inhibitorio sobre las pretensiones de la actora, a quien impuso las costas de la primera instancia y exoneró de las correspondientes a la consulta.

6. Contra el fallo del Tribunal interpuso el recurso de casación la parte demandante.

II

Fundamentos del fallo impugnado

Luego de narrar el Tribunal la marcha del proceso, se ocupa de la pretensión que en él hizo

valer la demandante, para reiterar que es el derecho de propiedad de ésta sobre el inmueble que identifica en su demanda, la posesión que ejercen los demandados y la identidad entre lo reclamado y lo poseído los elementos llamados a tipificar la pretensión reivindicatoria de la actora. Acomete a continuación el estudio de ellos y encuentra que el primero no lo demostró la reivindicante, porque, en sentir del fallador, al heredero no le basta para vencer al poseedor del bien heredado, en procesos como éste, la hijuela de su adjudicación, debiendo para esa finalidad aportar el título de dominio de su causante, que no allegó la actora, quien se limitó a traer al proceso, como base de su pretensión restitutoria la cartilla de adjudicación que se le hizo en el sucesorio de quien le antecedió en la propiedad alegada.

De allí concluye el Tribunal que hay ausencia de la legitimación en la causa, por su aspecto activo, lo que lo conduce a pronunciar una sentencia inhibitoria, previa la revocatoria de la consultada.

III
La demanda de casación

Tres son los cargos que con base en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil le hace el recurrente a la sentencia que se acaba de extractar.

Primer cargo. Se hace consistir en la "violación directa de la ley sustancial", por haber omitido el fallador de segundo grado aplicar "los preceptos contenidos en los artículos 665, 669, 663, 740, 745, 756, 1757 y 1155 del Código Civil, con cuya violación incurrió en error *in judicando*".

Afirma el impugnante, al desarrollar el cargo, que es la sentencia de primer grado, cuya confirmación reclama de la Sala, previa la "revocación o casación" de la del Tribunal, la que "corresponde a la realidad del contenido procesal, a la recta valoración de sus elementos probatorios, y a la presencia en mérito de estos". Se ocupa luego del contenido de las disposiciones que señala como infringidas por el *ad quem*, las cuales, en sentir del impugnante, eran las que ha debido tener en cuenta el Tribunal en su fallo y que "al dejar de aplicarlas dejó de bulto la violación de las mismas, con la prescindencia de ellas en la determinación del primer extremo de la legitimación de la causa de la parte demandante".

Segundo cargo. En él se acusa la sentencia de haber violado, indirectamente, los artículos 665, 669, 673, 740, 745, 756, 757 y 1155 del Código Civil, es decir, los mismos que individualiza en el primero como objeto de infracción directa, "con violación *in procedendo* de los artículos 4º, 304 y 306 del Código de Procedimiento Civil", a cuyo contenido se remite el censor, para luego afirmar que el *ad quem* prescindió "de los fundamentos legales y jurídicos" de la pretensión ejercitada, para acudir "a los que no le eran pertinentes". Expone que la jurisprudencia "sólo puede ser fundamento ilustrativo pero no sustancial, de una controversia", que el sistema probatorio de que dan cuenta los artículos 174, 175, 177 y 178 del citado Código impide tenerla como doctrina legal probable. Agrega el impugnante que la última de las mencionadas disposiciones legales fue violada, "porque para la inhibición se tomó como base la consideración de no haberse probado la legitimación en la causa de la parte demandante, lo cual es materia de excepción definitiva, que jamás puede fundar inhibición, sino denegación de las pretensiones de la demanda, si es que se prueba la excepción".

Tercer cargo. En éste se acusa la sentencia del Tribunal de ser violatoria, indirectamente, de "la ley sustancial, como consecuencia de errores en la apreciación de la prueba", y cita como violados los artículos 665, 669, 673, 740, 745, 746, 756, 757 y 1155 del Código Civil.

Afirma el censor que al apreciar el Tribunal "el valor probatorio de la hijuela de adjudicación del inmueble materia de esta reivindicación, incurrió en abierto error de derecho", porque tal instrumento "constituye prueba suficiente del derecho de dominio para los efectos de la acción reivindicatoria". Transcribe a continuación el recurrente apartes de sentencias de esta Corporación, en apoyo de su argumento de que las hijuelas son título suficiente para reivindicar, cuando el poseedor no le enfrente al actor "un título anterior u otros más anteriores, o una posesión material anterior", para concluir "que brilla por su ostensible presencia el error de derecho cometido al valorar la eficacia de la hijuela en mención, toda vez que ningún título ni posesión anterior se le opusieron". Y en cuanto al error de hecho, lo hace consistir el impugnante en que el fallador de segundo grado dejó de "tener en cuenta las demás pruebas aportadas por la demandante para demostrar, como demostró plenamente la existencia de los elementos aciológicos (sic) de la acción reivindicatoria, o sea, los de posesión del demandado, identidad de lo que se demanda con lo que este detenta, singularidad y cosa reivindicable, los que han debido ser tenidos en cuenta".

Concluye el impugnante afirmando que bien podría la Corte, al casar la sentencia impugnada, remitirle el proceso al Tribunal para que allí se pronunciara la sentencia de mérito llamada a ponerle fin a este proceso.

IV
Consideraciones de la Corte

1. Como los tres cargos que le formula el recurrente a la sentencia del *ad quem* se apoyan en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, importa determinar si las disposiciones legales que el censor señala como infringidas por el Tribunal tienen la categoría de normas de derecho sustancial, únicas cuyo quebranto permite atacar en casación una sentencia con base en el primer motivo de tal medio extraordinario de impugnación.

2. Precisando el concepto de normas sustanciales dijo esta Corporación, en sentencia de fecha 24 de octubre de 1975, entre otras, pronunciada en el proceso que instauró Tito Heraldo Bernal contra Max Zangen y otros, aún no publicada, que por tales se entienden las que "en razón de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación. Por consiguiente, no tienen categoría de sustancial y, por ende, no pueden fundar por sí solas un cargo en casación con apoyo en la causal dicha (la primera), los preceptos legales que, sin embargo de encontrarse en los códigos sustantivos, se limitan a definir fenómenos jurídicos, o a describir los elementos de estos, o a hacer enumeraciones o enunciaciones; como tampoco la tienen las disposiciones ordenativas o reguladoras de las actividades *in procedendo*".

3. En los tres cargos afirma el recurrente que el sentenciador de segundo grado infringió los artículos 665, 669, 663, 673, 740, 745, 756, 1757, 757 y 1155 del Código Civil, que, en su orden, se ocupan:

a) De la definición del derecho real;

b) De la que corresponde al derecho de dominio;

c) De la clasificación de las cosas muebles;

d) De la enumeración de los modos de adquirir el dominio;

e) De la descripción de la tradición;

f) De la clase de título que éste requiere;

g) De la manera como se efectúa la tradición del dominio de inmuebles;

h) De la carga de la prueba respecto de obligaciones y su extinción;

i) De la delación de la herencia;

j) De los asignatarios a título universal y a título singular.

4. Pone de presente lo que se deja visto que los tres cargos hechos a la sentencia de segundo grado se encuentran cobijados por un mismo defecto, lo que autoriza a estudiarlos y despacharlos en conjunto, expresando que ninguna de las normas que, según el recurrente, quebrantó el Tribunal, consagran derechos sustanciales, porque ellas, como antes se vio, se limitan a dar definiciones, hacer clasificaciones, hacer descripciones, exigir requisitos, aspectos estos que las privan de la calidad de sustanciales, pese a que hacen parte del Código Civil.

5. Presentan también los cargos atrás relacionados otro defecto común en que incurrió el censor al formularlos, consistentes en que ninguno de ellos contiene proposición jurídica completa, puesto que en su demanda no señala el censor como infringidos por el *ad quem* los artículos 946, 947, 950 y 952 del Código Civil, reguladores de la pretensión reivindicatoria, que es la principalmente deducida, lo cual le impide a la Corte entrar a considerar oficiosamente si el Tribunal quebrantó o no dichas normas, al amparo de las cuales se pretende reivindicar un inmueble. Ha dicho esta Corporación que "cuando la sentencia del Tribunal *ad quem* decide sobre una situación dependiente, no de una sola norma sino de varias que se combinan entre sí, la censura en casación, para ser cabal, tiene que investir la forma de lo que la técnica llama proposición jurídica completa. Lo cual se traduce en que si el recurrente no plantea tal proposición, señalando como vulnerados todos los textos que su estructura exige, sino que se limita a hacer una indicación parcial de ellos, el ataque es vano".

6. Además de los defectos de técnica que se dejan relacionados, que, como se vio, son comunes a los tres cargos que se le hacen a la sentencia de segundo grado, suficientes para despachar desfavorablemente el recurso, cabe observar a cada una de las censuras, en particular:

a) En el primer cargo se acusa la sentencia por violación directa de la ley, para luego, en su desarrollo, expresar el impugnante su discrepancia con el juicio del Tribunal, en cuanto éste infiere que el dominio de la demandante no fue demostrado, siendo que cuando la sentencia es acusada por aquella vía es improcedente toda censura sobre el análisis probatorio.

"De la sola lectura —ha dicho la Corte— del cargo en estudio se advierte que, a pesar de haberse formulado claramente por violación directa, su sustentación arranca de que el censor estima que el Tribunal no dio por establecidos, estándolos, los presupuestos fácticos del enriquecimiento sin causa. Es decir, que el cargo viene edificado sobre presuntos errores de orden probatorio, sustentación que pone de manifiesto que no se trata de violación directa, sino indirecta del derecho sustancial" (sentencia de 18 de octubre de 1972, ordinario de Jerónimo Pitalúa contra Alberto Galvis);

b) En el segundo cargo se acusa la sentencia de ser violatoria, indirectamente, de la ley, pero sin indicar si lo fue por error de hecho o por error de derecho, ni individualiza las pruebas que a juicio del recurrente fueron erróneamente apreciadas por el Tribunal, omisión que contraría claramente lo preceptuado en el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, según el cual, "cuando se alegue que la infracción se cometió como consecuencia de error de hecho o de derecho en la apreciación de pruebas, deberá determinarse cuáles son éstas, la clase de error que se hubiere cometido y su influencia en la violación de norma sustancial";

c) En el tercer cargo no indica el recurrente, al estimar que el Tribunal incurrió en error de derecho en la valoración de la prueba, la norma de disciplina probatoria que habría sido infringida por el *ad quem*, ni tampoco individualiza el medio que a su juicio fue erróneamente apreciado.

7. No obstante la improcedencia del recurso, la Corte, en acatamiento al precepto que contiene el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, debe hacerle al Tribunal las siguientes correcciones doctrinarias:

a) *Las hijuelas que den cuenta de las adjudicaciones que se hacen en procesos de sucesión constituyen títulos de dominio que le permiten al adjudicatario ejercitar la pretensión reivindicatoria y tener éxito en el proceso en que la haga valer, si el demandado no le enfrenta un título de propiedad o una posesión sobre el inmueble que se le reclame, anteriores, el uno a la otra, a la hijuela del demandante. Así lo ha sostenido esta Corporación en diferentes oportunidades, al expresar, en sentencia de fecha 9 de febrero de 1972 (*Gaceta Judicial, *CXLII, página 17), entre otras:*

"Para reivindicar se exige en forma ineludible que el demandante pruebe ser dueño del objeto en litigio, excepto cuando invoque meramente su calidad de poseedor que esté en vía de ganar el dominio por prescripción.

"Desde luego esta demostración es de carácter relativo, pues tiene por objeto enfrentarla a los fundamentos de la posesión que alegue la parte demandada, a quien su simple condición de poseedora le basta para que sea reputada como dueño (artículos 950 y 762 del Código Civil).

"Ahora bien: según reiterada doctrina de la Corte, en procesos de reparto y adjudicación de bienes comunes o de bienes denominados herenciales es suficiente título para acreditar el dominio la hijuela que se expide, excepto si a ella se opone otro título o una posesión anteriores, casos en los cuales, para que conserve su eficacia probatoria frente a quien haya sido opuesta, es necesario complementarla con el título o títulos del causante, e inclusive de los antecesores, hasta comprender un tiempo mayor que la posesión del demandado.

" 'La prueba del dominio sobre los bienes adjudicados, como la prueba del dominio en general, es relativa, puede bastar la hijuela, o requerir el complemento del título del causante: a) Es suficiente la hijuela en litigios entre los mismos coherederos o copartícipes, o sus causahabientes; y b) Lo es también en controversias con terceros en que se oponga a la hijuela un título posterior, o una posesión iniciada posteriormente a la adjudicación o partición, a menos que la posesión hubiese configurado el modo de usucapión; mas no así si el título que se le opone es anterior, caso en el cual es necesario aducir el título del causante, y aun otros según el caso' (LXXXI, 512; XLIX, 313; CXVII, 264)";

b) La falta de título de dominio en el demandante, en procesos como éste, conduce a una sentencia absolutoria, pues, aquél constituye un elemento esencial de la pretensión reivindicatoria;

c) La ausencia de legitimación en la causa de una de las partes, no conduce a un fallo inhibitorio, puesto que aquélla no es un presupuesto procesal.

V
Decisión

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

trando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintisiete (27) de julio de mil novecientos setenta y siete (1977), dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso.

Sin costas en el recurso por la corrección doctrinaria que se le hace al *ad quem*.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen.

Alberto Ospina Botero, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Ricardo Uribe-Holguín, Hugo A. Vela Camelo.

Carlos G. Rojas Vargas
Secretario General

ACCION RESOLUTORIA Y EXCEPCION DE CONTRATO DE CUMPLIDO

Responsabilidad contractual. La mora en sus dos aspectos: unilateral y bilateral; hipótesis que pueden presentarse. Acción de cumplimiento y acción resolutoria del contrato. Conclusiones.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., noviembre 29 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe-Holguín.*

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de segundo grado pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario de "Urbanización Montevideo Limitada" contra Corporación de Acero "Corpacero", Marco y Eliécer Seedni & Compañía.

I
Antecedentes

1. La primera sociedad nombrada demandó a la segunda, por la vía ordinaria, para que se declarara resuelto el contrato contenido en la Escritura número 4853, otorgada en la Notaría Quinta de Bogotá el 3 de septiembre de 1970, por incumplimiento de la demandada, y se decretaran las prestaciones mutuas correspondientes. Solicitó en subsidio condenación a indemnización compensatoria por el incumplimiento, o bien moratoria hasta el día del pago de la obligación incumplida.

2. Invocó la sociedad demandante, como *causa petendi,* los hechos que en seguida se resumen, conservando su numeración:

1º Mediante la Escritura número 4853, atrás citada, Urbanización Montevideo transfirió a Corpacero, a título de venta, el dominio de un globo de terreno ubicado en la ciudad de Bogotá, en la urbanización del mismo nombre, con una extensión superficiaria de 23 hectáreas y 4.201.80 metros cuadrados, cuyos linderos se indican.

2º El precio estipulado fue la cantidad de $ 4.391.268, que la sociedad compradora pagó a satisfacción dentro de los plazos estipulados.

3º La cláusula séptima de la escritura es del siguiente tenor: "Respecto de la calle diecisiete (17) en el sector comprendido entre el eje de la carrera sesenta y ocho D (68 D) y el lindero con terrenos que son o fueron de Inversiones San Pablo Limitada, por venta que de ellos le hizo Urbanizadora de Franco S. A., se hace el siguiente convenio de obras: La totalidad de las obras que en esta calle exige el Distrito Especial de Bogotá tales como colectores, alcantarillados, redes eléctricas, redes telefónicas, acueducto, recebo, pavimentación, etc., serán sufragadas por partes iguales entre los contratantes. Al efecto, cada una de las partes solicitará a la persona que a bien tenga un presupuesto que deberá ser entregado dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la firma de esta escritura de venta y que contendrá la estipulación de que el contratista con garantía se obliga a entregar la totalidad de tales obras obteniendo paz y salvo y finiquito de parte del Distrito Especial de Bogotá. Obtenidos los dos (2) presupuestos en la forma dicha se escogerá el menos costoso y las obras se iniciarán a más tardar dentro de los treinta (30) días siguientes a la escogencia que se hará dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de los presupuestos y deberán adelantarse sin solución de continuidad a un ritmo acelerado. Para efectos del pago de la cuota que le corresponda la urbanización autoriza a Corpacero para que deduzca estas sumas de los saldos a su cargo ya que las obras se iniciarán, adelantarán y administrarán por Corpacero. El saldo de las obras fuera de la calle diecisiete (17)

que atañe al globo de terreno materia de este contrato serán de cuenta de Corpacero ya que la venta se hace en bruto".

4º Con carta de fecha 7 de septiembre de 1970, Urbanización Montevideo remitió a Corpacero un presupuesto elaborado por el ingeniero Jorge Velandia y por Luis Alberto Perdomo —Incovial—, con lo cual aquella sociedad dio cumplimiento oportuno a la obligación contraída por la cláusula séptima del contrato.

5º Con esa carta, según queda expuesto, se envió a Corpacero una copia del trabajo preparado por tales profesionales.

6º Corpacero no presentó a Urbanización Montevideo, dentro del plazo pactado al efecto, el presupuesto que se había obligado a obtener.

7º Mediante carta fechada el 3 de diciembre de 1970, Corpacero pidió a Urbanización Montevideo que ampliara hasta el 20 de febrero de 1971 el plazo para la presentación del presupuesto que le correspondía obtener.

8º En carta del 11 de diciembre de 1970, Urbanización Montevideo accedió a conceder la ampliación solicitada por Corpacero.

9º Esta sociedad, en nueva carta de fecha 19 de febrero de 1971, dirigida a Urbanización Montevideo, solicitó otro plazo adicional, de 60 días, o sea hasta el 20 de abril de 1971, para la presentación del presupuesto.

10. Urbanización Montevideo contestó el 24 de febrero de 1971, negando la segunda ampliación pedida por Corpacero, por varias razones.

11. A pesar de los sucesivos incumplimientos de Corpacero en presentar el presupuesto, Urbanización Montevideo continuó insistiendo para que aquella sociedad prestara el concurso necesario para la ejecución de la obra, y con tal fin, mediante carta de 22 de junio de 1971, le pidió que diera su autorización para presentar al Distrito Especial de Bogotá, aunque sólo fuera a título provisional, el presupuesto elaborado por Jorge Velandia y Luis Alberto Perdomo —Incovial—.

12. Mediante carta de 24 de junio de 1971, Corpacero autorizó a Urbanización Montevideo para presentar al Distrito, con carácter provisional, el mencionado presupuesto.

13. El 18 de agosto siguiente, la urbanización se dirigió nuevamente por carta a Corpacero, manifestándole que el Distrito Especial de Bogotá, mediante Oficio número 0642 de la misma fecha, reclamaba por la paralización de las obras, y exigiéndole nuevamente el cumplimiento de la obligación contraída por la cláusula séptima del contrato, así como la inmediata iniciación de los trabajos.

14. En nuevo Oficio, el número D. A. 0056 del 7 de febrero de 1976, el Distrito Especial se dirigió a Cuéllar Serrano Gómez & Salazar Limitada, quienes venían encargándose de las obras de urbanización, para manifestarles que la Secretaría de Obras Públicas no podría otorgar licencia de construcción en los lotes vendidos hasta tanto Urbanización Montevideo no hubiera cumplido los requisitos necesarios.

15. El incumplimiento de la sociedad demandada ha causado a la demandante ingentes perjuicios, consistentes en el receso de las ventas de solares de la urbanización y en las numerosas quejas que han dirigido los propietarios de los solares vendidos, por la no ejecución de las obras.

16. Ese incumplimiento ha sido continuo hasta la fecha actual.

17. Urbanización Montevideo ha tenido a disposición las sumas de dinero necesarias para sufragar la mitad del valor de las obras, cuya inejecución por el incumplimiento de Corpacero le ha producido un lucro cesante que la sociedad actora estima en $ 20.000.00 mensuales.

18. Además, Urbanización Montevideo ha sufrido el lucro cesante consistente en el receso de las ventas correspondientes a seis solares, con cabida total de 9.716.44 metros cuadrados, perjuicio que estima en $ 460.000.00 mensuales.

19. Por la falta de ejecución de las obras, el Distrito Especial de Bogotá puede hacer efectiva la garantía otorgada por Urbanización Montevideo para asegurar esa ejecución.

20. La sociedad demandada es poseedora inscrita del terreno vendido.

3. Corpacero contestó este libelo manifestando oponerse a todas las pretensiones deducidas en él, tanto las principales como las subsidiarias.

En cuanto a los hechos, aceptó los trece primeros, algunos con ciertas observaciones, y el último, manifestando que no es cierto el 15 y que no le constan los demás.

Propuso finalmente estas excepciones: "Cumplimiento de la parte compradora, aquí demandada, de todos sus deberes, tanto los principales, como los accesorios. Incumplimiento o falta de cumplimiento pleno por parte de la vendedora de las obligaciones contenidas en la cláusula séptima del contrato celebrado por Escritura 4853 de 1970. Imposibilidad sobrevenida: ausencia de ejecución de las obras por caso de fuerza mayor

o fortuito. Carencia de derecho por parte de la vendedora para pretender la resolución del contrato. Petición de modo indebido''.

4. El Juez Quince Civil del Circuito de Bogotá, quien conoció del proceso en la primera instancia, lo falló de esta manera:

''1. *Declárase probada la excepción de contrato no cumplido,* alegada por la parte demandada.

''2. *Deniéganse* las súplicas tanto principales como subsidiarias incoadas en la demanda.

''3. *Absuélvase* a los demandados de los cargos que allí se les hicieron.

''4. *Cancélese* la inscripción de la demanda.

''5. *Condénase* en las costas a la parte demandante''.

5. Apelado este fallo por la parte desfavorecida, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la sentencia acusada ahora en casación, lo rebocó en todas sus partes y, en su lugar, acogió favorablemente las súplicas principales de la demanda, condenando a la parte demandada en las costas de ambas instancias.

II

Motivación del fallo impugnado

1. Después de encontrar cabalmente reunidos los presupuestos procesales, entra de lleno el Tribunal en el estudio de la pretensión principal, o sea la de resolución del contrato con apoyo en el artículo 1546 del Código Civil.

Expresa que las obligaciones de transferir el globo de terreno y pagar el precio estipulado fueron oportuna y completamente cumplidas por los contratantes.

Y transcribe luego la cláusula séptima del contrato, cuyo incumplimiento se alega como base de la acción resolutoria y de la *exceptio non adimpleti contractus.*

2. Dedica en seguida un segundo capítulo a examinar si se trata de dos contratos distintos contenidos en una misma escritura o de un solo negocio jurídico, y dice que aunque la parte demandada sostiene lo primero, el Tribunal no comparte tal apreciación por varias razones:

a) Porque el lindero divisorio entre el terreno que compró Corpacero y el que conservó Urbanización Montevideo, que es la calle 17 objeto de las obras pactadas, tiene una longitud de 441.66 metros, ciertamente considerable;

b) Porque la construcción de esas obras sería de mutuo provecho para ambas partes, quienes convinieron en sufragarlas por mitad;

c) Porque el valor tentativo de tales obras es aproximadamente de $ 2.500.000.00, o sea más o menos un 30% del precio de la compraventa, razón que justifica atribuir a esas mismas obras el carácter de móvil determinante de la convención;

d) Porque la garantía hipotecaria constituida por la sociedad compradora a favor de la vendedora ampara por igual todas las obligaciones contraídas por aquélla según el contrato;

e) Porque siendo la vendedora una sociedad cuyo objeto es urbanizar, y habiendo vendido el terreno en bruto, era de suma importancia para ambos contratantes que sus predios limítrofes contaran con las obras estipuladas, y

f) Porque la circunstancia de haberse destinado parte del precio a amortizar la mitad de los gastos de la obra, indica la clara intención de las partes de celebrar un solo contrato y no dos distintos.

3. Dilucidada así esta cuestión, sostiene el sentenciador en nuevo capítulo que el contrato, dadas sus estipulaciones, es de ejecución sucesiva, y que el compromiso de Corpacero de hacerse cargo de iniciar, adelantar y terminar las obras de la calle 17 debía cumplirse en varias etapas sucesivas:

1ª Cada contratante solicitaría independientemente un presupuesto de las obras y lo entregaría a la otra dentro del término de 45 días contado desde la fecha del contrato.

2ª Presentados ambos presupuestos, se escogería el menos costoso dentro de los 15 días siguientes, y las obras se iniciarían dentro de los 30 días, ambos plazos contados desde el vencimiento de los 45 días.

3ª La iniciación, así como el adelantamiento y la completa terminación de las obras ''sin solución de continuidad a un ritmo acelerado'', serían de cargo exclusivo de Corpacero.

4ª Finalmente, Urbanización Montevideo autorizaba que la mitad de los gastos, a cargo de Corpacero, se compensara con la parte insoluta del precio de la venta.

4. En otro capítulo, erróneamente intitulado, afronta el Tribunal el examen de si la parte demandada incurrió en el incumplimiento que la demandante le imputa, sobre lo cual dice:

a) Con carta del 7 de septiembre de 1970, la urbanización remitió a Corpacero el presupuesto de obra preparado por la firma Incovial, y ''ningún reparo de los demandados mereció esa comunicación, comoquiera que ninguna observación efectuaron al respecto'';

b) Ya vencido el plazo de los 45 días, en carta del 3 de diciembre siguiente Corpacero pidió a la urbanización que ampliara dicho plazo hasta el 20 de febrero de 1971, a lo cual ésta accedió mediante comunicación del 11 de diciembre de 1970;

c) En nueva carta del 19 de febrero de 1971, Corpacero pidió un plazo adicional de 60 días, el cual le fue negado por la urbanización en nota del 24 de esos mismos mes y año.

De ello deduce el Tribunal la siguiente conclusión: "Con evidencia surge que la Urbanización Montevideo cumplió cabalmente la primera etapa de su compromiso contractual y que en cambio Corpacero no le dio cumplimiento alguno, pues ni siquiera con posterioridad al vencimiento del último plazo convenido para ello *presentó* presupuesto alguno, ya que, como se verá más adelante, su posterior actividad se limitó cuando más a *recibir varios* presupuestos *pero no a acoger uno de ellos* y menos aun a remitirlo o presentarlo a la demandante, con su aceptación, para efectos del cotejo y escogencia previstos en la cláusula séptima del contrato en disputa ... Brota así en forma diáfana el incumplimiento del extremo pasivo de la litis, que dada la estructuración e interdependencia de los derechos y de las obligaciones delineados en el cuestionado contrato, legitima al actor para invocar su resolución con las indemnizaciones respectivas, a términos del artículo 1546 del Código Civil".

5. El capítulo que sigue lo dedica el sentenciador al estudio de la excepción de contrato no cumplido, propuesta por la parte demandada.

En relación con este punto, dice:

"a) ... determinado como está que las obligaciones resultantes de las cláusulas séptima y octava del contrato en discusión eran sucesivamente escalonadas y no instantáneas, y que Corpacero no cumplió con la primera de ellas —presentación del presupuesto—, la cual fue idóneamente ejecutada por el demandante, natural es que la excepción en estudio no está llamada a prosperar. Por supuesto que el excepcionante no tiene a su favor la condición insustituible de haber dado cumplimiento a una primera obligación antecedente a la que ahora quiere enervar;

"b) Por lo demás, es palmario que el contrato 0860 del 6 de septiembre de 1968 se encontraba vencido el 6 de marzo de 1970 y que tiene una última prórroga concedida hasta el 12 de enero de 1972 (folios 23 y 24 del cuaderno 3). (El Tribunal se refiere al contrato celebrado entre la urbanización y el Distrito Especial de Bogotá, sobre ejecución de obras que comprenden las de la calle 17).

"Dicho vencimiento podría haber sido un obstáculo para la construcción de las obras y para su entrega a satisfacción del Distrito Especial de Bogotá, pero *en ningún caso* impedía cumplir los pasos preliminares para tal construcción que, por orden de prelación contractual, era menester cumplir *con anterioridad* a la misma ejecución de las citadas obras.

"La circunstancia en comento no sólo no impedía no obtener y transmitir tales presupuestos, sino que, además, ésta no fue la razón alegada por Corpacero para solicitar una nueva prórroga o aplazamiento de tal obligación, la que según sus propias palabras, obedecía a *estar pendiente* de las cotizaciones de los contratistas y no a estar vencido y en vía de prórroga un contrato entre el Distrito Especial y la sociedad urbanizadora.

"Máxime si dentro de los requisitos para prorrogar el contrato 0860 de 1968 (folios 144 y 145, cuaderno 1) era indispensable, entre otros, presentar un programa de trabajo de las obras de urbanismo que, como resulta de bulto, sólo podría suministrar el contratista encargado de construirlas, el que hasta la fecha no ha sido elegido.

"Débese decir, finalmente, que el cambio de diseños ordenado por el Distrito Especial en relación con las obras en cuestión, evidénciase apenas hasta (sic) el 3 de octubre de 1973, con la circunstancia de que no es certeramente posible determinarlo ni en su naturaleza y gravedad, ni en su fecha exacta. Empero, si de la III etapa faltan por construir únicamente las obras de urbanismo y saneamiento de la calle 17 entre carreras 68 D y 69, pues que lo están en su totalidad las de la carrera 69 hasta la calle 16, no hay explicación distinta para ello que el hecho de no haberse podido arrancar siquiera con la presentación y escogencia de presupuestos, como es obvio.

"No procede, pues, la excepción de contrato no cumplido como equivocadamente lo resolvió el juez de primera instancia".

6. Continúa la sentencia, en nuevo capítulo, con el examen de la conducta de las partes con posterioridad al vencimiento del plazo inicial de los 45 días y la fuerza mayor o caso fortuito invocado por la demandada.

a) En cuanto a lo primero, dice el Tribunal: "Por supuesto que las cartas y documentos que obran en el expediente, en algunas de las cuales la Urbanización Montevideo recaba a Corpacero, a partir de la indicada data (se refiere el senten-

ciador al 20 de febrero de 1971, fecha en que venció la ampliación del término inicial), el cumplimiento de sus obligaciones o le pide autorización para presentar al Distrito Especial con carácter provisional un presupuesto unilateral, o se muestran diversos presupuestos las más de las veces dirigidos a la urbanizadora o a su interventor posteriormente designado, en ningún caso revelan una modificación del contrato original ni una extensión tácita de su plazo ... Agrégase a lo anterior que la demandante, siempre por escrito, el 18 de agosto de 1971 demandó de su contraparte el cumplimiento de sus obligaciones y la *inmediata* iniciación de las obras (folio 33 cuaderno 1), lo cual indica que en ningún caso había dado prórroga o indefinición de término para este particular";

b) En cuanto a la fuerza mayor o caso fortuito, expresa que "fuera de los elementos de prueba analizados, no hay nada en el expediente que demuestre la ocurrencia de tales eventos".

Y agrega: "No es lógico, por lo demás, que idéntica prestación sí hubiera cumplido cabalmente una de las partes y en cambio, por alegados motivos externos, la otra diga que estuvo en imposibilidad de darle ejecución. Máxime si en la segunda solicitud de ampliación del plazo contractual Corpacero ni siquiera se refiere a esos eventuales motivos que a la hora del pleito trata de darles vida y efecto de fuerza mayor, caso fortuito o imposibilidad sobrevenida".

7. En capítulo final, se refiere el sentenciador a la indemnización de perjuicios y otras prestaciones que habrán de derivarse de la resolución del contrato.

"Del expediente —afirma— aparece sin mayor esfuerzo que las obras de la calle 17 eran comunes para el predio vendido y para el resto de terrenos de la urbanización, por lo cual su demora en construirlas afecta este último, pues deja truncas las obras de la urbanización (folios 23 a 25, cuaderno 3), y además conlleva un notorio aumento gradual del índice del precio de las mismas (folios 8 a 10, cuaderno 1)".

Agrega que estos perjuicios deberán liquidarse por el procedimiento del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, lo mismo que "lo relativo a eventuales desmejoras del inmueble cuya venta ha de declararse resuelta".

Por último, anuncia que no hará condenación por frutos, por no haberse solicitado en la demanda.

III
La demanda de casación

Cuatro cargos formula la parte recurrente, todos por la primera causal. Serán estudiados y decididos en su orden.

Primer cargo. Está planteado así: "La sentencia es violatoria de normas de derecho sustancial: el artículo 1609 del Código Civil, por falta de aplicación, y los artículos 1546, 1930, 1932 y 961 y siguientes ibídem, por aplicación indebida, resultantes de error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas".

Son dos los yerros de facto que la parte recurrente denuncia: a) no haber advertido que la cláusula sexta del contrato celebrado entre las partes no se limita a exigir la obtención y presentación de un presupuesto de obra cualquiera, sino de uno "que contendrá la estipulación de que el contratista con garantía se obliga a entregar la totalidad de tales obras obteniendo paz y salvo y finiquito de parte del Distrito Especial de Bogotá. Obtenidos los dos presupuestos en la forma dicha, se escogerá el menos costoso y las obras se iniciarán ..."; b) haber dado por cumplida, por la parte demandante, su obligación de obtener y presentar ese presupuesto, no obstante que no hay prueba de ello, pues la carta remisoria de fecha 7 de septiembre de 1970, dirigida por Urbanización Montevideo a Corpacero, apenas da cuenta del envío de un presupuesto, sin que conste que el proponente se obligara, con garantía, a entregar las obras y obtener finiquito del Distrito Especial.

Agrega el impugnador que la prueba de haber cumplido cabalmente la sociedad vendedora con esta obligación, le competía a ella, conforme al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, prueba que, por lo visto, no aportó al proceso.

Tales errores, concluye el recurrente, determinaron que el Tribunal dejara de aplicar el artículo 1609 del Código Civil y aplicara en cambio, indebidamente, los que regulan la acción resolutoria y las prestaciones que de ella se derivan.

Consideraciones de la Corte

1. Se sostiene pues en la censura que Urbanización Montevideo no cumplió por su parte la obligación de obtener y presentar un presupuesto de la obra que contuviera la declaración del contratista a que la cláusula séptima del contrato se refiere, y se intenta fundar en ese pretendido incumplimiento la *exceptio non adimpleti con-*

tractus, prevista por el artículo 1609 del Código Civil.

Tal planteamiento hace indispensable determinar con claridad y precisión la estructura y el mecanismo de ese medio de defensa: ¿es suficiente que quien pide la resolución del contrato no haya cumplido ni allanándose a cumplir sus propias obligaciones en la forma pactada, o se requiere que éstas y las del otro contratante guarden entre sí determinada relación, sin la cual la excepción no es procedente?

2. *El punto es de suma trascendencia, porque si ambos contratantes incumplen y en tal evento ninguno puede lograr ni la resolución ni el cumplimiento con la correspondiente indemnización de perjuicios,* el contrato quedaría definitivamente estancado, *perdiendo su exigibilidad las recíprocas obligaciones que ha generado.*

Semejante solución, inaceptable desde todo punto de vista, hace caso omiso de la tradicional estructura que tiene la responsabilidad de cada uno de los dos contratantes, independientemente considerados, a más de que establece desacertadamente una especie de modo, no de extinción, pero sí de suspensión indefinida e insalvable de los efectos que naturalmente tienen las mutuas obligaciones.

La doctrina enseña que hay responsabilidad contractual siempre que cualquiera de las partes incurra, por su culpa *(la que se presume), en* inejecución o falta de pago *de alguna de las obligaciones que contrajo, y esta inejecución haya causado* perjuicio *al acreedor. La acción de responsabilidad, así concebida, no desaparece ni se enerva porque la otra parte contratante también haya incurrido, por su culpa, en falta de pago determinante de perjuicio. Las mutuas responsabilidades de las partes en los contratos bilaterales no son incompatibles, ni se excluyen entre sí: cada contratante está obligado a indemnizar al otro, si culpablemente no ha pagado, en la cuantía del daño que éste haya sufrido, no obstante que él también tenga derecho a ser indemnizado por el otro y sin perjuicio de que haya compensación total o parcial de las recíprocas indemnizaciones.*

Sólo que la demanda de resarcimiento de perjuicios, y por lo tanto la de resolución o la de cumplimiento, que contienen pretensiones a las cuales puede acumularse siempre la de responsabilidad contractual, únicamente tiene eficacia si el demandado fue constituido en mora, *según lo prescribe terminantemente el artículo 1615 del Código Civil. Y para ello es necesario que se cumplan, no apenas las reglas del artículo 1608, que gobierna la constitución en mora desde un punto de vista unilateral, sino también las del 1609, que prevé la mora por su aspecto bilateral. El deudor demandado no está en mora si, por una parte, no ha sido reconvenido judicialmente por el acreedor —salvo que la obligación sea a término o de ejecución exclusivamente dentro de cierto tiempo hábil—, o si, por otra parte, él ha dejado de cumplir con apoyo en que el acreedor demandante tampoco cumplió ni se allanó a hacerlo en la forma y tiempo debidos.*

El aspecto unilateral de la mora, en lo que atañe a la resolución del contrato, no ofrece dificultades. Las ofrece el bilateral que plantea el artículo 1609, cuya correcta inteligencia es preciso fijar.

Según esta disposición, "en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos".

Varias hipótesis pueden presentarse:

Primera. El demandante cumplió *sus obligaciones. Es claro que no cabe aquí la excepción de contrato no cumplido.*

Segunda. El demandante no cumplió, ni se allanó a cumplir, *"porque" el demandado, que debía cumplir* antes *que él, no cumplió su obligación en el momento y la forma debidos, ni se allanó a hacerlo. En tal caso tampoco cabe proponer la excepción, pues de lo contrario fracasaría la acción resolutoria propuesta por quien, debido al incumplimiento previo de la otra parte, aspira legítimamente a quedar desobligado y a obtener indemnización de perjuicios.*

Tercera. El demandante no cumplió, ni se allanó a cumplir, *y el demandado, que debía cumplir* después *de aquél según el contrato, tampoco ha cumplido ni se allana a hacerlo, 'porque' el demandante no lo hizo previamente como debía. En esta hipótesis sí puede el demandado proponer con éxito la excepción de contrato no cumplido.*

Cuarta. Demandante y demandado tenían que cumplir simultáneamente, *es decir, que sus mutuas obligaciones eran exigibles en un mismo momento, "dando y dando".*

Tres casos deben considerarse:

a) El demandante ofreció el pago al demandado y estuvo listo a hacerlo en la oportunidad y forma debidas, pero el demandado no hizo ni lo uno ni lo otro. La excepción, como es obvio, no tiene cabida por parte del demandado;

b) El demandante no ofreció el pago ni estuvo listo a hacerlo en la forma y tiempo debidos, en

tanto que el demandado sí hizo ambas cosas. Indudablemente aquí también tiene cabida la excepción de contrato no cumplido;

c) Ni el demandante ni el demandado ofrecieron el pago, ni estuvieron listos a hacerlo. No concurrieron a pagarse mútuamente, dando y dando, por motivos distintos del incumplimiento del otro, no constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito. El demandado no puede entonces proponer legítimamente la excepción de contrato no cumplido, comoquiera que su incumplimiento no encuentra justificación. En este evento cabría la tesis del mutuo disenso.

3. *El texto del artículo 1609 no puede pues apreciarse en el sentido de que el contratante que no cumple fracasa siempre en su pretensión de que se resuelva el contrato. Si así se lo entendiera, sin distinguir las varias hipótesis que pueden presentarse, entonces sería forzoso concluir que la resolución del contrato bilateral, prevista por el artículo 1546, no tiene cabida en sinnúmero de eventos en que sí la tiene: todos aquellos en que el demandado tenía que cumplir sus obligaciones* antes *que el demandante, o en que teniéndolas que cumplir* al mismo tiempo *que las de éste, sólo el demandante ofreció el pago en la forma y tiempo debidos, o ninguno lo ofreció simplemente porque ni el uno ni el otro concurrieron a pagarse. El ejercicio de la acción resolutoria no se limita al caso de que el demandante haya cumplido ya e intente, en virtud de la resolución, repetir lo pagado; se extiende también a las hipótesis en que el actor* no haya cumplido ni se allane a cumplir *porque a él ya se le incumplió y por este motivo legítimamente no quiere continuar con el contrato.*

No es siempre necesario que el contratante que demanda la resolución *con indemnización de perjuicios haya cumplido o se allane a hacerlo. Puede negarse, en los casos ya explicados, a cumplir si todavía no lo ha hecho y no está dispuesto a hacerlo porque el demandado no le cumplió previa o simultáneamente. Por el contrario, el que pide el* cumplimiento *con indemnización de perjuicios sí tiene necesariamente que allanarse a cumplir él mismo, puesto que, a diferencia de lo que ocurre en aquel primer caso, en que el contrato va a "desaparecer" por virtud de la resolución impetrada, y con él las obligaciones que generó, en el segundo va a "sobrevivir" con la plenitud de sus efectos, entre ellos la exigibilidad de las obligaciones del demandante, las que continuarán vivas y tendrán que ser cumplidas a cabalidad por éste.*

De todo lo expuesto conclúyese: a) En los contratos bilaterales en que las recíprocas obligaciones deben ejecutarse sucesivamente, esto es, primero las de uno de los contratantes y luego las del otro, el que no recibe el pago que debía hacérsele previamente sólo puede demandar el cumplimiento *del contrato si él cumplió o se allana a cumplir conforme a lo pactado, pero puede demandar* la resolución *si no ha cumplido ni se allana a hacerlo con fundamento en que la otra parte incumplió con anterioridad; b) en los contratos bilaterales en que las mutuas obligaciones deben ejecutarse simultáneamente, o sea a un mismo tiempo, si una parte se allanó a cumplir en la forma y tiempo debidos y la otra no, aquélla tiene tanto la acción de* cumplimiento *como la* resolutoria, *mas si ninguna de las partes cumplió ni se allanó a hacerlo, una y otra meramente pueden demandar* la resolución *del contrato. Todo lo anterior va sin perjuicio de la tesis del mutuo disenso, que la Corte ha venido sosteniendo.*

Queda así precisada la doctrina de la Corte sobre acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido.

4. El caso de este proceso, de haber habido el incumplimiento de la sociedad demandante que alega la parte recurrente, sería el contemplado en la hipótesis cuarta, ordinal c), del punto 2: por el contrato se estipuló que los presupuestos de la obra de la calle 17 debían entregarse *simultáneamente,* dentro de un plazo común determinado. Corpacero no se encuentra en la tercera hipótesis, porque las obligaciones de presentar presupuestos no debían cumplirse sucesivamente, sino simultáneamente, a un mismo tiempo; ni estaría tampoco en la del ordinal b) de la cuarta, puesto que Urbanización Montevideo entregó su presupuesto aun antes de vencerse el plazo de que para ello disponía. El caso, se repite, sería el del ordinal c) de la cuarta hipótesis: Corpacero dejó vencer el término estipulado y la aplicación que se le concedió (la cual en realidad fue nuevo plazo), sin presentar presupuesto alguno; pero no trató de justificar esta conducta *porque* Urbanización Montevideo hubiera omitido presentar en regla el presupuesto que entregó. La prueba es que Corpacero no objetó, sino a última hora en el proceso, el presupuesto que recibió, ni lo rechazó y devolvió por irregular, sino que, luego de haberlo recibido, pidió dos ampliaciones del plazo inicial y continuó sus relaciones contractuales con Urbanización Montevideo como si nada anormal hubiera ocurrido.

5. Conclúyese que el Tribunal, estuviera o no estuviera probado el incumplimiento que ahora alega Corpacero, no podía dar aplicación al artículo 1609, como lo pretende la parte recurrente, puesto que no aparece en el proceso que el

incumplimiento de la misma obligación por la parte demandada se debiera a aquel otro supuesto incumplimiento; y que acertó aplicando a la especie de la litis el artículo 1546, ya que la parte demandada, lejos de haber probado que cumplió su obligación de entregar un presupuesto, aceptó no haberla cumplido en la forma y tiempo debidos (respuesta al hecho 6º de la demanda, y carta en que, no habiendo presentado presupuesto alguno dentro del término inicial ni su prórroga, pidió una segunda ampliación que le fue negada).

El cargo, por lo tanto, no prospera.

Segundo cargo. Se formula de esta manera: "La sentencia es violatoria de normas de derecho sustancial: el artículo 1609 del Código Civil, por falta de aplicación, y los artículos 1546, 1930, 1932 y 961 *y siguientes* del Código Civil, por aplicación indebida, proveniente de error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas".

El yerro de facto se hace consistir en que el Tribunal no atendió a varias pruebas, que el impugnador indica, conforme a las cuales Urbanización Montevideo se abstuvo de renovar el contrato celebrado con el Distrito Especial de Bogotá, que lo autorizaba para llevar a efecto las obras de urbanización, requisito sin el cual resultaba inútil que Corpacero obtuviera y presentara un presupuesto para las que debían ejecutarse en la calle 17.

"En tales circunstancias —se pregunta el censor—, ¿en el hecho, en el derecho y en la moral, será legítimo que quien por omisión prolongada suya por espacio de tres años y ocho meses (de marzo 6/70, fecha de expiración del contrato con el Distrito, a noviembre 15/73, fecha de la presentación de la demanda), y más aún, hasta ahora, se ha mantenido en *imposibilidad legal de adelantar unas obras,* demandé a causa de incumplimiento de quien debía hacerlas junto con ella?

Y agrega: "De modo que Urbanización Montevideo aparece incumplida *ab initio,* y ese incumplimiento suyo no puede ser disculpado bajo ningún pretexto, ni puede permitirle que, como ella lo pretenda y el Tribunal se lo propicia, alegando su propia torpeza, se beneficie de una acción concedida solamente al contratante inocente".

Finaliza así la censura: "Incumplido el contrato por la demandante, era natural declarar probada la excepción prevenida por el artículo 1609 del Código Civil, quebrantado así por falta de aplicación, y no podía decretarse la resolución autorizada para otros eventos por los artículos 1546 y 1931 del Código Civil, con sus consecuencias restitutorias e indemnizatorias; artículos 1932, 961 y siguientes y 1613 y siguientes del Código Civil (aplicación indebida)".

Consideraciones de la Corte

1. Como bien lo puso de presente el Tribunal, el contrato, que imponía a las partes diversas obligaciones de tracto sucesivo, preveía varias etapas:

a) Obtención y presentación de los presupuestos, dentro de término fijo;

b) Elección del menos costoso e iniciación de las obras dentro de plazos determinados;

c) Terminación de éstas y modo de pago de la parte del costo a cargo de Corpacero.

Las obligaciones correspondientes a cada etapa sólo eran exigibles al vencimiento de cada uno de los términos estipulados, no antes. Por manera que Corpacero no podía demandar a Urbanización Montevideo el cumplimiento del requisito consistente en renovar el contrato con el Distrito Especial (renovación necesaria para iniciar las obras, o sea para ejecutar la segunda etapa prevista) sino cuando la primera etapa estuviera completamente agotada.

En este particular, la estructura del contrato es igual a la de cualquiera otro de ejecución sucesiva. Y así como el arrendador no puede abstenerse de cumplir su obligación de mantener al arrendatario en el uso y goce de la cosa arrendada porque tiene motivos para tener que éste no se la restituirá al terminar el arriendo, así tampoco podía Corpacero omitir la obtención y presentación del presupuesto a su cargo so pretexto de que el contrato con el Distrito Especial no estaba renovado. Estas obligaciones no eran de cumplimiento simultáneo, sino sucesivo, y mal puede fundarse la *exceptio non adimpleti contractus* en el incumplimiento de obligación que aun no se ha hecho exigible.

2. Refiriéndose al vencimiento del contrato con el Distrito Especial y a la falta de renovación por parte de Urbanización Montevideo, dijo el Tribunal que "dicho vencimiento podría haber sido un obstáculo para la construcción de las obras y para su entrega a satisfacción del Distrito Especial de Bogotá, pero *en ningún caso* impedía cumplir los pasos preliminares para tal construcción que, por orden de prelación contractual, era menester cumplir *con anterioridad* a la misma ejecución de las citadas obras".

Lo cual pone de manifiesto que el sentenciador de segundo grado sí vio y tuvo en consideración las pruebas atinentes a la falta de renovación del

contrato entre Urbanización Montevideo y el Distrito, pero no les otorgó con acierto, la virtud de dar fundamento a la excepción de contrato no cumplido por parte de dicha sociedad, por tratarse de obligación de futura exigibilidad con relación a la de presentar los presupuestos.

Conclúyese que el error de hecho invocado en este cargo no se configura, y que el artículo 1546 del Código Civil y sus concordantes fueron correctamente aplicados al caso del proceso.

Se rechaza por lo tanto el cargo.

Tercer cargo. Lo hace consistir el censor en que "la sentencia es violatoria de normas de derecho sustancial: artículos 1622, inciso tercero, 1616, inciso segundo, y 1608 del Código Civil, por falta de aplicación, y 1546, 1930, 1932, 961 y siguientes y 1613 y siguientes del Código Civil, por aplicación indebida".

En desarrollo de esta acusación se afirma que, con posterioridad al vencimiento del plazo inicial y su prórroga, y en atención a factores imprevistos, los contratantes solicitaron y obtuvieron numerosas cotizaciones y estudios relativos a las obras que debían realizarse en la calle 17, conducta que, con arreglo a lo prescrito por el inciso tercero del artículo 1622 del Código Civil, es preciso interpretar como recíproca voluntad de no tener más en cuenta tales plazo y prórroga, ya agotados, sino continuar de consuno las gestiones necesarias para lograr al fin un presupuesto ajustado a las características de tales obras, sin que ello implique, como erróneamente lo sostuvo el Tribunal, ánimo de novar o sustituir obligaciones, sino apenas una manera de cumplirlas.

El juzgador de segundo grado —dice el recurrente—, en su ojeriza, pasó por alto los documentos y las declaraciones anotados, como también las cartas *de 22 y 24 de junio de 1971,* sobre aprobación provisional del presupuesto del maestro Perdomo y el doctor Velandia (cuaderno 1, folios 30 y 31), todas indicativas de que el paso del 20 de febrero de 1971 y la ausencia de presupuesto de parte de Corpacero para entonces no fueron tomados por las partes como línea divisoria entre cumplimiento e incumplimiento, inocencia y culpabilidad, y que con posteridad siguieron tentando la obtención de presupuestos, entre otras razones porque el único obtenido hasta entonces, ausente del proceso, no reunía ninguna de las exigencias de ellas y de la autoridad municipal. ¿O es que acaso las partes demandaron más de diez cotizaciones, luego de esa fecha, por mera diversión o amabilidad de la acreedora (?) respecto de la deudora (?)? Como también se ignoró que, diez meses después de la carta de 18 de agosto de 1971 (cuaderno 1º, folio 33), dirigida por Montevideo a Corpacero, acerca de los requerimientos de la Personería Distrital, fue cuando las partes se dieron a la tarea de solicitar cotizaciones serias y respaldadas en estudio de suelos y de cantidad y calidad de obra, y que ni siquiera entonces, como tampoco hoy, Urbanización Montevideo se ha colocado en condiciones de adelantar la obra, pues por su renuencia en suscribir el contrato con el Distrito, la prórroga que este le había concedido hasta fines de 1973 o comienzos de 1974, para la firma de dicho contrato venció sin diligencia alguna de su parte (notas del Secretario de Obras Públicas y certificación del Personero Distrital: cuaderno 2º, folios 40 a 45 y cuaderno 3º, folio 14).

Además, se agrega, hubo cambios fundamentales en las especificaciones de las obras, determinados por la calidad del terreno y por imprevistas exigencias del Distrito Especial de Bogotá, todo lo cual es constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, no imputable a Corpacero, y causa determinante del retardo en presentar el presupuesto que a esta sociedad correspondía someter a la otra. De consiguiente, conforme al inciso segundo del artículo 1616 del mismo Código, ese retardo no conlleva responsabilidad, ni justifica, por ende, la resolución del contrato.

Finalmente, "a falta de término expreso, aquí superado, o natural, que no se da, es preciso el requerimiento judicial para que sobrevenga la mora", como está prescrito por el ordinal 3º del artículo 1608 ibídem; y este requisito no se cumplió por la sociedad demandante, lo que impide dar curso favorable a la pretensión de resolución del contrato.

Consideraciones de la Corte

1. Por su primer aspecto, la acusación consiste en que el Tribunal interpretó mal el contrato, puesto que no tuvo en cuenta la conducta observada por los contratantes con posterioridad al vencimiento del plazo para presentar cada presupuesto y de la ampliación que se acordó; conducta que a juicio del censor implicó algo así como una condonación, por parte de Urbanización Montevideo, del incumplimiento inicial en que Corpacero había incurrido por no presentar ningún presupuesto dentro de dichos plazo y ampliación.

Pues bien: para que triunfara en casación la tesis de que hubo equivocada interpretación del contrato, por no haber tomado en consideración

el sentenciador los varios presupuestos, cotizaciones y estudios que se produjeron posteriormente a instancia de las partes, era inexcusable que la impugnación se formulara por la vía indirecta, no por la directa. "Los tribunales —ha dicho esta corporación— son soberanos para la apreciación de los hechos y la interpretación de los contratos, de tal suerte que la Corte sólo puede casar la sentencia objeto del recurso en el caso de que ésta contenga errores de derecho o de hecho, siempre que este último resulte evidente en los autos" (casación, 2 de junio de 1958, LXXXVIII, 53; 20 de junio de 1959, XC, 656, y otras varias).

2. En cuanto a que la falta de presentación de presupuesto por Corpacero dentro del plazo inicial y luego dentro de la ampliación acordada se debiera a fuerza mayor o caso fortuito, no hay prueba de ello en el proceso. Nada impidió a Corpacero obtener y someter alguno a Urbanización Montevideo dentro de tales plazo y ampliación. Las dificultades determinadas por la calidad del terreno y por las nuevas especificaciones exigidas por el Distrito Especial de Bogotá se presentaron ya vencidos esos dos términos sucesivos, y de ningún modo fueron determinantes de imposibilidad de elaborar el presupuesto oportunamente.

3. Por último, no es admisible la tesis de que, para constituir en mora a Corpacero por la falta de presentación del presupuesto que le competía, fuera necesario reconvenir judicialmente a dicha sociedad. Esa obligación fue siempre a plazo, no pura, y por tanto se incurrió en mora de cumplirla por el mero vencimiento del que se acordó luego de expirado el inicialmente estipulado, tal como está previsto por el ordinal 1º del artículo 1608 del Código Civil.

El cargo no es conducente y por ello no prospera.

Cuarto cargo. Lo formula el recurrente así: "La sentencia es violatoria de normas de derecho sustancial: artículos 1546, 1930, 1932 y 961 y siguientes, por aplicación indebida, a causa de interpretación errónea de los artículos 1857 y 1928 (1602 y 1603) del Código Civil y de error evidente de hecho en la apreciación de las cláusulas de la Escritura 4853 de 3 de septiembre de 1970, Notaría 5ª de Bogotá (cuaderno 1º, folios 36 y siguientes)".

La acusación se funda en que el Tribunal entendió, contra la evidencia que surge de las estipulaciones de las partes, que la citada Escritura número 4853 da fe de un solo contrato, cuando es palmario que contiene "dos contratos independientes, uno de compraventa, totalmente satisfecho por la compradora, y otro de ejecución de obra, no realizado aún". La compraventa sólo genera obligación de dar una cosa y obligación de pagar el precio estipulado, a más de las complementarias de sanear los vicios de titulación y los redhibitorios, a cargo del vendedor. "Cualquiera adición a tales deberes significa la presencia de un negocio jurídico complementario, coaligado o no con la compraventa, pero ciertamente distinto a ésta".

Y agrega el censor: "¿Es, por ventura, de la naturaleza de una compraventa el que comprador y vendedor convengan la hechura de una obra divisoria de sus predios, a expensas comunes? Un pacto de este orden no puede considerarse como parte de la obligación de entregar y sanear, ni como parte de la de pagar el precio. Simplemente lo que muestra es que los contratantes, colindantes en razón de la compraventa, deciden, preventivamente, regular sus relaciones de vecindad, de por sí independientes de la compraventa, por la vía de un contrato de obra, que no está a cargo de una sola, como para que pudiera considerarse como parte de los deberes propios de cada cual, sino de ambas, con lo cual se hace patente la autonomía del convenio adicional, ligado al contrato básico tan sólo por razones instrumentales y cronológicas".

Finalmente se pregunta: "¿Cabe la resolución de un contrato asociativo de obra con tercero beneficiario, a instancia de una de las partes? A más de absolver negativamente tal pregunta importa destacar que el incumplimiento de alguna de sus obligaciones asociativas por parte de uno de los contratantes del convenio de obra no puede motivar la resolución de una compraventa cumplida previamente en su integridad por él, sin contrariar la realidad negocial y sin desconocer derechos firmes adquiridos, y por ende invulnerables".

Consideraciones de la Corte

1. Por la Escritura número 4853 del 3 de septiembre de 1970, de la Notaría Quinta de Bogotá, Urbanización Montevideo vendió a Corpacero un globo de terreno de 23 hectáreas y 4.201.80 metros cuadrados de superficie, por el precio de $ 4.391.268.00 (cláusulas segunda y quinta del contrato). Además de las estipulaciones concernientes a la cosa vendida y su precio, acordaron los contratantes que las obras necesarias para poner en servicio la calle 17, que forma el lindero común entre los terrenos que conservó Urbaniza-

ción Montevideo y el que compraba Corpacero, obras tales como la construcción de alcantarillados, redes eléctricas y telefónicas, acueducto, pavimentación, etc., se ejecutarían por Corpacero y serían sufragadas por iguales partes entre las dos sociedades, estableciéndose al efecto un plan que comprendía la consecución y presentación de sendos presupuestos, la elección del menos costoso y la iniciación inmediata de los trabajos hasta su completa terminación, facultándose a Corpacero para compensar la parte del costo que le correspondía con el saldo del precio de la compraventa (cláusula séptima ibídem).

En este cargo afirma el recurrente, en desacuerdo con el Tribunal, que se trata de dos contratos distintos e independientes: uno de compraventa y otro de ejecución de obras en beneficio de un tercero (el Distrito Especial de Bogotá); y sostiene que como el de compraventa fue íntegramente cumplido por vendedor y comprador, no es dable declararlo resuelto por incumplimiento del de ejecución de obra.

2. Este planteamiento es equivocado. A juicio de la Corte el contrato es uno solo: de compraventa con pacto accesorio sobre ejecución de obra material a expensas de ambos contratantes.

Que de compraventa se trata es indiscutible, comoquiera que la hay desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio y, si la cosa es inmueble, han otorgado la correspondiente escritura pública (artículo 1857 del Código Civil), requisitos todos que se cumplieron en el contrato que Corpacero y Urbanización Montevideo celebraron entre sí.

La circunstancia de que, a más de convenir en la cosa y en el precio, consignando su acuerdo en escritura pública, las partes pactaran la ejecución de obras materiales en el lindero común de sus predios, no determina que se trate de dos contratos distintos e independientes, sino de uno sólo con pacto accesorio. "Pueden agregarse al contrato de venta cualesquiera otros pactos accesorios lícitos, y se regirán por las reglas generales de los contratos", reza el artículo 1945 del Código Civil. Lo cual significa que cuanto pacto de esa índole se agrega a la compraventa, ni ésta desaparece para convertirse en contrato innominado, ni se independiza y desvincula del pacto en forma que haya dos contratos distintos: simplemente hay compraventa con pacto accesorio, de la misma manera como la hay v. gr. en el caso de que los contratantes convengan en la venta de bien inmueble, pero acuerden además la constitución de una servidumbre que grave la cosa vendida y la ejecución de las obras necesarias para el goce de ese gravamen.

3. Dilucidado este punto, surge la cuestión de averiguar si el incumplimiento de las obligaciones derivadas del pacto accesorio puede justificar o no la resolución de la compraventa.

Exponiendo las razones por las cuales estimó que se trataba de un solo contrato, no de dos separados e independientes, dijo el Tribunal que el valor de las obras de la calle 17, objeto de la cláusula séptima, podía calcularse en más o menos el 30% del precio del terreno vendido, proporción "tan considerable e importante que no puede menos de dársele el carácter de factor decisivamente influyente o de *móvil determinante del contrato en cuestión*" (se subraya). O sea que para el sentenciador de segundo grado la ejecución de las obras de la calle 17 tuvo la categoría de causa del contrato, circunstancia que erige en "primarias" las obligaciones pactadas en la cláusula séptima.

En la censura no se ataca este postulado fundamental, que es la premisa de la cual se deriva la conclusión de que el contrato tenía que declararse resuelto. La acusación se limita a impugnar la interpretación de que hubo un solo contrato, dejando incólume el criterio que, en función de haber sido móvil determinante del consentimiento, se formó el Tribunal acerca de la categoría de la obligación incumplida.

4. Según lo dicho, no hubo pues error de hecho del Tribunal al interpretar la convención como una sola. Y pues ha quedado en pie su estimación de que lo concerniente a la ejecución de las obras previstas por la cláusula séptima alcanzó para los contratantes la categoría de móvil determinante de su consentimiento, es preciso concluir que los textos de derecho sustancial que prevén la resolución por incumplimiento no fueron indebidamente aplicados al caso del proceso.

Se rechaza, por lo tanto, el cargo.

En mérito de las razones expuestas, 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 objeto del recurso extraordinario, dictada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Las costas del recurso son de cargo de la parte que lo interpuso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Alberto Ospina Botero, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Ricardo Uribe-Holguín, Hugo Vela Camelo.

Carlos G. Rojas Vargas
Secretario.

Salvamento de voto del Magistrado Alberto Ospina Botero.

1. Previamente al señalamiento y estudio de los presupuestos que configuran la procedencia de la acción resolutoria, en el ánimo de hacer más comprensible mi disentimiento, me parece oportuno abordar otros aspectos que tienen que ver con la referida acción, o sea, sus antecedentes históricos y los fundamentos jurídicos de la misma.

2. Aunque no existe un criterio uniforme sobre el origen de la condición resolutoria tácita y de la acción que de ella se desprende, por cuanto algunos la señalan como punto de partida al antiguo derecho romano y otros el derecho canónico, lo cierto es que este último la presentó con mayor precisión y claridad; empero, ambos coincidieron en indicar que la titularidad para deprecar la acción resolutoria la tenía el contratante cumplido contra el contratante incumplido o culpable, pues el recio criterio moral de los canonistas los llevó a sentar el principio de que "en vano se pide que cumpla su palabra a aquél a cuyo respecto no se cumple la fe jurada".

3. Este modo de pensar de los canonistas incidió luego en el desarrollo del derecho civil. Y, bajo la época de los glosadores, estos sostuvieron que en las relaciones contractuales sinalagmáticas no podía demandar la resolución o el cumplimiento de lo pactado quien no hubiera ejecutado u ofrecido ejecutar su prestación. En ese entonces se consideró que el promisor no estaba obligado a respetar el juramento que había prestado de cumplir con todas las obligaciones que corrían de su cargo, si aquél en cuyo beneficio se prestaba a su vez infringía sus compromisos.

4. Atendiendo todos estos principios, los redactores del Código Civil Francés los consignaron en el artículo 1184, el cual dispone: "La condición resolutoria está siempre subentendida en los contratos sinalagmáticos, para el caso en que una de las partes no satisfaga su compromiso. En este caso el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte a cuyo respecto el compromiso no se ha ejecutado, tiene la elección de forzar a la otra a la ejecución de la convención cuando es posible, o de pedir la resolución con daños y perjuicios. La resolución debe ser demandada judicialmente, y puede ser acordado al demandado un plazo según las circunstancias".

5. El derecho civil chileno (artículo 1489) y el colombiano (artículo 1546), siguiendo los antecedentes referidos, consagraron la condición resolutoria tácita y la consiguiente acción que le permite a uno de los contratantes —desde luego al cumplido—, solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato, en los términos siguientes: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios".

6. Por otra parte, cuando los doctrinantes y la jurisprudencia de los tribunales se han dedicado a explicar los fundamentos de la condición resolutoria tácita, así hayan asumido diferentes posiciones, sí han tenido como punto de contacto y común afirmar que la alternativa que consagra la ley de permitir la resolución o cumplimiento de la convención, sólo se la ofrece el contratante cumplido.

En efecto, cuando le buscan como soporte o razón de ser *la equidad,* la explican afirmando que si uno de los contratantes incumple con las obligaciones que corren de su cargo, es apenas obvio y de equidad que el derecho autorice el contratante que sí ha cumplido para desligarse del vínculo que lo une al contratante incumplido o desinteresado.

Quienes le señalan como fundamento el de ser *una sanción,* expresan que las acciones de resolución o de cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios constituye *la sanción* que le impone la ley al contratante negligente, acciones que radican en cabeza del contratante cumplido. Es, pues, lógico que se sancione al incumplido y que quien solicita que se le sancione (con resolución o cumplimiento y perjuicios) sea el que ha cumplido.

Los que explican el fundamento de la condición resolutoria tácita en *la interpretación de la voluntad de los contratantes,* sostienen que el artículo 1546 del Código Civil consagra la intención probable de las partes, en virtud de que es lógico suponer que el contratante incumplido no quiera seguir atado por la convención al otro contratante.

Adentrándose el civilista chileno Luis Claro Solar en el punto de los fundamentos jurídicos de la condición resolutoria tácita y su pertinente acción, afirma: "Sin entrar, por ahora, en la teoría de la causa de la obligación como requisito necesario a la existencia y validez de una declaración de voluntad, según el artículo 1445 de nuestro Código, no podemos menos de reconocer que hombre alguno, consciente de sus actos, contrae un compromiso sin tener en mira un objetivo, sin ser impulsado por la consideración de un resultado que este compromiso le procura; y desde el momento que ese resultado desaparece o no puede ser obtenido, no sería equitativo que él quedara, sin embargo, ligado por un contrato que la otra parte no cumple. Es cierto que la reciprocidad de las obligaciones, que acarrea necesariamente la de las prestaciones con que deban ser satisfechas, es impuesta en nuestro derecho por el conjunto de las reglas relativas a la causa; pero no podría afirmarse que el no cumplimiento del contrato por una de las partes deje sin causa la obligación del otro contratante que lo cumplió o está dispuesto a cumplirlo en lo que a él le corresponde. La obligación de la parte que no ha cumplido el contrato, no deja de existir por su falta de cumplimiento; y por eso la otra parte puede exigir ese cumplimiento, siendo posible, si lo prefiere a la resolución. Además, la resolución sólo puede ser pedida por la parte que ha cumplido el contrato; y la que ha dejado de cumplirlo, no podría invocar su no cumplimiento para dejar sin efecto el vínculo jurídico que se formó mediante el mutuo consentimiento. Por eso, la resolución puede ser pedida y declarada, aunque la ejecución del contrato sea posible, ya que el deudor no ha quedado libre de su obligación" (tomo X, 167 y 168).

7. Reseñados los antecedentes históricos y los fundamentos de la condición resolutoria tácita, se tiene que con arreglo a lo que dispone el artículo 1546 del Código Civil, cuando en un contrato bilateral una de las partes se halle en mora de cumplir con las obligaciones de su cargo, el otro contratante que ha cumplido con las suyas o que ha estado presto a cumplirlas, tiene la prerrogativa de solicitar, a su arbitrio, cualquiera de estas dos acciones: la resolución del contrato o el cumplimiento del mismo, en uno y otro evento con indemnización de perjuicios. No queda la menor duda que el ofrecimiento alternativo que hace la ley al acreedor de una de las dos acciones enunciadas, sólo se lo hace al contratante cumplido, lo cual se infiere desde el propio origen o antecedente histórico de la institución de la condición resolutoria tácita y de la forma como quedó concebido el artículo 1546 del Código Civil.

8. Precisamente, la doctrina de la Corte, al fijar el verdadero sentido y alcance del artículo 1546, en más de un centenar de fallos ha sostenido que constituyen presupuestos indispensables para el buen suceso de la acción resolutoria emanada de la condición resolutoria tácita, los siguientes:

a) Que el contrato sea bilateral;

b) Que quien promueva la acción haya cumplido con sus obligaciones o se haya aprestado a cumplirlas, y

c) Que el otro contratante haya incumplido las obligaciones que le corresponden.

Según estos requisitos, que aparecen diáfanamente contemplados en el citado artículo, por el aspecto activo, el titular de la acción resolutoria indefectiblemente lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponden y, por el aspecto pasivo, incuestionablemente debe dirigirse la referida acción contra el contratante negligente, puesto que la legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención surge del cumplimiento en el actor y del incumplimiento en el demandado u opositor.

9. El precepto contentivo de la acción resolutoria (artículo 1546 del Código Civil) no permite entenderlo, porque no lo dice, que dicha acción pueda promoverla con éxito cualquiera de los contratantes cuando se da el caso de incumplimiento recíproco de obligaciones simultáneas. En este evento, la mencionada acción no ha nacido para ninguno de los contratantes. Dentro de la más precisa y clara posición doctrinal, aplicable al punto que se viene tratando, dijo la Corte en fallo de 25 de marzo de 1950 que "en caso de que todas las partes que celebraron el contrato sean negligentes en el cumplimiento de sus obligaciones, para las cuales ni la ley ni el contrato señalan orden de ejecución, la solución de la doctrina, no pudiéndose considerar como morosa a ninguna, es la improcedencia para todas de las dos acciones que alternativamente concede el inciso 2º del artículo 1546 del Código Civil ...".

Sobre este mismo criterio se pueden ver los fallos de 25 de marzo de 1950, 17 de septiembre de 1954, 31 de enero de 1963, 2 de septiembre de 1964, 16 de noviembre de 1967, 9 de junio de 1971 y 7 de octubre de 1977. De estas sentencias, conviene transcribir, por lo pertinente, el siguiente acápite de la de 9 de junio de 1971: "Sin necesidad de exponer los antecedentes históricos de la acción resolutoria los cuales confirman la

tesis anteriormente explicada, basta para sostener ésta con tomar en consideración la forma como el señor Bello redactó el artículo 1546. Se puede pedir que se declare resuelto el contrato bilateral 'en caso de no cumplirse *por uno de los contratantes* lo pactado' (subraya la Sala), no en caso de no cumplirse por *ambos;* y entonces 'podrá *el otro contratante*' (subraya de nuevo), es decir, el que no ha incumplido, ejercer alternativamente y a elección suya las acciones que por el artículo se le otorgan o reconocen, 'tal caso', al cual hace referencia el texto, es uno solo: el de que no se haya cumplido por *uno* de los contratantes lo pactado y el *otro* sí haya cumplido o allanádose a cumplir sus obligaciones oportunamente y en la forma como fueron pactadas'' (tomo CXXXVIII, páginas 379 y 360).

10. Como en la decisión tomada por la mayoría de la Sala se sostiene que la acción resolutoria también procede en el caso de incumplimiento recíproco de las partes de las obligaciones simultáneas surgidas de un contrato bilateral, con respeto me aparto de tal reflexión. En estos términos consigno mi salvamento de voto a la parte considerativa del fallo acogido por la mayoría de la Sala y en el preciso punto antes referido, máxime que no encuentro motivo aceptable, sólido y legal para abandonar o apartarse de la doctrina tradicional de la Corte.

Fecha *ut supra.*

Alberto Ospina Botero.

PROCESO DE PERTENENCIA

El certificado que debe acompañarse a la demanda introductoria del proceso, debe indicar en forma 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 uno que de manera clara diga que sobre ese inmueble no aparece ninguna persona como titular de tales derechos.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, noviembre 30 de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

Decídese sobre el recurso extraordinario de revisión, propuesto por Cirano de Jesús Avendaño contra la sentencia de 27 de noviembre de 1975, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso de pertenencia suscitado por Ramón Atehortúa Alzate contra personas indeterminadas.

I
Antecedentes

El recurrente estaba casado, por los ritos de la Iglesia Católica, con Gabriela Ramírez. Esta, como consta en la Escritura pública número 3590 de 13 de septiembre de 1963 (sic), compró a Manuel Lopera una casa de habitación con el solar en que está edificada, distinguida con el Nº 50-A-43 de la calle 71 del barrio Pérez Triana de la ciudad de Medellín, cuyos linderos se especifican en la demanda de revisión. Años después, adelantado el correspondiente proceso de sucesión de Gabriela, ya que había fallecido en mayo de 1974, por sentencia de 29 de julio de 1975 se aprobó la partición de bienes. En ese trabajo partitivo se adjudicó aquel inmueble al recurrente en su calidad de cónyuge supérstite. El fallo, junto con la partición, se registró el 9 de febrero de 1976 (sic).

Pero ocurrió que para el 2 de diciembre de 1974, cuando ya estaba muerta Gabriela e iniciado su proceso mortuorio, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín admitió la demanda en que Ramón Atehortúa Alzate solicitaba la declaración de pertenencia de aquel bien raíz, alegando haberlo ganado por prescripción extraordinaria. El demandante Atehortúa, no obstante haber sido arrendatario de Gabriela y de Cirano, "calló maliciosamente" este hecho y propuso la demanda frente a personas indeterminadas, desde luego que afirmó desconocer quién tenía el dominio del expresado bien. Tramitada la causa se le puso fin con sentencia favorable al demandante, que, al ser consultada, fue confirmada íntegramente por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante su fallo de 27 de noviembre de 1975, que fue registrado el 29 de abril siguiente. Poco después falleció también el presunto usucapiente Atehortúa Alzate.

II
El litigio

En demanda que fue admitida por la Corte por auto del 11 de abril último, Cirano de Jesús Avendaño propuso el recurso extraordinario de revisión contra la apuntada sentencia del Tribunal, y como había muerto el demandante Ramón Atehortúa, dirigió la demanda de revisión contra Aurora Martínez de Atehortúa, representante legal de los menores hijos de aquél que son Libardo, Blanca Aurora y Saúl Enrique.

Como hechos de la *causa petendi* se alegaron, a más de los narrados en el capítulo de antecedentes, los que siguen:

Ramón Atehortúa no solamente calló haber sido arrendatario del inmueble que dijo haber prescrito, sino que fraudulentamente introdujo cambios en sus linderos para obtener un certificado "incompleto e irregular del Registrador de Instrumentos Públicos de Medellín". Además, el

certificado expedido por la Oficina de Catastro de Medellín, ostenta las siguientes irregularidades: "da cuenta de que el bien inmueble indicado en el hecho 3º de este memorial, figura inscrito a nombre de Gabriela Ramírez, nombre que está raspado, borronado, y repisado en tinta y tiene tachado claramente el apellido de casada 'de Avendaño' ... (folio 1, fuente del cuaderno principal del Expediente número 2396), o también a nombre de Ramírez O. Gabriel (folios 1 vuelto, ibídem); b) está suscrito por un empleado de taquilla de la Oficina Municipal de Catastro de Medellín, y no por el Director titular de esta dependencia oficial, y c) es imperfecto, por incompleto, en cuanto a la individualización de los linderos del inmueble sobre el que se hizo la declaración de pertenencia en el proceso 2396 del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín, pues no incluye el lindero de uno de los costados o de la parte de atrás de dicho inmueble (folio 1 vuelto, del mismo cuaderno principal)". Agrega el recurrente que el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos no llena los requisitos exigidos por la ley para el caso de pertenencia, pues nada dice sobre el poseedor inscrito.

Expresa luego el demandante que hasta el 18 de mayo de 1977 no supo que Ramón Atehortúa había obtenido la declaración de pertenencia.

El 8 de junio del mismo año el Registrador expidió al demandante certificado de tradición sobre el mencionado bien raíz en el que se puntualizan las siguientes inscripciones:

"a) Anotación 001, del 1º de abril de 1946, según Escritura número 1460, de la Notaría Primera de Medellín, del 13 de marzo de ese mismo año, en relación con la compraventa de Ramón Restrepo a Manuel Lopera;

"b) Anotación 002, del 1º de octubre de 1963, según la Escritura número 3590, del 13 de septiembre de 1963, de la Notaría Primera de Medellín, sobre compraventa de Manuel Lopera Peña a Ramírez Ocampo de Avendaño Gabriela;

"c) Anotación 003, del 9 de febrero de 1976, según sentencia del 29 de julio de 1975 del Juzgado Catorce Civil del Circuito de Medellín, sobre adjudicación por sucesión de Ramírez Avendaño Gabriela a Cirano Avendaño, y

"d) Anotación 004 del 29 de abril de 1976, según sentencia del 28 de julio de 1975, del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín, sobre declaración judicial de pertenencia de Ramón Atehortúa Alzate".

Lo anterior demuestra —dice el recurrente— que si se hubieran dado a la Oficina de Registro los datos completos del inmueble, aquélla habría expedido certificado acorde con las exigencias del artículo 413-6 del Código de Procedimiento Civil, y que como a quien tenía derechos reales sobre ese bien no se le citó personalmente, ni por intermedio de sus representantes, se le impidió ejercer su derecho de defensa, defensa que hubiera sido fácil demostrando, por ejemplo, que Atehortúa fue siempre simple tenedor y no poseedor, desde luego que fue arrendatario del demandante y su esposa Gabriela Ramírez de Avendaño, lo que genera la nulidad contemplada en el artículo 152-8 y 9 del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, se expresa en la demanda que el usucapiente falleció el 26 de agosto de 1975 y en el proceso de su mortuoria fueron reconocidos como interesados su legítima mujer, Aurora Martínez, y sus hijos Libardo, Blanca Aurora y Saúl Enrique Atehortúa Martínez.

Como causales de revisión en que se apoya la demanda, el recurrente señala la primera, la sexta y la séptima, pero como para cuando se presentó el libelo habían transcurrido más de dos años, contados desde la ejecutoria de la sentencia que se revisa, por auto de 11 de abril pasado la Corte declaró que la demanda de revisión sólo se admitía respecto de la causal 7ª.

En el escrito de contestación a la demanda los demandados rechazan la calificación de arrendatario dada al prescribiente Ramón Atehortúa y reafirman su condición de poseedor material por más de 20 años.

Vencido el ciclo probatorio durante el cual se practicaron casi todas las pruebas pedidas por las partes, se concedió término a éstas para presentar sus alegaciones, pero lo dejaron transcurrir sin hacerlo. Es, por tanto, momento oportuno para decidir la causa.

III
Consideraciones

1. Están satisfechos los presupuestos del proceso y no se advierte causa de nulidad que invalide la actuación.

2. De las tres causales de revisión alegadas por el demandante, sólo se estudiará la séptima, pues respecto de las otras había caducado el derecho de alegarlas, como se expresó en el auto admisorio de la demanda.

3. Con las pruebas legalmente aducidas se comprobaron plenamente los siguientes hechos:

a) Para cuando Ramón Atehortúa inició el proceso de declaración de pertenencia sobre el inmueble distinguido con el número 50-A-43 de la

calle 71 de Medellín, su propietaria exclusiva era Gabriela Ramírez de Avendaño (Escritura pública número 3590 de folios 2 y 3 y certificado de 20 años, expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos del Círculo de Medellín, que obra a folio 4, todo del cuaderno 1º);

b) Para cuando se inició este proceso de revisión, Gabriela Ramírez de Avendaño había fallecido y en el proceso de su sucesión aquel inmueble se adjudicó a su esposo, Cirano Avendaño, su único heredero (hijuela de partición con sus correspondientes notas de registro, que obra a folios 5 a 9 del cuaderno 1º);

c) Al momento de presentar su demanda de declaración de pertenencia, Ramón Atehortúa Alzate no podía razonablemente ignorar que la finca que pretendía haber ganado por usucapión, figuraba a nombre de Gabriela Ramírez de Avendaño en los libros de registro de la Oficina de Catastro de Medellín, pues en el certificado que obra a folio 6 del cuaderno principal del proceso de pertenencia y que se adujo por el demandante Atehortúa, se afirma por el empleado que lo expidió, que ella aparece inscrita en los libros de ese despacho como propietaria del mismo inmueble que fue objeto de la declaración judicial de prescripción adquisitiva. Además, en la solicitud que se hizo para la expedición del certificado, se precisa que ese inmueble "parece estar inscrito a nombre de la señora Gabriela Ramírez".

De lo anterior brota la conclusión de que el pretendido usucapiente sabía que Gabriela Ramírez tenía el título de propiedad sobre el inmueble objeto de usucapión, la que se hace inconmovible si se leen las declaraciones de Mary del Socorro Fonnegra (folio 8 vuelto del cuaderno 2º), Fabián Agudelo (folio 11) y Pedro Nel Vargas (folio 12), quienes al unísono testimonian que Ramón Atehortúa y su esposa Aurora Martínez eran arrendatarios del referido inmueble y que, a título de arrendamiento, pagaban a Gabriela Ramírez la suma de $ 950 mensuales, cantidad que, por no menos de dos mensualidades siguió pagando Aurora a Cirano Avendaño, marido de Gabriela, después de muerto Ramón Atehortúa. Y es más, a pesar de que, bajo la gravedad del juramento, la demandada Aurora Martínez repetidamente ha manifestado que no conoce quiénes son Gabriela Ramírez y su esposo Cirano Avendaño, en la copia del acta eclesiástica del matrimonio que aquélla celebró con Ramón Atehortúa el 11 de agosto de 1969 (folio 21 del cuaderno 2), se dejó constancia de que los testigos de esas nupcias fueron precisamente "Cirano Avendaño y Gabriela Ramírez";

d) Viene de lo dicho que Ramón Atehortúa, a sabiendas, adelantó el proceso de pertenencia omitiendo señalar, entre los demandados, a Gabriela Ramírez, única titular del derecho de dominio sobre el inmueble que aquél pretendía haber ganado por usucapión;

e) Afirma el demandante que el proceder notoriamente torcido de Ramón Atehortúa impidió que él, como heredero de su esposa premuerta, pudiera comparecer al proceso de pertenencia para defender el derecho de dominio de su causante. Que como la demanda no fue dirigida contra Gabriela Ramírez o contra sus herederos, ni estos ni aquélla fueron notificados del auto admisorio, ni emplazados debidamente, con lo cual se incurrió en la causal de revisión que contempla el Código de Enjuiciamiento Civil en su artículo 380-7);

f) *Observa la Corte, como se advierte en la especie de esta litis, 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 usucapión. Con ligereza notoria, los jueces dan por satisfecho el requisito exigido en el punto 5 del artículo 413 del Código de Procedimiento 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 en que, de manera expresa, se indiquen las personas que, con relación al específico bien cuya declaración de pertenencia 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 tales.*

Si el certificado del registrador no llena esos requisitos porque, como sucedió en el caso de esta litis y como con frecuencia ocurre en otros procesos, se limita a decir que el interesado no suministró los datos indispensables para localizar la matrícula del fundo y que, por esa razón o por otras, no puede afirmarse quiénes son titulares de derechos reales sobre él, ni puede aseverarse que nadie figure como titular de derechos tales, entonces ese certificado no llena los requisitos exigidos por la disposición precitada,

De lo anterior, resulta que no es lo mismo certificar que se ignora quiénes son titulares de derechos reales principales sobre un inmueble, que certificar que nadie aparece registrado como tal;

g) *Siendo de imperativo cumplimiento el precepto que ordena dirigir la demanda de pertenencia contra quien figure como titular de un derecho real principal sobre el bien objeto de aquélla, resulta patente y justo que no puede emplazarse como a persona indeterminada a quien demuestra ser titular del derecho de dominio pleno, pues por la vía de los edictos sólo pueden ser llamadas al proceso las personas inciertas que eventualmente puedan tener derecho o se crean con él sobre el bien que el demandante alega haber ganado por usucapión.*

Lo anterior, da pie para sostener con firmeza que el curador ad litem *que, llegado el momento, debe nombrarse para que lleve la representación de las personas indeterminadas que fueron emplazadas, no tiene la representación de quien, en los libros de registro de la Oficina de Instrumentos Públicos, aparece como titular de derechos reales principales sobre el bien raíz objeto de la declaración de pertenencia;*

h) *Los jueces no pueden tolerar, y menos propiciar, que los actos u omisiones dolosos, culposos o socarrones de los pretensos usucapientes, tornen en letra muerta la exigencia legal de que la demanda, en el caso del artículo 413 citado, debe dirigirse expresamente contra cada una de las personas que, en los libros de la oficina de registro correspondiente, figuren como titulares de derechos reales principales, que tienen que ser exactamente los mismos a que ha de referirse el certificado del registrador, pues este documento no puede ser otra cosa que un fiel trasunto, un reflejo idéntico de lo que en aquellos libros está registrado.*

Toda maquinación del demandante enderezada a impedir o hacer más difícil que el titular de derechos reales pueda controvertir la demanda y defender su título registrado, debe ser reprobada con energía, pues el proceso tiene que ser limpia lucha en que las partes puedan litigar en igualdad de condiciones, con lealtad y nobleza, procurando solamente la realización de la justicia a través de la aplicación del derecho material;

i) *No dirigir la demanda contra quien es el titular del derecho de dominio, contra quien figura en la oficina de registro como sujeto de derechos reales principales, cuando se sabe quién es esta persona o cuando existe motivo razonable para inferir que el demandante no podía ignorar esa circunstancia, es suceso que comporta ruda agresión al derecho de defensa de quien, si hubiera sido demandado, habría sido legítimo opositor. Esta violación del derecho de defensa se sanciona por el legislador elevando a la categoría de nulidad tal hecho, al preceptuar que el proceso es nulo cuando no se practica en legal forma la notificación o el emplazamiento* de personas que deben ser citadas como parte *(152-9) y al establecer que este episodio genera causa de revisión del proceso (artículo 380-7).*

IV
Resolución

A 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:

1º DECLARA nulo todo lo actuado, a partir del auto admisorio de la demanda inclusive, en el proceso que ante el Juez Quinto Civil del Circuito de Medellín adelantó Ramón Atehortúa Alzate, que culminó con sentencia de primera instancia calendada el 28 de julio de 1975, confirmada por la que pronunció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 27 de noviembre siguiente.

2º CONDÉNASE a los herederos de Ramón Atehortúa Alzate a pagar a Cirano de Jesús Avendaño los perjuicios sufridos por éste, por la mala fe con que procedió Ramón en el proceso de pertenencia. Hágase la liquidación siguiendo el trámite señalado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

3º CONDÉNASE a los herederos de Ramón Atehortúa Alzate a pagar las costas de este proceso de revisión.

4º Al Registrador de Instrumentos Públicos de Medellín, envíese copia de esta sentencia, para que cancele los registros hechos con fundamento en los fallos dictados en el proceso de pertenencia que ahora se anula.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese el expediente.

Alberto Ospina Botero, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Ricardo Uribe-Holguín, Hugo Vela Camelo.

Carlos G. Rojas Vargas
Secretario.

ARRAS

Noción. — Clasificación. — Arras de retractación, requisitos. — Efectos de acuerdo a la clase a que pertenecen; aplicación a diferentes contratos.

Excepción de contrato no cumplido. En los contratos bilaterales las partes deben cumplir las obligaciones contraídas en la forma y en el orden convenidos.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Bogotá, D. E., diciembre 11 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por la parte demandante principal contra la sentencia de 30 de marzo de este año, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso de Salvador Mahecha Bustos contra Alvaro Fonseca Quintana.

Antecedentes

I. Mediante libelo de 20 de marzo de 1975, que por repartimiento le correspondió al Juzgado Segundo Civil del Círculo de Bogotá, solicitó el mencionado demandante que se hiciesen las declaraciones siguientes:

Principales:

a) Que se declare que el demandado Alvaro Fonseca Quintana está "obligado a cumplir en su totalidad lo pactado en la promesa de compraventa" celebrada con Salvador Mahecha Bustos el 18 de diciembre de 1973 y adicionada el 28 de marzo de 1974, referente a un bien raíz ubicado en la ciudad de Bogotá;

b) Que como consecuencia de la declaración precedente, se disponga que el demandado está "obligado a otorgar en la Notaría Trece de este Círculo la escritura pública correspondiente que solemnice lo pactado en la promesa bilateral de que trata la petición anterior";

c) Que se condene al demandado al pago de los perjuicios ocasionados al demandante con el incumplimiento de la promesa de contrato de compraventa, así como de las costas del proceso.

Subsidiarias:

a) Que se declare resuelto por incumplimiento del demandado, el contrato de promesa de compraventa;

b) Que como consecuencia, se condene al demandado a restituirle al demandante la suma de ciento veintisiete mil pesos ($ 127.000.00), que aquél recibió con motivo del aludido negocio;

c) Que se condene igualmente al demandado a pagar al demandante la suma de ciento veintisiete mil pesos ($ 127.000.00), "a título de arras penitenciales";

d) Que se condene al demandado al pago "de todos los perjuicios ocasionados con el incumplimiento" del contrato;

e) Que en el evento de que no prospere la súplica subsidiaria contenida en el literal c) anterior, se condene al demandado a pagar al demandante el interés corriente sobre las sumas de dinero que aquél recibió por razón de la promesa de contrato;

f) Que se condene al demandado al pago de las costas del proceso.

II. Como supuestos de hecho de la pretensión, el libelista refiere los que a continuación se resumen:

a) El 18 de diciembre de 1973 se celebró un contrato de promesa de compraventa entre Sal-

vador Mahecha Bustos y Alvaro Fonseca Quintana, mediante el cual el primero prometió vender y el segundo comprar el apartamento distinguido con el número 302, del edificio llamado "Paola", ubicado en esta ciudad de Bogotá en la calle 54 número 9-28 y delimitado como se indica en la demanda;

b) Los contratantes acordaron como precio del inmueble la suma de $ 315.000.00, "de los cuales el prometiente comprador entregó, en la misma fecha del contrato, a título de arras, la suma de ciento quince mil pesos ($ 115.000.00). El saldo se pagaría a la firma de la escritura";

c) Se pactó que la escritura pública respectiva se suscribiría el 29 de marzo de 1974, agregándose que para el evento en que no se hiciera en esa fecha, "ese día se haría entrega material del inmueble";

d) Mas, como sucedió que para la mencionada fecha no se encontraban terminados ni el edificio, ni el apartamento, "se acordó una prórroga que las partes contratantes firmaron el 28 de marzo de 1974. En dicho pacto adicional, el prometiente vendedor, se obligó también a vender uno de los garajes del edificio, que corresponde al número SI-01", por la suma de treinta y cinco mil pesos ($ 35.000.00), de los cuales el prometiente vendedor recibió en dicha fecha la cantidad de doce mil pesos ($ 12.000.00), a título de arras, y el saldo se pagaría el día en que se le entregara al prometiente comprador el apartamento número 302";

e) "En la cláusula undécima de la edición a la promesa, se acordó: 'Las partes contratantes convienen en prorrogar el plazo del apartamento en un término que no excederá del día viernes 26 de septiembre del presente año de 1974' ";

f) "En la cláusula decimaquinta, se acordó: 'La escritura que contenga el perfeccionamiento de la compraventa, se otorgará ante el Notario Trece del Círculo de Bogotá, a más tardar el día viernes 28 de septiembre del presente año de 1974, antes de las cinco de la tarde' ";

g) "De conformidad con la cláusula decimosexta, el prometiente vendedor, se obligó a presentar ante el Notario, el certificado de paz y salvo del predial del apartamento y el garaje, en el momento de solemnizar el contrato";

h) "Se acordó en la cláusula decimonovena, que el prometiente vendedor, entregaría al prometiente comprador, dentro de los 60 días siguientes a la fecha de la prórroga, los documentos idóneos para establecer la situación jurídica de los bienes materia de la promesa.";

i) "En las cláusulas novena y decimoquinta del pacto adicional, se cometió un error: decir que el 28 de septiembre era viernes. Pero la intención de las partes fue fijar un día concreto: *un viernes*. De lo contrario no se hubiera establecido que antes de las cinco de la tarde, pues hecho notorio que los sábados, las notarías no trabajan";

j) Y tan cierto era lo anterior, que antes de las 5 de la tarde del viernes 27 de septiembre se encontraron las partes contratantes en la Notaría Trece de Bogotá, y acordaron que por no estar terminado el edificio "se prorrogaba nuevamente la fecha de la entrega del apartamento, del garaje y la firma de la correspondiente escritura";

k) Empero, el prometiente vendedor "no cumplió el compromiso verbal, según el cual la prórroga se haría constar por escrito, el día lunes siguiente" y más bien acudió al cómodo sistema "de presentarse el día sábado 28 de septiembre de 1974 en la Notaría Trece de este Círculo Notarial, y dejar la declaración unilateral contenida en la Escritura pública número 2920. Allí declaró, que estaba dispuesto a otorgar la escritura del apartamento, sin hablar del garaje". Junto con esta declaración, se protocolizó un certificado expedido por la Tesorería Distrital, a favor de Fonseca A. Jorge, sobre el inmueble situado en la calle 54 número 9-32. "No se protocolizó ningún certificado catastral del apartamento y del garaje, dado que se hallan sometidos al régimen de propiedad horizontal";

l) A pesar del artificio de acudir a la Notaría y sentar allí las declaraciones de que da cuenta la mencionada Escritura número 2920, el prometiente vendedor incumplió con las obligaciones de su cargo y por el contrario el prometiente comprador siempre ha estado dispuesto a cumplir con las suyas.

III. El demandado respondió aceptando unos hechos y negando otros, por lo que se opone a lo suplicado por el actor, pero pidiendo que debe decretarse la resolución del contrato, con motivo del incumplimiento por parte del demandante.

IV. Por separado, el opositor formuló demanda de reconvención en la que solicita que se declare resuelto el contrato de promesa de compraventa descrito, se condene al demandado Mahecha al pago de $ 127.000.00 a título de arras y se declare como legítima la retención de igual suma recibida por el libelista, también a título de arras. Solicita además condena por perjuicios causados con el incumplimiento del contrato y las costas del proceso.

V. *La causa para pedir consiste:*

a) El 18 de diciembre de 1973 celebró con Salvador Mahecha un contrato de promesa de compraventa, respecto del apartamento número 302 del edificio Paola, ubicado en la calle 54 Nº 9-28, sometido al régimen de propiedad horizontal, y se acordó como precio del bien la suma de $ 315.000.00, que el citado Mahecha en su calidad de prometiente comprador se obligó a pagar así: la suma de $ 115.000.00, a la firma del documento, los cuales recibió el prometiente vendedor Fonseca Quintana y, el saldo restante, se comprometió a pagarlos al momento del otorgamiento y firma de la correspondiente escritura de compraventa;

b) Mediante la cláusula cuarta de la promesa acordaron las partes que lá escritura respectiva se otorgaría el 29 de marzo de 1974;

c) En la cláusula sexta de la citada promesa se estipuló que "los ciento quince mil pesos ($ 115.000.00) se recibían a título de arras de las establecidas en el artículo 1859 del Código Civil, es decir, las denominadas arras penales";

d) Más tarde, el 28 de marzo de 1974, los contratantes "ampliaron, aclararon y adicionaron la promesa inicial de contrato de compraventa", pues convinieron en prorrogar el plazo para el otorgamiento y firma de la escritura y al efecto señalaron el 28 de septiembre de 1974;

e) En el mismo pacto adicional, el prometiente vendedor "se obligó a transferir a título de venta al prometiente comprador el garaje marcado con el número SI-01 del mismo edificio Paola". Se acordó en $ 35.000.00 el precio del referido garaje, de los cuales al prometiente comprador se obligó a entregar a su prometiente vendedor la suma de $ 12.000.00, a título de arras, y así lo hizo;

f) En la cláusula catorce de la promesa, el prometiente vendedor "se comprometió a hacer las respectivas escrituras el día en que el prometiente comprador efectuara el pago total del saldo del precio y luego en la cláusula decimoquinta (15) se pactó que el perfeccionamiento de la compraventa, es decir, la firma de la escritura se otorgaría el 28 de septiembre de 1974 ante la Notaría Trece de Bogotá";

g) "En la cláusula decimosexta (16) tanto el promitente vendedor como el promitente comprador se obligaron a presentar ante el respectivo notario los paz y salvos de renta y predial para el perfeccionamiento de la escritura, lo cual cumplió a cabalidad mi mandante, no así el señor Salvador Mahecha Bustos";

h) "El día 28 de septiembre de 1974 dentro de las horas hábiles compareció a la Notaría Trece del Círculo de Bogotá el promitente vendedor doctor Alvaro Fonseca con el ánimo dispuesto a otorgar a favor del señor Salvador Mahecha la escritura de compraventa del inmueble materia de la promesa de contrato y en vista del incumplimiento y de la no comparecencia del promitente comprador, en la fecha y notaría señaladas tuvo que hacer ante el notario la declaración número 2920 y en la cual consta que presentó en regla los documentos necesarios para el otorgamiento de la referida escritura así:

"a) Certificado de paz y salvo número 1202348 expedido por la Administración de Impuestos Nacionales el día 4 de septiembre de 1974 y válido hasta el 5 de diciembre del mismo año, con el cual demostró estar a paz y salvo con el Tesoro Nacional por concepto de impuesto sobre la renta y complementarios y cumpliendo por lo tanto con la cláusula decimosexta (16) de la promesa de compraventa;

"b) Certificado número 419134 expedido en la Tesorería del Distrito Especial de Bogotá el 28 de mayo de 1974 y válido hasta el 31 de octubre del mismo año y que corresponde al Registro catastral número 54-7-7 perteneciente al doctor Alvaro Fonseca y que por falta de actualización del catastro para esa época aparecía todavía a nombre del señor Jorge Fonseca aunque como se demuestra con el certificado de libertad es de exclusiva propiedad de mi mandante, este motivo en nada impide la celebración de la escritura de compraventa ni limita el derecho de posesión y propiedad que sobre el inmueble tiene mi mandante. En esta forma se dio una vez más cumplimiento a lo pactado en la ya citada cláusula dieciséis (16) de la promesa de venta";

i) Al momento en que debía otorgarse la escritura de venta, el inmueble objeto del negocio se encontraba libre de todo gravamen, tal como se desprende del certificado de propiedad, dando cumplimiento así a la cláusula quinta de la promesa de contrato;

j) Para el día 28 de septiembre de 1974, fecha fijada por las partes prometientes para suscribir la correspondiente escritura pública, el prometiente comprador no se presentó a la Notaría a cumplir con las obligaciones de su cargo, con motivo de que no había logrado obtener el certificado de paz y salvo sobre el impuesto de renta y patrimonio, ni tenía la suma de dinero que se requería para cancelar el saldo del precio;

k) Después de haberse vencido el plazo anterior, el cual era improrrogable, las partes no

pactaron luego, ni en forma verbal, ni por escrito un nuevo plazo, pues la inequívoca intención de las partes fue la de formalizar el contrato de promesa, o sea, de suscribir la escritura pública el 28 de septiembre de 1974. Y para esta fecha, el prometiente vendedor Alvaro Fonseca "tenía terminado por completo el apartamento y el garaje y estaba por lo tanto en condiciones de ser habitado normalmente, cumpliendo así con la cláusula duodécima";

l) El prometiente vendedor Fonseca Quintana, no sólo se encuentra inscrito ante la Superintendencia Bancaria, entidad que supervigila a los constructores, sino que ésta por Resolución número 01601, de 6 de junio de 1974, lo autorizó para enajenar los apartamentos ubicados en la calle 54 números 9-26/28/30. Por consiguiente, para el 28 de septiembre del mismo año, Fonseca había cumplido con todos los requisitos exigidos por la ley y la Superintendencia en lo atinente a planes de vivienda;

ll) Ante las autoridades respectivas, el prometiente vendedor y constructor Alvaro Fonseca solicitó los servicios de energía, de acueducto y de alcantarillado, fuera de la autorización para construir, y al efecto tales solicitudes le fueron concedidas;

m) En el hecho 27 refiere el libelista que el edificio "Paola" fue construido en dos etapas, la primera comprendió 15 apartamentos y la segunda 5. Es ésta la razón para que la licencia de construcción y la solicitud a la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá aparezcan con ampliaciones posteriores, aunque el apartamento y garaje prometidos en venta a Mahecha estaban comprendidos dentro de la primera etapa;

n) Es importante resaltar, expresa en otro hecho el contrademandante, que el documento de promesa fue elaborado al parecer por Mahecha Bustos o por su abogado, cuyas contradicciones y confusiones cometidas en sus cláusulas iban orientadas a engañar al otro contratante, como por ejemplo, expresarse en él que la escritura pública debía otorgarse "el viernes 28 de septiembre de 1974" siendo que la fecha real o verdadera pactada, fue el 28 de septiembre de ese año;

ñ) Finalmente, afirma el libelista que ninguna incidencia tiene que en la Tesorería Distrital aparezca el inmueble, para efectos de pago de impuesto predial a nombre de otra persona, puesto que con ello no se comprueba que Alvaro Fonseca sea el propietario. "A más de esto la costumbre general es que dicho registro catastral se solicita posteriormente a la venta".

VI. El contrademandado respondió aceptando algunos hechos, negando otros, oponiéndose a las súplicas y formulando la excepción de contrato no cumplido.

VII. Impulsado el proceso, la primera instancia terminó con sentencia de 16 de marzo de 1977, en la que se dispuso:

"Primero: *denegar* las pretensiones principales y subsidiarias contenidas en el libelo demandatorio inicial presentado por el señor Salvador Mahecha Bustos.

"Segundo: *acceder* a las pretensiones del escrito de reconvención formulado por el señor Alvaro Fonseca Quintana, y por lo mismo se declara resuelto el contrato de promesa de venta celebrado por él con Salvador Mahecha Bustos el 18 de septiembre de 1973, con las reformas introducidas el 28 de marzo de 1974.

"Tercero: en consecuencia se declara legal la retención por parte del promitente vendedor Alvaro Fonseca Quintana de los $ 127.000.00 recibidos como arras confirmatorias penales a la firma de la promesa de venta y su adición.

"Cuarto: cancélase la inscripción de la demanda. Ofíciese al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados.

"Quinto: costas del proceso a cargo del señor Salvador Mahecha Bustos".

VIII. Inconforme la parte demandante principal con la resolución precedente, interpuso el recurso de apelación, habiendo terminado la segunda instancia con fallo de 30 de marzo de este año, mediante el cual se confirmó el del *a quo*, motivo por el cual la misma parte interpuso el recurso extraordinario de casación, de que ahora se ocupa la Corte.

La sentencia impugnada

Enunciados los antecedentes del litigio, expresa en seguida el *ad quem* que de los presupuestos de hecho referidos en la demanda principal y en la de mutua petición, se desprende que los litigantes se acusan recíprocamente del incumplimiento del contrato de promesa de venta entre ellos ajustado.

Adentrándose en el análisis de los elementos de convicción, dice el sentenciador que el "18 de diciembre de 1973, Alvaro Fonseca Quintana y Salvador Mahecha Bustos celebraron un contrato de promesa de venta, mediante el cual el primero de los nombrados se comprometía a vender al segundo el apartamento número 302 que hace parte del edificio 'Paola', distinguido con la no-

menclatura urbana bajo el número 9-28 de la calle 54 de Bogotá".

Transcritas por el juzgador de segundo grado las cláusulas tercera, cuarta y sexta del contrato de promesa, agrega que "con fecha 28 de marzo de 1974, las partes contratantes que celebraron el contrato de promesa de compraventa que antecede, convinieron en aclararlo, para transferir también al prometiente comprador, el dominio y posesión del garaje marcado con el número SI-01 del mismo edificio 'Paola', por la suma de $ 35.000.00 moneda corriente, los cuales serían cancelados así: la suma de $ 12.000.00 en la fecha de la adición del contrato, a cuenta del precio y a título de arras, y el saldo el día en que el prometiente vendedor le entrega, a su entera satisfacción, el apartamento número 302, prometido en venta. Prorrogar el plazo de entrega del apartamento; el otorgamiento de la escritura pública que transfiere el bien en cuestión, ante el Notario Trece del Círculo de Bogotá, a más tardar el día 28 de septiembre de 1974, antes de las cinco de la tarde y otras cláusulas más".

Más adelante y regresando el *ad quem* a la cuestión controvertida, afirma que "por medio de promesa de compraventa, fechada el 18 de diciembre de 1973, las partes acordaron en la cláusula 4ª, que ésta se formalizaría mediante escritura pública de compraventa que debería otorgarse el día 29 de marzo de 1974 (cuaderno principal, folio 1º).

"Posteriormente, la promesa anterior fue adicionada por medio del escrito que corre al folio 3 del mismo cuaderno, fechada el 28 de marzo de 1974, y, en cuya cláusula decimoquinta se expresó textualmente: 'La escritura que contenga el perfeccionamiento de la compraventa se otorgará ante el Notario Trece del Círculo de Bogotá *a más tardar el día viernes 28 de septiembre del presente año de 1974, antes de las cinco de la tarde (5 P. M.)*'.

"Llegado el día señalado por las partes, para el otorgamiento de la escritura pública correspondiente, el vendedor Alvaro Fonseca Quintana, se presentó a la Notaría respectiva, y transcurrido el tiempo señalado por los promitentes vendedor y comprador, para que dentro de él se extendiera la escritura pública correspondiente, con miras a la formalización legal de la promesa anteriormente indicada, al no haberse presentado el comprador Salvador Mahecha Bustos, el Notario procedió a extender la Escritura pública número 2920 de fecha 28 de septiembre de 1974, por medio de la cual hace constar según su tenor literal, que el señor Alvaro Fonseca Quintana, estuvo pronto a cumplir con las obligaciones a su cargo, emanadas de los acuerdos de voluntad contenidos en la promesa adicionada, anteriormente enunciada, sin que el comprador hubiera estado atento a cumplir con las obligaciones a su cargo.

"Si el contrademandante Fonseca Quintana concurrió en la fecha indicada a cumplir con las obligaciones a su cargo, y el otro contratante no lo hizo en esta forma, implica el anterior planteamiento, a términos de la escritura citada, que el vendedor no estuvo presto a cumplir en la forma y términos acordados por las partes contratantes".

Añade el sentenciador a lo antes expresado, que la parte demandante principal no demostró "el presunto convenio verbal de que da cuenta la demanda, además existe una abierta contradicción entre lo declarado por los testigos Fernando Lince y Julio César Suárez, en la ratificación de sus testimonios (folios 57 y siguientes), pues ellos afirman que el convenio se hizo en su presencia y el señor Salvador Mahecha Bustos, en el careo, sostiene que el pacto se efectuó por teléfono".

Pasando al examen de la pretensión contenida en la demanda de mutua petición, el Tribunal dice que mediante ella Fonseca Quintana solicita la resolución del contrato de promesa celebrado con Mahecha Bustos, por incumplimiento de éste con sus obligaciones.

En seguida afirma el sentenciador *ad quem* que "se estableció que la escritura pública de transferencia se llevaría a cabo el día 29 de marzo de 1974, pero un día antes los contratantes convinieron en ampliar el plazo para el otorgamiento de este documento público, en su cláusula decimoquinta, para septiembre 28 del mismo año. Llegado este día, el señor Alvaro Fonseca Quintana se presentó a la Notaría convenida al otorgamiento de la escritura mencionada, previsto de todos los documentos exigidos para esta clase de actos, y estuvo esperando que el señor Salvador Mahecha se presentara con igual objeto, pero éste no concurrió. Todo esto consta en el acta de presentación elevada a escritura pública señalada con el número 2920 de fecha 28 de septiembre de 1974, que en copia expedida por el Notario Trece obra en el cuaderno número 2. Quedó así plenamente comprobado que el señor Salvador Mahecha no cumplió el contrato de promesa de compraventa. Lo que implica que debe prosperar la demanda en que se solicita la resolución de dicho contrato. Es decir, por este aspecto, debe confirmarse la sentencia impugnada, al prosperar la reconvención".

Ocupándose el Tribunal de otros aspectos, dice que "en el contrato de promesa de compraventa se estableció como pena, la suma de $ 127.000.00 moneda corriente, dada como arras al promitente vendedor, para el caso de que alguna de las partes no cumpliera lo pactado, como lo establece el artículo 1859 del Código Civil.

"Es indudable que cuando se ejercita la acción de resolución de un contrato, el demandante tiene derecho a la indemnización de perjuicios correspondientes (artículo 1546 ibídem). Esa indemnización de perjuicios puede estimarse dentro del mismo contrato en una cuantía determinada fijándola en una multa por el incumplimiento. Para que la multa pueda cobrarse independientemente de los perjuicios, es necesario que así se exprese en el contrato, y si esto se ha hecho, se pueden cobrar acumulativamente ambas acciones.

"Aplicando lo anterior, se tiene que en el presente caso, la condenación en perjuicios al demandado en la reconvención debe limitarse al pago de las arras de que trata dicho documento, o sea, la suma de $ 127.000.00.

" 'En caso de comprobarse incumplimiento del contrato de promesa, y cuando se ha elegido la acción resolutoria, no habría lugar para una condena a daños y perjuicios determinables en el pleito, con intervención de peritos, sino que deberá atenerse la solución del problema al pago de las arras penales, aplicando por analogía el artículo 1600, cuando la parte interesada ha pedido la resolución del contrato con la consiguiente indemnización de perjuicios, la cual, como es obvio, está fijada en el pacto de arras' (casación, 6 de octubre de 1953, LXXVI, 521)".

La impugnación

Contra la sentencia del Tribunal formula el recurrente cuatro cargos, el primero por la causal segunda y los restantes por la primera.

Cargo primero. Mediante éste acusa el fallo de ser incongruente, pues el juzgador de segundo grado no decidió sobre la excepción de contrato no cumplido que propuso la parte reconvenida respecto de las súplicas formuladas en la demanda de reconvención, las cuales fueron despachadas favorablemente por el sentenciador. Por consiguiente, concluye el casacionista, la sentencia del Tribunal quebrantó los artículos 304, 305 y 306 del Código de Procedimiento Civil.

Se considera

1. Es principio legal, orientado a lograr decisiones armónicas y plenas respecto de los extremos planteados en un litigio, que la sentencia que en él se profiera se encuentre en consonancia con las súplicas aducidas en la demanda y con las excepciones formuladas por el demandado, porque de lo contrario puede producirse una decisión incongruente, como cuando resuelve concediendo más de lo pedido, o sobre extremos que no han sido materia del litigio, o deja de proveer sobre puntos de la demanda o sobre las excepciones propuestas.

2. Cuando el fallo pronunciado por el Tribunal no se sujeta a la pauta legal de ser armónico o consonante con lo pedido por las partes, y se trata de una decisión atacable mediante el recurso extraordinario de casación, la causal segunda tiene por objeto la enmienda de ese singular vicio de procedimiento, pues dicha causal tiene la vía expédita a términos del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, cuando la sentencia no está "en consonancia con las pretensiones de la demanda o las excepciones propuestas por el demandado".

3. Dentro de las diferentes hipótesis en que un fallo incurre en incongruencia está el de dejar sin decidir algún punto de la demanda o de las excepciones. Esta desarmonía, que la doctrina también llama *minima petita,* como se acaba de ver, no sólo tiene lugar cuando el sentenciador omite resolver sobre las súplicas aducidas en la demanda, sino también sobre los medios exceptivos planteados por el demandado.

4. Empero, en lo atinente al pronunciamiento de las excepciones, conviene observar que no en todo evento en que el fallador de manera expresa no se pronuncia sobre ellas, tal hecho conduzca inexorablemente a configurar un yerro *in procedendo* en la modalidad de *minima petita.* Porque, según el fuerte vínculo jurídico que exista entre la pretensión y la excepción, es fácil observar que decidida la primera ha quedado igualmente resuelta la segunda. Así por ejemplo, si se pide la resolución de un contrato y respecto de esta pretensión el demandado formula la excepción de contrato no cumplido y el juzgador declara la resolución por haber cumplido el actor y haber incumplido el opositor, tal pronunciamiento implica rechazo de la excepción. Así lo tiene sentado la doctrina de la Corte, cuando ha dicho que no puede hablarse de incongruencia en la especie de *minima petita,* si el fallo, al decidir favorablemente las súplicas de la demanda comporta decisión de repulsa a la excepción alegada. En efecto, ha sostenido la Corporación que "si un fallo en su parte resolutiva decide toda la cuestión litigiosa, en forma que la resolución abarca

la materia misma de la excepción alegada, aunque expresamente no se haya referido a ésta, no por ello puede decirse que el pronunciamiento sea deficiente u omiso" (casación civil, 20 de septiembre de 1963, CIII, 144).

5. Si frente a la súplica de resolución del contrato de promesa de compraventa, contenida en la demanda de reconvención, el demandado en ésta formula la excepción de contrato no cumplido, y el Tribunal, con fundamento en que el actor cumplió con sus obligaciones y el opositor incumplió con las suyas, decretó la resolución del negocio jurídico, tal decisión abarca la excepción alegada.

Por consiguiente, no prospera el cargo.

De los tres cargos restantes, la Corte contrae su estudio al cuarto, por estar llamado a prosperar.

Cargo cuarto. Mediante éste denuncia quebranto indirecto de los artículos 1492, 1600, 1546, 1859, 1914, 1915 del Código Civil, por aplicación indebida; 1524, 1594, 1595, 1599, 1602, 1603, 1604, 1618, 1619, 1620, 1621, 1622, 1609, 1615 del Código Civil y 89 de la Ley 153 de 1887, por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho cometidos por el Tribunal en la estimación de las pruebas.

En el desarrollo del cargo, el censor le achaca al *ad quem* los yerros fácticos siguientes:

a) Erró en la apreciación de la declaración unilateral hecha por Alvaro Fonseca Quintana, consignada en la Escritura pública número 2920 de 28 de septiembre de 1974 de la Notaría Trece del Círculo de Bogotá, ya que en ella no se expresa la hora en que se presentó el citado declarante, ni allí se afirma que estaba dispuesto a transferir el dominio del garaje, ni presentó el reglamento de propiedad horizontal, ni póliza o minuta. Esta declaración no tiene otra finalidad que crearse el citado Fonseca un medio de prueba "para apropiarse de la suma de $ 127.000.00 que recibió" de Mahecha Bustos;

b) Igualmente, erró en la interpretación del contrato de promesa de compraventa, "al no tener en cuenta su conjunto unitario y orgánico, pues lo desnaturaliza en su fidelidad objetiva";

c) Así mismo erró el sentenciador de segundo grado al no percatarse del requerimiento judicial que se le hizo a Alvaro Fonseca Quintana y de las comunicaciones de 15 de octubre y noviembre de 1974, las cuales ponen de presente que el edificio en donde se encuentra el apartamento a que se refiere la promesa, "no tenía servicio de luz, ni servicio de acueducto, comunicaciones éstas que es necesario armonizarlas con las cláusulas 12 y 17 del contrato";

d) También incurrió en error el sentenciador *ad quem* "al no tomar nota de la existencia de las comunicaciones que obran a los folios 43 y 46 del cuaderno 2º, de 6 de octubre de 1975, y 25 de septiembre del mismo año, suscritas por el sub-Gerente Administrativo de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, y Secretario General del Acueducto y en donde consta: que el 3 de enero de 1975, existían servicios de energía clandestinos, que sólo el 14 de febrero de 1975, se contrataron los servicios para el edificio y que sólo en mayo de 1975, se instaló el servicio de contador y que el servicio de agua que tenía el edificio también era clandestino. Cláusulas 12 y 17 del contrato. Prueba plenamente que el viernes 27 de septiembre de 1974, el edificio no tenía servicios de luz y agua, y mucho menos el apartamento materia del negocio jurídico";

e) Otro yerro del Tribunal consiste en no haber tenido en cuenta el testimonio de Helmut Ricardo Boeger Cabo en cuanto éste expresa que a principios de 1974 el edificio se encontraba en obra negra y que en esas condiciones permaneció hasta el año de 1975. Y lo propio ocurrió con relación al testimonio de Hernando Barrera Alsina, el cual declara que el edificio "Paola", en la última semana del mes de septiembre de 1974, "no estaba terminado, no tenía ascensores, tenía una puerta de lata, sus sanitarios se hallaban en cajas, no podía ser habitado, e igualmente los garajes no estaban en servicio, porque la entrada se hallaba llena de arenas";

f) "Erró de hecho el Tribunal, al no percatarse de los testimonios de Julio César Suárez y Fernando Lince Villa, que obra a los folios 57 y 58 del cuaderno 1º, y según los cuales les consta que el doctor Salvador Mahecha Bustos habló con un señor que no conocían y era el vendedor sobre la prórroga para la firma de la escritura por no estar el departamento, ni el garaje terminado. Concuerda con el interrogatorio de parte del demandado que admite estuvo en la Notaría el *viernes 27* de septiembre de 1974, y a la respuesta al hecho 11 de la demanda, folio 30, ordinal 11";

g) Así mismo cometió yerro fáctico el Tribunal al no tomar en cuenta la comunicación oficial según la cual el servicio de energía del edificio Paola "quedó funcionando normalmente el 7 de mayo de 1975".

En procura de demostrar los errores que se dejan enunciados, el censor a continuación hace las reflexiones siguientes y formula otros yerros:

1ª A pesar de que en la cláusula 15 se convino por los promitentes contratantes que la escritura se otorgaría "un día viernes, antes de las cinco de la tarde", el promitente vendedor Alvaro Fonseca Quintana se presentó a la Notaría el sábado 28 de septiembre de 1974. Para el Tribunal este hecho demuestra que el mencionado Fonseca Quintana estuvo dispuesto a cumplir y que el incumplido fue Mahecha Bustos. Mas no quiso "percatarse del error cometido en las cláusulas 10 y 15 del pacto preliminar, que objetivamente demuestran que la intención de las partes fue fijar un día viernes para la celebración del contrato definitivo, o en su defecto, que la *época,* no quedó precisada con claridad, y que en tales condiciones, el prometiente vendedor no podía a su arbitrio desconocer el contenido contractual, dado el citado error de que el día viernes era 27 y no 28 de septiembre. Tal declaración contenida en la citada escritura no es prueba de cumplimiento, ni del incumplimiento: sólo demuestra que el precitado promitente vendedor se presentó en la Notaría, pero nada acredita que tal declaración sea *sincera,* pues se trata de una afirmación definida, que no puede tener una naturaleza distinta. El error de hecho del Tribunal es manifiesto, y como consecuencia del mismo, se condenó al prometiente comprador a perder la suma de $ 127.000.00 moneda corriente". Y agrega que interpretado de conjunto el contrato, se concluye que la intención de las partes fue fijar un viernes hasta las cinco de la tarde y no un sábado, como quiera que "el comercio jurídico indica que nadie fija los sábados para firmar escrituras antes de las cinco de la tarde".

2ª De los hechos y las pruebas antes analizadas, el censor deduce:

a) El apartamento materia de la promesa de compraventa se encontraba en obra negra para el 27 de septiembre de 1974, o sea, no estaba terminado;

b) No tenía servicios de luz y agua, y

c) El garaje tampoco estaba terminado.

3ª Pasó por alto el Tribunal la cláusula 19 del contrato de promesa, como la confesión contenida en "el hecho 11 (sic) de la demanda". También pasó por alto el pacto contenido en la cláusula 17, que señala obligaciones no cumplidas por Fonseca Quintana.

4ª Con motivo de los anteriores yerros fácticos reseñados, el Tribunal incurrió en otro consistente en sostener, al igual que el *a quo,* que la promesa de contrato sólo impuso a las partes la obligación de otorgar el instrumento público respectivo, cuando la convención imponía otras.

5ª Más adelante expresa el censor que erró de hecho el Tribunal en la interpretación del contrato de promesa al calificar de incumplido a Mahecha Bustos, siendo que éste fue el único que cumplió primero con lo de su cargo, pues en desarrollo de las cláusulas 3ª y 10 entregó las cantidades de $ 115.000.00 y $ 12.000.00, a cuenta del precio del apartamento y el garaje. Al imponer el *ad quem* la sanción al promitente comprador de perder la totalidad de los montos que se acaban de relacionar, siendo que el derecho de retractación de las arras había caducado según se desprende de la fecha del contrato, quebrantó las normas sustanciales que indica en la censura y que se refieren a las arras de retractación.

6ª Se pregunta luego el censor: ¿qué obligación se le podía exigir a Mahecha Bustos respecto de la cual éste estuviese en mora? Responde que ninguna. Así hubiera concluido el Tribunal si hubiera interpretado correctamente las cláusulas del contrato y los otros medios de convicción ya analizados.

7ª Por último, el censor, a manera de síntesis, dice que el Tribunal cometió error de hecho "al decir que Fonseca Quintana cumplió con lo pactado en el contrato preparatorio; hay error de hecho al afirmar el Tribunal que Mahecha Bustos no cumplió lo pactado en dicho acto; hay error de hecho al determinar que el día en que debía firmarse la compraventa era el sábado 28 de septiembre de 1974, cuando la cláusula 15, indica claramente que el día es *viernes antes de las cinco de la tarde.* Hay error de hecho al no percatarse el Tribunal de que el apartamento, ni el garaje se hallaban terminados, no tenían luz, ni agua y que por consiguiente, no podía ser habitado y usado para los fines perseguidos por el comprador. Esos errores los cometió el Tribunal, porque ignoró los medios de prueba, el contenido objetivo de las cláusulas contractuales, y le atribuyó al documento del folio 28 del cuaderno primero un alcance probatorio que no tiene, dedujo del mismo hechos que no demuestra, como ya se observó. Como consecuencia de esos errores evidentes en los autos, el Tribunal quebrantó los textos legales señalados al comienzo de este cargo, y dictó un fallo contrario a derecho, a la ley y la justicia, y dio un premio a la mala fe contractual como si pudiera considerarse que existe buena fe en quien se aprovecha de un error en perjuicio de otro de los contratantes".

Se considera

1. En el cargo que se deja resumido, el censor ataca la sentencia del Tribunal en el campo legal,

en dos aspectos fundamentales: a) en la aplicación que hizo el *ad quem* de las normas sustanciales atinentes a las arras y a la cláusula penal, y b) que no dándose los presupuestos de la pretensión resolutoria contenida en la demanda de reconvención y existiendo los de la pretensión de cumplimiento consignada en la demanda principal, quebrantó las otras disposiciones que indica la acusación.

2. *Siguiendo el orden de la censura, se tiene que la institución de las arras, cuyo origen se remonta a la época del derecho romano, mirada desde el ángulo general, se ha entendido por tal la entrega de una cosa, generalmente de dinero, que hace uno de los contratantes al otro, en señal de un contrato que se celebra y con cualquiera de los tres fines siguientes:*

a) De confirmar simplemente el contrato (arras confirmatorias);

b) De confirmar y garantizar su ejecución (arras confirmatorias penales), y

c) De poder desistir del contrato (arras de retractación).

3. *La noción precedente ha permitido que la doctrina foránea y nacional distinga tres especies de arras.* Arras simplemente confirmatorias, *o sea, entregadas como prueba simbólica o señal de la confirmación del contrato. En este caso, si el contrato se realiza, las arras deben restituirse a quien las dio, o imputarse a buena cuenta del precio; si no se realiza, la parte inculpable, tiene derecho a la indemnización de perjuicios mediante la liquidación judicial correspondiente.* Arras confirmatorias penales, *esto es, las dadas por uno de los contratantes al otro como liquidación anticipada de los perjuicios, en cuyo caso la estipulación tiene los caracteres de la cláusula penal. Las partes no pueden apartarse del compromiso contractual; en caso de incumplimiento de una de ellas, la que las haya recibido, si no ha tenido culpa en la inejecución del contrato, puede elegir como en la cláusula penal entre exigir el cumplimiento de éste o apropiarse de las arras. En cambio, la parte que lo incumple no puede, como en las arras de retractación, imponer a la otra uno u otro extremo.* Arras de retractación, *también denominadas de desistimiento o penitenciales, son aquellas en que la prenda se ha dado con la intención de ofrecer a cada una de las partes un medio de desistir del contrato, sujetándose a la siguiente penalidad o sanción: quien las ha entregado puede retractarse perdiéndolas y quien las ha recibido puede desligarse pagando el doble al otro contratante.*

4. *De las tres especies de arras mencionadas, de dos de ellas se ocupa en concreto el Derecho Civil Colombiano, pues los artículos 1859 y 1861 del Código de la materia permiten deducir que quedaron regladas las denominadas arras simplemente confirmatorias y las de retractación o desistimiento. En efecto, de las primeras se ocupa el artículo 1861 en cuanto establece que si "expresamente se dieren arras como parte del precio, o como señal de quedar convenidos los contratantes, quedará perfecta la venta, sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 1857, inciso 2º". De las segundas trata el artículo 1859 en cuanto dispone que "si se vende con arras, esto es dando una cosa en prenda de la celebración o ejecución del contrato, se entiende que cada uno de los contratantes podrá retractarse; el que ha dado las arras, perdiéndolas, y el que las ha recibido, restituyéndolas dobladas".*

5. *A pesar de que la legislación civil no se ocupó específicamente de las denominadas "arras confirmatorias penales", no por ello la jurisprudencia nacional se desentendió de esta especie, pues por el contrario ha venido sosteniendo que cuando quiera que los contratantes, acudiendo al principio general de la soberanía o libertad contractual, deciden en una de sus convenciones pactar dicha modalidad de arras, se le aplicarán a tal acuerdo las normas de las obligaciones con cláusula penal, por la sustancial afinidad existente entre ambas instituciones. Sobre este preciso punto ha venido sosteniendo la jurisprudencia de la Corte que "respecto de las arras confirmatorias penales, se observa que aunque ellas no están reglamentadas expresamente en las disposiciones sobre compraventa, pueden existir como modalidades de este contrato con sujeción a las normas pertinentes sobre obligación con cláusula penal de que trata el Título XI del Libro IV del Código Civil" (LXXX, 414 y 415). Este criterio se reiteró en fallo reciente de la Corte (casación civil, mayo 10 de 1977, aún no publicada).*

6. *Ahora bien, dentro de la triple clasificación de las arras, las de la primera especie o "simplemente confirmatorias", que son las que se dan como testimonio de la celebración del contrato, es menester que concurran, según se desprende del artículo 1861 del Código Civil, estas dos circunstancias: a) convenio expreso de las partes de que las arras se dan "como señal de quedar convenidos los contratantes" o "como parte del precio", y b) que dicho convenio conste por escrito.*

Si se pactan arras sin sujeción a los anteriores requisitos, en este evento la ley no las considera

"simplemente confirmatorias", sino que presume que las arras convenidas son de las de "retractación o de desistimiento", porque preceptúa el inciso 2º del artículo 1861 que "no constando alguna de estas expresiones por escrito (como parte del precio o como señal de quedar convenidos), se presumirá de derecho que los contratantes se reservan la facultad de retractarse, según los dos artículos precedentes".

7. Entonces, de lo anterior se desprende que de las diferentes especies de arras, las de retractación constituyen la regla general. Estas, por oposición a las simplemente confirmatorias, consagran para las partes el derecho de desligarse del vínculo contractual, mediante la pérdida de una suma igual al valor de las arras, esto es, el que las dio perderá el derecho de reclamarlas y el que las recibió deberá devolver el doble del valor de ellas (1859 del Código Civil).

Con todo, la prerrogativa de retractación no puede ser indefinida, pues la ley, para precaver la incertidumbre del vínculo jurídico, señala un plazo dentro del cual se debe ejercitar y, además fija otras condiciones para su procedencia. En efecto, el artículo 1860 del Código Civil dispone que "si los contratantes no hubieren fijado plazo dentro del cual puedan retractarse perdiendo las arras, no habrá lugar a la retractación después de los dos meses subsiguientes a la convención, ni después de otorgada la escritura de la venta o de principiada la entrega".

En este orden de ideas se tiene que en las arras de retractación, débense tener en cuenta las siguientes exigencias:

a) La facultad de arrepentimiento sólo puede ejercitarse en el plazo fijado por las partes y, a falta de estipulación, en el plazo de dos meses contados desde la celebración de la convención;

b) Pero la facultad de retractación puede extinguirse antes de los plazos indicados, lo cual ocurre cuando el contrato ha tenido comienzo en su ejecución o, también, cuando se reduce a escritura pública.

Lo hasta aquí expresado en torno a las arras de retractación, permite observar que ellas presentan las características siguientes:

a) Cada una de las partes tiene el derecho de arrepentirse del contrato, mediante el pago de una pena;

b) El derecho de retractación, para que sea eficaz, debe ejercerse dentro del término convencional, o en su defecto dentro de los dos meses siguientes a la celebración del contrato y, en todo caso, antes de darse comienzo a éste o de otorgarse la escritura pública;

c) Quien ejerza la facultad de retractación, con motivo de este arrepentimiento pierde las arras si las dio, o le corresponde restituirlas dobladas si las recibió;

d) Si dentro del término convencional o legal, o antes de iniciada la ejecución del contrato o de otorgada la escritura pública, ninguna de las partes se retracta, este derecho se extingue para los contratantes y tras como consecuencia obvia la de que las arras deben ser restituidas a quien las dio o tomarse como parte del precio si fue el comprador quien las entregó;

e) Extinguido el derecho de retractación, las partes deben cumplir el contrato en las condiciones pactadas. Por tanto, el incumplimiento subsiguiente no impide al contratante que sí ha cumplido promover las acciones pertinentes.

8. Sentados los principios generales sobre las arras, los cuales permiten ver tres especies diferentes, también resultan ser diferentes los efectos que cada una de ellas genera. Así, respecto de las "simplemente confirmatorias", éstas se dan como señal de quedar convenidos los contratantes y, por ende, no poder arrepentirse. Con relación a las "confirmatorias penales", a la vez que constituyen testimonio de quedar convenidos los contratantes y de no poder desistir del contrato, las arras en este caso constituyen una garantía para el resarcimiento de los perjuicios en el evento de incumplimiento. Y en lo que toca con las de "retractación", éstas facultan a cada una de las partes, dentro del término convencional o legal, para desistir del contrato y, quien ejerza tal prerrogativa, pierde las arras si las dio, o las entrega dobladas si las recibió. Si las partes no se retractan, las arras deben ser restituidas a quien las entregó, o imputarse al precio en el evento de haber sido dadas por el comprador.

Precisamente, refiriéndose la doctrina de la Corte a los efectos de las dos últimas especies de arras, tiene sentado:

"En las arras penitenciales la prenda se ha dado con la intención de ofrecer a cada una de las partes un medio de desistir del contrato mediante pena (arrha quee ad jus penitendi pertinet): *quien las ha entregado puede retractarse perdiéndolas; quien las ha recibido puede desligarse pagando el doble al otro contratante. Cuando la prenda consiste en dinero, o si ésta consiste en otro objeto, restituyendo la cosa recibida más el equivalente de la misma cosa en dinero.*

"En las arras penales, éstas son a la vez señal de quedar convenidos los contratantes y garantía para el resarcimiento de los perjuicios en caso de incumplimiento. Las partes no pueden apartarse

del compromiso contractual. La parte que no tiene culpa en la inejecución del contrato puede elegir, como en la cláusula penal, entre exigir su cumplimiento, y de apropiarse de las arras, caso de haberlas recibido, o restituirlas dobladas, caso de haberlas desembolsado. La parte que dejó de cumplir el contrato no puede, como en las arras penitenciales, imponer a la otra uno u otro extremo" (C. C., 6 de junio de 1955. LXXX, 413 y 414; 21 de febrero de 1967, aún no publicada).

9. *Señalados los alcances de las diferentes especies de arras, conviene observar, porque en no pocas ocasiones se ha cuestionado, si las arras, a las cuales se refiere la legislación civil únicamente en los contratos de compraventa (artículos 1859, 1860, 1861 y 1932) y de arrendamiento (artículo 1979), pueden extenderse y aplicarse a otras especies de convenciones, entre ellas, a la de promesa. Nada impide, sostiene la doctrina reiterada de la Corte, que en negocios jurídicos diferentes del de compraventa y de arrendamiento puedan los contratantes, en atención al principio general de la libertad de contratación, pactar arras en cualesquiera de las modalidades ya referidas. "Su regulación por el Código Civil —dice la Corte—, en relación con la compraventa, nada tiene de excepcional y restrictivo, pues no se ofrece con tal carácter, y, así, las normas al respecto, a virtud de lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, son susceptibles de aplicación por analogía al pacto de arras en relación con otros contratos, en tanto el derecho no lo prohíbe" (casación civil, 21 de febrero de 1967, aún no publicada).*

Por consiguiente, la estipulación de las arras no tiene un campo reservado dentro de los contratos de compraventa y arrendamiento, puesto que bien pueden ser convenidas en otros, como el de promesa de compraventa. En este punto resulta ser más lógico y técnico el nuevo Código de Comercio al contemplar las arras en el capítulo del "contrato en general" (artículo 866 del Código de Comercio), y no en particular dentro de determinado contrato, como impropiamente aparece en el estatuto civil, según quedó visto.

10. Hechas las consideraciones doctrinales pertinentes a las arras, es oportuno entrar en el análisis del otro aspecto jurídico del cargo, esto es, la procedencia de las acciones de cumplimiento o de resolución en los contratos bilaterales cuando una de las partes se funda en el incumplimiento de las obligaciones por parte de la otra.

11. Según la ley en todo contrato de linaje bilateral va implícita la condición resolutoria en el caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo convenido, porque en tal evento el otro contratante goza de la alternativa de solicitar, o la resolución o el cumplimiento, con la consiguiente indemnización de perjuicios.

12. *La promesa de celebrar un contrato, que participa de la naturaleza jurídica de los pactos bilaterales, cuando uno de los contratantes no cumple con las obligaciones que le corresponde, el artículo 1546 del Código Civil le ofrece al otro contratante que elija, a su arbitrio, una de estas dos soluciones: que exija su cabal cumplimiento, o que se resuelva la convención, permitiendo en uno y otro evento que se reclame además la indemnización de perjuicios.*

13. *Empero, el buen suceso de cualesquiera de las dos acciones precedentes puede verse comprometido en su éxito cuando la parte que ejercita una de ellas ha incumplido con las obligaciones que son de su cargo, las cuales, como norma general, le correspondiera cumplir prioritariamente. Porque si así sucede, enseña la ley que ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla por su parte con las obligaciones surgidas del contrato, o no se allane a cumplirlas en la forma y tiempo debidos. Este criterio, que se encuentra recogido en el artículo 1609 del Código Civil, constituye la defensa que tiene el demandado en frente de las acciones de resolución o cumplimiento que haya planteado el demandante, y que la doctrina con propiedad denomina "excepción de contrato no cumplido".*

14. *En este preciso punto viene sosteniendo la jurisprudencia que cuando en la convención bilateral las partes señalan el orden en que deben cumplirse las obligaciones contraídas, aquéllas deben ajustarse, en la ejecución de las mismas, a la forma y el orden convenidos. También tiene dicho la doctrina que si se controvierten judicialmente por los contratantes el alcance de las cláusulas contractuales y la forma como éstas deben cumplirse, le corresponde entonces al sentenciador determinar el verdadero sentido de las estipulaciones, labor en la cual le prestan una gran colaboración las denominadas pautas legales de interpretación de los contratos, entre las cuales se encuentra aquella que impone consultar e interpretar la convención en su conjunto (artículo 1622 del Código Civil). Porque "el contrato es un concierto de voluntades que por lo regular constituye una nulidad y en consecuencia sus estipulaciones deben apreciarse en forma coordinada y armónica y no aislando unas de otras como partes autónomas, porque de esta suerte se po-*

dría desarticular y romper aquella unidad, se sembraría la confusión y se correría el riesgo de contrariar el querer de las partes, haciendo producir a la convención efectos que éstas acaso no sospecharon" (casación civil, 15 de marzo de 1955 (sic); 15 de junio de 1972, tomo CXLII, 218 y 219).

15. En el empeño de precisar la común intención de los contratantes, bien puede el fallador caer en falencia y, por ende, cometer un yerro fáctico, cómo cuando supone estipulaciones, o desconoce las existentes, o interpreta las convenidas sacando de ellas deducciones enfrentadas al recto sentido del contrato.

16. En la especie de esta litis, las partes contratantes acordaron mediante la promesa de contrato celebrada el 16 de diciembre de 1973 y adicionada el 28 de marzo de 1974, las obligaciones siguientes:

1ª Alvaro Fonseca Quintana prometió vender a Salvador Mahecha Bustos los bienes inmuebles de que tratan las cláusulas primera, segunda y novena, o sea, el apartamento 302 del edificio "Paola" y un garaje ubicado en el mismo edificio;

2ª Por estos bienes el prometiente comprador Mahecha Bustos se obligó a pagarle a su prometiente vendedor, por el apartamento, la suma de $ 315.000 y por el garaje la suma de $ 35.000;

3ª La forma de pago se convino así:

a) "El precio del apartamento es de trescientos quince mil pesos ($ 315.000.00) que el prometiente comprador pagará al promitente vendedor así: la suma de ciento quince mil pesos ($ 115.000.00) a la firma del presente documento, *abonables al precio total, suma que el promitente vendedor declara recibida a su satisfacción.* El resto o sea la suma de doscientos mil pesos ($ 200.000.00) a la firma de la escritura de compraventa";

b) El precio del garaje es de "treinta y cinco mil pesos ($ 35.000.00) moneda corriente, que pagará, así: la suma de $ 12.000.00 moneda corriente, que en esta fecha ha entregado al prometiente vendedor y que éste declara tener recibida a su entera y plena satisfacción, a cuenta del precio y a título de arras; y el saldo, o sea, la suma de $ 23.000.00, lo pagará el prometiente comprador el día en que el prometiente vendedor le entregue, a su entera satisfacción, el apartamento número 302, prometido en venta, y a que se refiere el contrato ...";

4ª En materia de arras se acordó, por la cláusula sexta, que para el caso de incumplimiento de lo pactado, regirán arras de ciento quince mil pesos ($ 115.000.00), como lo establece el artículo 1859 del Código Civil y, por la cláusula décima, atinente al precio del garaje, se convino que el prometiente comprador entregó a su prometiente vendedor la suma de $ 12.000.00, "a cuenta del precio y a título de arras";

5ª Tomadas en conjunto las cláusulas tercera, sexta y décima, las sumas de dinero que el prometiente comprador le entregó a su prometiente vendedor, eran para abonar al precio del negocio y como arras de las que trata el artículo 1859 del Código Civil;

6ª La escritura pública, que en un comienzo se acordó suscribir "el día 29 de marzo de 1974", su plazo se prorrogó, pues mediante las cláusulas once y quince se convino que se otorgaría en la Notaría Trece del Círculo de Bogotá, "a más tardar el día viernes 28 de septiembre del presente año de 1974, antes de las cinco de la tarde (5.00 p. m.)" y para tal efecto las partes presentaron los respectivos certificados de paz y salvo;

7ª Hasta el día en que se verifique la entrega de los bienes, los impuestos distritales, de valorización y tasas provenientes de los servicios de acueducto, alcantarillado y energía corren de cargo del prometiente vendedor;

8ª El apartamento y garaje podían ser entregados, antes del plazo acordado, en el evento en que estuviesen terminados y en funcionamiento todos los servicios respectivos;

9ª En la cláusula quinta declara el prometiente vendedor que es dueño del bien negociado y se obliga a transferirlo libre de gravámenes, pleitos pendientes, embargos y condiciones resolutorias. Y el prometiente comprador "acepta el reglamento de copropiedad" y se somete a sus disposiciones;

10. Finalmente, por la cláusula diecinueve, se convino que "el prometiente vendedor se obliga a entregar al prometiente comprador, en el término de 60 días comunes, contados a partir de la fecha (de adición del contrato), la titulación del inmueble, el certificado de libertad y tradición para acreditar la libertad del mismo y el reglamento de propiedad horizontal, para que sean estudiados por el abogado que designe este último".

17. De las obligaciones surgidas de la convención anterior, algunas de ellas debieron cumplirse con antelación a otras, pues la forma como quedó acordada la promesa, el prometiente vendedor se obligó "a entregar al prometiente com-

prador, en el término de 60 días comunes, contados a partir de la fecha (26 de marzo de 1974), la titulación del inmueble, el certificado de libertad y tradición para acreditar la libertad del mismo y el reglamento de propiedad horizontal, para que sean estudiados por el abogado que designe este último".

Esta obligación debió cumplirse por el prometiente vendedor antes que otras, en razón de que si en el contrato se señala el orden como deben cumplirse las obligaciones contraídas por las partes, la ejecución debe sujetarse a la forma y el orden pactados, porque esta ha sido la común intención de los contratantes.

18. Por otra parte, para la época del perfeccionamiento del contrato prometido, que sin mucha claridad y precisión se acordó que la correspondiente escritura se otorgaría en la Notaría Trece del Círculo de Bogotá el día viernes 28 de septiembre de 1974, antes de las cinco de la tarde, el prometiente vendedor se obligó además a entregar los bienes inmuebles materia del negocio, debidamente terminados y en funcionamiento los correspondientes servicios.

Respecto de esta última obligación, obra en el proceso prueba documental en el sentido de que el servicio de energía entró en funcionamiento normal en mayo de 1975, pues los formularios de solicitud de suministro fueron llenados en diciembre de 1974 y el interesado canceló el valor de la "cuota de conexión" en febrero de 1975, pues antes de esta fecha, concretamente para el 3 de enero de 1975, practicada una revisión por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, "encontró un servicio directo, sin autorización de la empresa". Y por lo que toca con el servicio de acueducto, se comprobó el 23 de octubre de 1974 por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá que el mencionado edificio se estaba surtiendo "por medio de una instalación clandestina"; que la debida solicitud de servicio se hizo en enero de 1975 y que sólo el 12 de marzo del mismo año quedó con servicio legalizado, una vez que canceló la correspondiente cuenta, en la cual se incluyó la suma de $ 10.800.00, correspondiente al valor a pagar por el servicio clandestino.

19. Los anteriores elementos de convicción, que el sentenciador *ad quem* no vio, lo llevaron a incurrir en el yerro fáctico que le imputa la censura y, por consiguiente, a quebrantar las normas sustanciales indicadas en la misma, razón por la cual se impone casar la sentencia y proceder la Corte, como tribunal de instancia, a pronunciar el fallo de reemplazo.

Sentencia sustitutiva

20. Dado el orden de cumplimiento de las obligaciones, si quien primero dejó de cumplir con las de su cargo fue el demandado Alvaro Fonseca Quintana, la pretensión de resolución del contrato formulado por éste en la demanda de reconvención no se abre paso, por impedírselo la excepción de contrato no cumplido, alegada por Mahecha Bustos.

21. Por el contrario, la pretensión principal contenida en la demanda formulada por Salvador Mahecha Bustos debe despacharse favorablemente, pues a pesar de que el demandado Alvaro Fonseca cumplió unas obligaciones, no actuó así con relación a otras que en el tiempo debió cumplir primero. Y tal proceder le permite al otro contratante solicitar, como aquí ocurre, el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios. Mas como la regla general es la de que estos últimos no se presumen, la parte que formula tal reclamación debe demostrarlos, pues como lo tiene sentado la doctrina de la Corte, la culpa en que haya incurrido una de las partes contratantes, por censurable que sea, no los produce de suyo.

En el caso *sub lite,* no habrá lugar a condenar al demandado al pago de perjuicios suplicado, como quiera que la parte demandante no demostró que se hubieran producido.

22. La suma de $ 127.000.00 recibida por el promitente vendedor de su prometiente comprador, a título de "arras", al caducar el derecho de arrepentimiento, debe tomarse como parte del precio del negocio por ellos celebrado, pues así se desprende del conjunto de las estipulaciones, aunque éstas no sean un modelo de precisión y claridad.

23. Al disponerse que el demandado cumpla con las obligaciones del contrato en la forma convenida, igualmente el demandante debe cumplir con las de su cargo, como pagar el saldo del precio a la firma de la escritura.

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 de 30 de marzo de 1978, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y, actuando como Tribunal de instancia, REVOCA la proferida por el Juzgado Segundo Ci-

vil del Circuito de Bogotá de fecha 16 de marzo de 1977, y en su lugar,

Resuelve:

Primero. DECLÁRASE que el demandado Alvaro Fonseca Quintana está obligado a cumplirle al demandante Salvador Mahecha Bustos el contrato de promesa de compraventa entre ellos celebrado el 16 de diciembre de 1973 y adicionado el 28 de marzo de 1974, mediante el cual el primero prometió venderle al segundo y éste prometió comprar el apartamento número 302 y el garaje SI-01 del edificio Paola, situado en esta ciudad de Bogotá en la calle 54 número 9-28.

Segundo. Como consecuencia de la declaración precedente, se condena al demandado Fonseca Quintana a otorgar al demandante Mahecha Bustos la correspondiente escritura de transferencia de los bienes raíces de que trata la promesa dicha y la demanda principal, lo cual se cumplirá en la Notaría Trece del Círculo de Bogotá, dentro de los 10 días hábiles siguientes a la ejecutoria de este fallo.

Tercero. ABSUÉLVESE al demandado Fonseca Quintana de la reclamación de perjuicios.

Cuarto. Respecto de las súplicas formuladas por Fonseca Quintana en su demanda de reconvención, declárase probada la excepción de contrato no cumplido y, en consecuencia, no se hacen las declaraciones solicitadas en tal libelo.

Quinto. Cancélese el registro de la demanda.

Sexto. Las costas de ambas instancias corren de cargo de la parte demandada.

Séptimo. No hay lugar a costas en el recurso extraordinario de casación.

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

Alberto Ospina Botero, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Héctor Gómez Uribe, Humberto Murcia Ballén, Ricardo Uribe-Holguín.

Carlos G. Rojas Vargas
Secretario.

INDICE

Pág.

RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTADOR. Sentencia de 14 de febrero de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en este proceso ordinario promovido por Aseguradora Colseguros S. A. contra Eduardo Botero Soto y Compañía Limitada.
Magistrado ponente, doctor *Aurelio Camacho Rueda* ... 5

REIVINDICACION. *Venta de mejoras: debe hacerse por escritura pública.* Sentencia de 27 de febrero de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal de Tunja en este proceso ordinario instaurado por José Joaquín Castro contra Paulino Díaz Galvis y otra.
Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* ... 18

MANDATO SIN REPRESENTACION. *En el mandato sin representación, el mandante no tiene derecho ni acción algunos contra los terceros que han contratado con su mandatario y los efectos del contrato se limitan a los contratantes.* Sentencia de 3 de marzo de 1978. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario instaurado por Luis Hernando Moreno Sánchez contra Jorge Enrique Céspedes Martínez.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* ... 26

Salvamento de voto del Magistrado doctor Humberto Murcia Ballén, del fallo anteriormente publicado ... 44

RECURSO DE REVISION. *El recurso de revisión como cualquier otro medio de impugnación, únicamente puede proponerse una sola vez frente a la misma providencia.* Providencia de 4 de abril de 1978. *Niega la reposición* proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en el proceso ordinario que instauraron María Apolonia y María Berrocal Sánchez frente a Jerónimo Berrocal Sánchez.
Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* ... 47

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. *Cuando los daños son causados durante la construcción de un edificio, ni durante su demolición, ni por su ruina, la responsabilidad aquiliana se rige por aplicación directa del artículo 2341 del Código Civil.* Sentencia de 5 de abril de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por José Auliano Vallejo Medina contra Benigno Antonio Vargas Moreno y otra.
Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe-Holguín* ... 50

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL TRANSPORTADOR. *Fuerza mayor o caso fortuito.* Sentencia de 10 de abril de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso ordinario instaurado por la "Compañía Granandina de Seguros S. A." contra la entidad "Corporación Nacional de Transportes Limitada —Conaltra—".
Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* ... 57

REVISION (Recurso extraordinario). *Requisitos esenciales para su procedencia. Cosa juzgada: el fenómeno de la cosa juzgada es base fundamental del orden jurídico y garantía de los derechos ciudadanos. Sin embargo, el principio de la "cosa juzgada" no es absoluto: razones de equidad impulsan a exceptuar de él las sentencias proferidas en procesos en los cuales faltaron los elementos esenciales para la garantía de la justicia. La falta de notificación causal de la nulidad de la sentencia.* Sentencia 16 de mayo de 1978. *Decrétase,* en consecuencia, la nulidad de todo lo actuado en el proceso de pertenencia adelantado por Luis Eduardo García ante el Juz-

Pág.

gado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, por falta de citación o emplazamiento a él del aquí recurrente Gonzalo Raúl Gómez Robayo.
Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* ... 67

EXEQUATUR. La Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, no concede el exequatur a una sentencia proferida por un juzgado nacional de primera instancia de Buenos Aires, República Argentina por improcedente. Sentencia de 17 de mayo de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* ... 76

LAUDO ARBITRAL. *Responsabilidad del Tribunal de arbitramento. Los árbitros responden por los daños que causen a las partes siempre que decidan en derecho. Competencia en procesos de responsabilidad civil que se sigan contra los árbitros.* Sentencia de 29 de mayo de 1978. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario suscitado por Abraham Kardonski y otros frente a Ira L. Paret y otros.
Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga* ... 81

PRESCRIPCION ADQUISITIVA. *El modo de adquisición del dominio de los terrenos baldíos es la ocupación, modo que se consuma ipso facto desde el momento en que el colono establece cultivos o introduce ganados por el término legal.* Sentencia de 5 de junio de 1978. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en este proceso ordinario de Flor de Liz Fidela y José Miller Cleves Lozada contra Alicia Huergo Benítez viuda de Cleves, en su propio nombre y como representante legal de su hija menor Alicia Cleves Huergo.
Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín* ... 95

TECNICA DEL RECURSO DE CASACION. *Error de hecho y de derecho. Diferencias. Venta de mejoras: las mejoras, como inmuebles que son, su compraventa debe otorgarse por escritura pública y registrarse.* Sentencia de 8 de junio de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Riohacha en este proceso de pertenencia que contra personas indeterminadas instauraron Misael Celedón Murillo y Magola Celedón de Fernández.
Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* ... 103

Pág.

FILIACION NATURAL Y DERECHOS HEREDITARIOS DEL HIJO NATURAL. Sentencia de 19 de julio de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso ordinario promovido por Flor Mélida Ramírez y Yolanda Sonia Ramírez contra Carlos Escobar Pizano, Limbania Lorza de Marguitio y otras.
Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper* ... 108

CONTRATO DE SEGUROS DE DAÑOS. *El contrato sirve al asegurado para obtener una reparación, mas no para conseguir un lucro. El asegurador que pretenda excluir o reducir su responsabilidad, tendrá la carga de la prueba de los hechos o circunstancias constitutivos de exoneración o limitación de su responsabilidad en el pago del seguro.* Sentencia de 21 de agosto de 1978. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario en que es demandada la sociedad Seguros Tequendama S. A. por Agustín Parra Cuéllar.
Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga* ... 118

RESOLUCION DEL CONTRATO CON INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. *Necesidad de la reconvención judicial. Reconvención judicial: la demanda ordinaria o ejecutiva no hace las veces de reconvención judicial.* Sentencia de 21 de agosto de 1978. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Alfonso Van Hessenhoven contra la sociedad denominada Agritécnica S. A.
Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe-Holguín* ... 125

RECURSO DE REVISION. *"Solamente motivan el recurso de revisión las irregularidades en que, al tiempo y no antes de proferir la sentencia no susceptibles de apelación o casación, puede incurrir el fallador, y que sean capaces de constituir nulidad". Apelación de sentencias. El señalamiento de audiencia pública cabe en toda clase de procesos si se pide dentro de los términos señalados en el artículo 360 del Código de Procedimiento Civil.* Sentencia de 22 de agosto de 1978. Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la entidad "Compañía Colombiana de Financiamiento S. A. (Colfin)" contra la sentencia de 3 de octubre de 1977, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ejecutivo ins-

Pág.

taurado por la recurrente contra Diego Llorente Martínez.
Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén* 130

IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD PRESUNTA DE HIJO DE MUJER CASADA. a) *Por parte del presunto padre;* b) *Por parte del hijo en relación a su legitimidad. La sentencia simplemente absolutoria dictada en proceso de impugnación de la legitimidad, promovido por el hijo frente al presunto padre, no equivale a declaración de que es verdadera o falsa esa legitimidad.* Sentencia de 28 de agosto de 1978. Declárase infundado el recurso de revisión propuesto por José Luis López Ruiz y otros que había suscitado Marina López de Segura.
Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga* 136

CONTRATO DE SEGURO. *Estipulaciones esenciales en la póliza para la validez del contrato de seguro. Póliza automática y póliza flotante. Seguros. Cesión del contrato de seguro. Para la cesión del contrato de seguro* ope legis *es presupuesto necesario que concurran en el adquirente el título y el modo. Contrato de seguro. Técnica de casación. La vía directa y la indirecta son sustancialmente distintas e inconfundibles. Cuándo tiene lugar cada una de ellas. Los contratos se rigen por la ley vigente en el momento de su celebración. Excepciones a éste principio general.* Sentencia de 28 de agosto de 1978. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Malterías Unidas S. A. contra Seguros Comerciales Bolívar S. A.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* 139

RESPONSABILIDAD CIVIL AQUILIANA. *Existe presunción de culpa en contra del autor de un daño, cuando este se ocasiona por el ejercicio de actividades de suyo peligrosas.* Sentencia de 5 de septiembre de 1978. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el proceso ordinario que Alfredo Santos Villamizar entabló contra la sociedad "Petroquímica Colombiana S. A.".
Magistrado ponente: doctor 191

PRUEBA PERICIAL. *La prueba pericial debe apreciarse, aunque los peritos hayan rendido su dictamen fuera de término, con tal que se hayan cumplido los requisitos legales para su solicitud, práctica y contradicción. Prueba de oficio (artículos 37 numeral 4, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil). La misión del juez en el campo probatorio, no es precisamente la inactividad sino la actividad, en procura de lograr la verdad material de lo controvertido.* Sentencia de 7 de septiembre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Popayán en el proceso ordinario adelantado por Carlina Morales de Quiguanes contra Carmen Hurtado viuda de Velasco y otros.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* 201

PORCION CONYUGAL Y CUARTA DE LIBRE DISPOSICION EN SUCESION TESTADA. *El cónyuge sobreviviente puede recibir simultáneamente porción conyugal y la cuarta de libre disposición.* Sentencia de 20 de septiembre de 1978. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el proceso ordinario promovido por José Argemiro y Gerardo Antonio Mejía contra Esneda Cardona de Echeverry Mejía.
Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper* 209

RESOLUCION DEL CONTRATO. *Para que pueda declararse desistido el contrato por mutuo disenso tácito requiérese que del comportamiento de ambos contratantes frente al cumplimiento de sus obligaciones puede naturalmente deducirse que su implícito y recíproco querer es el de no ejecutar el contrato. Técnica de casación: por su propia naturaleza cada uno de los tres únicos conceptos de violación de normas de derecho sustancial excluye que la misma norma pueda ser infringida al mismo tiempo dos conceptos diferentes.* Sentencia de 20 de septiembre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso suscitado por Francisco Barragán Montealegre frente a Dimas Alberto Gómez.
Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga* 215

CADUCIDAD DE LA ACCION CAMBIARIA DERIVADA DEL CHEQUE. *Son distintos los presupuestos de la caducidad de la acción cambiaria, derivada del cheque, según ésta se dirija: a) contra el librado o sus avalistas y b) contra los demás signatarios.* Sentencia de 22 de septiembre de 1978. *No casa* la proferida por

Pág.

el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario promovido por Juan Francisco Vargas Sánchez contra Miguel Charria y Luis Helí Campos.
Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga* 219

CADUCIDAD DEL DERECHO PARA IMPUGNAR EL RECONOCIMIENTO DE UN HIJO NATURAL. *Este reconocimiento, sólo podrán impugnarlo los que prueben un interés actual en ello, siempre que demanden dentro de los 300 días siguientes a la fecha en que tuvieron un interés y pudieron hacer valer su derecho. Filiación legítima. El reconocimiento expreso del padre entraña o comporta renuncia al derecho de impugnación, derecho que, en la familia legítima, mira a su propio interés. Y esta circunstancia cierra definitivamente a sus herederos la posibilidad de entrar a discutir el hecho de la paternidad legítima que está indisolublemente unido a la maternidad legítima.* Sentencia de 22 de septiembre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este proceso ordinario suscitado entre Federico Martínez y otros contra Luis Enrique Martínez.
Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga* 230

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE LOCALES COMERCIALES. *El propietario del local comercial, debe indemnizar al arrendatario los perjuicios que éste haya sufrido con motivo de la desocupación y entrega del local, cuando no dé el destino para el cual desahució al arrendatario, si éste, de otra parte, cumple los requisitos de la primera parte del artículo 518 del Código de Comercio, a saber: a) es comerciante; b) ha ocupado el local comercial objeto del arrendamiento no menos de dos años consecutivos.* Sentencia de 29 de septiembre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario promovido por Luis A. Quijano y Compañía Limitada contra Inversiones San Jorge.
Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper* 235

NULIDAD DEL CONTRATO POR VICIO DEL CONSENTIMIENTO. *a) Presunción del derecho de incapacidad del interdicto; b) presunción legal de capacidad del no interdicto. Si en la celebración de un contrato las partes no ajustan sus estipulaciones a los requisitos que exige la ley para su validez, o sea, internos o de fondo y externos o de forma, tal relación contractual está llamada a desaparecer y, por ende, a perder toda su fuerza vinculante, por haber entrado en la órbita de los negocios nulos. Prueba en el proceso sobre interdicción por demencia. Es imprescindible la prueba de peritos médicos, si el litigio versa sobre interdicción por demencia.* Sentencia de 10 de octubre de 1978. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso ordinario instaurado por Ricardo Pérez Roa contra Gentil Caviades Osorio.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* 250

PROPIEDAD HORIZONTAL. *Para que exista la propiedad separada u horizontal, es menester cumplir con los requisitos de la Ley 182 de 1948 y sus decretos reglamentarios. No existe nulidad en el contrato de compraventa, cuando el propietario de un edificio, sobre el cual no se ha constituido legalmente la propiedad horizontal, vende a diversas personas los pisos o apartamentos que lo integran, sino simplemente que los respectivos adquirentes no tendrán los derechos y obligaciones que consagra la Ley 182 para esta clase de propiedad. Contrato de compraventa. Cuando en un contrato de esta clase el comprador paga el precio con títulos valores y estos son rechazados por el obligado o no son descargados, se entiende que el pago no se efectuó y el vendedor puede a su arbitrio, o exigir que se le satisfaga el precio insoluto o demandar la resolución del contrato, y en ambos casos a que se le indemnice de los perjuicios que el incumplimiento le haya causado. Ejercicio del derecho alternativo en el contrato de compraventa: cuando se entregan títulos valores como pago de una obligación, según lo autoriza el artículo 882 del Código de Comercio, es necesaria la presentación del título valor insoluto o el otorgamiento de una garantía, en su caso, para poder ejercer el derecho a demandar la resolución del contrato.* Sentencia de 11 de octubre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el proceso ordinario promovido por Leonel Bayardo Flórez contra Luis Efraín Chaves y otros.
Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper* 260

Pág.

PROCESO ORDINARIO DE DECLARACION DE PERTENENCIA. *Se decreta la nulidad de todo el proceso, por cuanto el demandado, no fue notificado en legal forma. Recurso extraordinario de revisión. La Corte Suprema de Justicia cambió la jurisprudencia con respecto al recurso extraordinario de revisión, y establece que es posible la interpretación de la demanda cuando se ha expuesto claramente el "hecho que es causa de la revisión". "Habiéndose expuesto claramente, el hecho que es causa de la revisión, no podría desecharse ésta porque equivocadamente el impugnador haya denominado mal la causal".* Providencia de 23 de octubre de 1978. Aquilina Rodríguez viuda de Rincón propuso recurso extraordinario de revisión contra la sentencia de 29 de julio de 1977, dictada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo.
Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga* ... 269

DONACION. *a) La donación es un verdadero contrato; b) características; c) su naturaleza.* Sentencia de 30 de octubre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de *Ibagué* en el proceso ordinario promovido por Henry Huertas Quintana contra Félix Armando Urquijo Díaz y Noel Reyes Avila.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* ... 272

EXPROPIACION. *Dos clases de expropiación. Presupuestos para el ejercicio de la acción indemnizatoria por parte del propietario del inmueble, que el Estado ha ocupado definitivamente, en todo o en parte, con motivo de trabajos públicos.* Sentencia de 6 de noviembre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en el proceso ordinario de Justo Carvajal contra el Municipio de Cabuyaro.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* ... 278

ACCION REIVINDICATORIA O DE DOMINIO. *Las hijuelas que dan cuenta de las adjudicaciones que se hacen en procesos de sucesión constituyen títulos de dominio. La falta de título de dominio en el demandante, en procesos como éste, conduce a una sentencia absolutoria y no a un fallo inhibitorio.* Sentencia de 8 de noviembre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Filomena Téllez viuda de Segura contra Víctor Manuel Corrales Enciso y otros.
Magistrado ponente: doctor *Hugo A. Vela Camelo* ... 288

ACCION RESOLUTORIA Y EXCEPCION DE CONTRATO DE CUMPLIDO. *Responsabilidad contractual. La mora en sus dos aspectos: unilateral y bilateral; hipótesis que pueden presentarse. Acción de cumplimiento y acción resolutoria del contrato. Conclusiones.* Sentencia de 29 de noviembre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este proceso ordinario de Urbanización Montevideo Limitada contra Corporación de Acero "Corpacero", Marco y Eliécer Sredni y Compañía.
Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe-Holguín* ... 293

Salvamento de voto del fallo anteriormente publicado del Magistrado doctor Alberto Ospina Botero ... 304

PROCESO DE PERTENENCIA. *El certificado que debe acompañarse a la demanda introductoria del proceso, debe indicar en forma 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 uno que de manera clara diga que sobre ese inmueble no aparece ninguna persona como titular de tales derechos.* Sentencia de 30 de noviembre de 1978. Recurso extraordinario de revisión, propuesto por Cirano de Jesús Avendaño contra la sentencia de 27 de noviembre de 1975, dictada por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso de pertenencia suscitado por Ramón Atehortúa Alzate contra personas indeterminadas.
Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga* ... 307

ARRAS. *Noción. Clasificación. Arras de retractación, requisitos. Efectos de acuerdo a la clase a que pertenecen; aplicación a diferentes contratos. Excepción de contrato no cumplido. En los contratos bilaterales las partes deben cumplir las obligaciones contraídas en la forma y en el orden convenidos.* Sentencia de 11 de diciembre de 1978. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso de Salvador Mahecha Bustos contra Alvaro Fonseca Quintana.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero* ... 311

ADVERTENCIA

Además de las sentencias publicadas, la Sala de Casación Civil profirió durante los meses de enero a diciembre de 1978, las que se relacionan a continuación y que no se publican por falta de espacio.

FILIACION NATURAL. *En la revisión de un fallo proferido por juez de menores sobre filiación natural deben apreciarse y evaluarse tanto las pruebas aducidas en el primer litigio como las apreciadas en el segundo.* Sentencia de 13 de enero de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en este proceso ordinario de José Nariño Ojeda contra Luz Stella Ibáñez.

Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.* Salvamento de voto del Magistrado doctor *José María Esguerra Samper,* del fallo anteriormente publicado.

FILIACION NATURAL. *Petición de herencia.* Providencia de 18 de enero de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Aurelio Camacho Rueda.*

SEPARACION DE CUERPOS. *El juez en la sentencia debe definir si los hijos menores quedan al cuidado de los cónyuges o de uno u otro o de otra persona.* Sentencia de 18 de enero de 1978. Proceso abreviado de separación de cuerpos instaurado por Amanda Padilla de Pachón contra Ricardo Enrique Pachón G.

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

RECURSO DE REVISION. *Por ser este un recurso extraordinario no cabe la corrección del libelo.* Auto de 19 de enero de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

RECURSO DE QUEJA. Este recurso debe interponerse dentro de los cinco días siguientes al recibo de las copias. Auto de 25 de enero de 1978.

RECURSO DE REVISION. La Corte no puede llenar los vacíos de la demanda. Auto de 25 de enero de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Aurelio Camacho Rueda.*

ACCION REIVINDICATORIA. *El ejercicio de la acción reivindicatoria, encierra necesariamente la afirmación de que el demandado es poseedor de la cosa en que radica el derecho del actor.* Sentencia de 26 de enero de 1978. *No casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en este proceso ordinario instaurado por Ligia Gómez de Aguilar y otros, contra Francisco Luis Arango y otra.

Magistrado ponente: doctor *Aurelio Camacho Rueda.*

RESPONSABILIDAD CIVIL POR ABUSO DE DERECHOS SUBJETIVOS. Sentencia de 26 de enero de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en este proceso ordinario suscitado por Karol Fortich contra Isaac Schuster.

Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

FILIACION NATURAL. *Petición de herencia.* Sentencia de 26 de enero de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso ordinario de Joselín, Néstor y Humberto Acuña, contra Elvira García V. de Sánchez y otros.

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

PROCESO DE FILIACION NATURAL. *Caducidad de los derechos patrimoniales. Diferencias entre la caducidad y la prescripción.* Sentencia del 27 de enero de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en este proceso promovido por Luis Alfonso Almanza contra los herederos *ab intestato* de Alfonso Camacho Villoria.

Magistrado ponente: doctor *Aurelio Camacho Rueda.*

PROCESO VERBAL DE SEPARACION DE CUERPOS. *Requisitos adicionales en esta clase de procesos.* Sentencia de 27 de enero de 1978. Proferido por el Tribunal Superior de Pasto en el proceso verbal de separación de cuerpos de Hans Joachin Bandow y Josefina Burbano de Bandow.

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

PROCESO DE LANZAMIENTO. *Lucro cesante por retardo en la entrega del bien.* Sentencia de 30 de enero de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD NATURAL. *Excepción de "plurium constupratorum".* Sentencia de 31 de enero de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Servio Tulio Pérez M. contra Héctor Orlando Barragán.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

PROCESO ORDINARIO DE FILIACION NATURAL. *El artículo 6º de la Ley 75 de 1968, eliminó la característica de que las relaciones sexuales fueron estables y notorias, para su eficacia legal.* Sentencia de 31 de enero de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso ordinario de Mariela Navas contra los herederos y cónyuge sobreviviente de Abelardo Dallos Córdoba.

CONTRATO DE PROMESA DE VENTA. *Requisitos necesarios para que el contrato de promesa produzca obligaciones.* Sentencia de 2 de febrero de 1978. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este proceso ordinario promovido por Gabriel Pérez Vargas contra Leonardo Izquierdo Chaves.

DECLARACION DE PATERNIDAD CON EFECTOS PATRIMONIALES. *Se complementa una sentencia para hacer expresa declaración sobre varias peticiones de la demanda que fueron omitidas en el fallo.* Sentencia de 3 de febrero de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

CONTRATO DE TRANSPORTE. *Responsabilidad contractual.* Sentencia de 6 de febrero de 1978. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este proceso ordinario de Maquinaria Agrícola Limitada —Agromaq Limitada—, contra Transportes Guillermo Rodríguez y Compañía Limitada —Transrodríguez—.
Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

SEPARACION DE CUERPOS. A esta clase de procesos se deben aplicar las leyes civiles nacionales. Providencia de 7 de febrero de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Aurelio Camacho Rueda*
Salvamento de voto del fallo anteriormente publicado.
Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. *Requisitos de la demanda.* Auto de 8 de febrero de 1978. Le corresponde a la Corte decidir sobre la admisibilidad de la demanda de revisión presentada por Fabio Castillo contra Julio Ernesto Espinosa Neira.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. *Técnica de casación. Proposición jurídica completa.* Sentencia de 8 de febrero de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario que las Empresas Departamentales de Antioquia formularon contra el First National City Bank.

RESOLUCION DE CONTRATO. *Consecuencia obligada de la resolución de un contrato es, la de que las cosas deben volver al estado que tenían antes de celebrarse el contrato.* Sentencia de 8 de febrero de 1978. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario instaurado por Guillermo Rojas Carrasquilla, como heredero testamentario de José Alejandro Quijano Camacho y para la herencia de éste, contra Omar Puerta Vélez.
Magistrado ponente: doctor *Aurelio Camacho Rueda.*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. *La inadmisión del recurso, imputable exclusivamente a su propia culpa, tiene que producir como efecto, la preclusión de la oportunidad por haberse consumado ya.* Sentencia de 11 de febrero de 1978. La Corte declara precluida la procedencia del recurso de revisión para la sentencia de 23 de marzo de 1977, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en el proceso ordinario instaurado por María Apolonia y María Berrocal Sánchez, contra Jerónimo Berrocal Sánchez.
Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

ACCION REIVINDICATORIA. *Elementos fundamentales de la acción de dominio.* Sentencia de 13 de febrero de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario instaurado por Ana Sofía Vanegas de Gómez y otros, contra Pastora Ramírez y otros.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

ACCION DE PETICION DE HERENCIA. *Error de hecho. Un error de hecho en materia probatoria, alegable en casación, no puede estructurarse sobre la base de suposiciones o conjeturas carentes de pruebas.* Sentencia de 13 de febrero de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el proceso ordinario de Benjamín Lozada Vergara contra Bertilda Tenorio viuda de Ruiz y Joaquín Emilio Penilla.
Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

FILIACION NATURAL. *Error de hecho y de derecho.* Sentencia de 14 de febrero de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el juicio ordinario promovido por Iván Gómez Gómez.
Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. *Fuerza mayor o caso fortuito. Características estructurales.* Sentencia de 16 de febrero de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario promovido por Ramón Ruiz y Rosa Elvira Pineda de Ruiz contra "Flota La Macarena S. A.".

Magistrado ponente: doctor *Aurelio Camacho Rueda.*

PODER OTORGADO EN PAIS EXTRANJERO. *Requisitos.* Auto de 20 de febrero de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

PODER DE REPRESENTACION. Salvamento de voto del Magistrado doctor *Humberto Murcia Ballén.*

ACCION REIVINDICATORIA. *Poseedores de mala fe y poseedores de buena fe.* Sentencia de 21 de febrero de 1978. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta en el proceso ordinario de Hugo Alberto, Carlos Arturo, Sergio Villamizar y Alix Josefa Villamizar de Hernández, contra Miguel Arbeláez Arbeláez.

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

FILIACION NATURAL. *Recurso de apelación.* Sentencia de 27 de febrero de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso ordinario instaurado por Ana Teodolinda, Ana Rosa, Luz Miriam y otros, representados por su madre natural Eulalia Veloza, frente a Felipa Espitia viuda de García, heredera intestada de José Vicente García Espitia, como madre legítima suya.

Magistrado ponente: doctor *Aurelio Camacho Rueda.*

FILIACION NATURAL. *Para el buen suceso de la pretensión, en esta clase de procesos, hácese indispensable, como primer soporte probatorio, demostrar quién es la madre del demandante.* Sentencia de 27 de febrero de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario promovido por Angelmira Figueroa Lizarazo frente al recurrente Víctor Dávila.

Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

SEPARACION DE CUERPOS. *De la patria potestad y cuidado de los hijos menores.* Sentencia de 27 de febrero de 1978. Procede la Corte a revisar la sentencia de 31 de octubre de 1977, proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el proceso abreviado de separación de cuerpos de Bernarda Ramón de Sánchez, contra Francisco Sánchez Rivera.

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

ACCION REIVINDICATORIA. *Error de derecho.* Sentencia de 28 de febrero de 1978. Se decide el recurso de casación interpuesto por Jesús Enrique Chocontá, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Armenia en el proceso ordinario que el recurrente promovió contra Jorge Gil Morales y otros.

Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

TECNICA DE CASACION. *Pugna contra la normatividad jurídica, que en un mismo y único cargo se acuse al Tribunal en forma simultánea de aplicar y no aplicar idéntico precepto sustancial.* Sentencia de 2 de marzo de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario promovido por Rubén Gil González contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, Sucursal de Medellín.

Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

PRESCRIPCION ADQUISITIVA DE DOMINIO. Sentencia de 2 de marzo de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Valledupar, en el proceso ordinario promovido por Teodosia Bolaño, contra Hilda Bolaño de Parra y otro.

LITIS CONSORCIO PASIVO. *Casos en los cuales se produce el litis consorcio necesario.* Sentencia de 7 de marzo de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso ordinario promovido por Hernando Polanía Silva, contra María de Jesús Silva de Polanía y otros.

Magistrado ponente: doctor *Aurelio Camacho Rueda*

Salvamento de voto de los Magistrados doctores *Alberto Ospina Botero* y *Humberto Murcia Ballén,* del fallo anterior.

SEPARACION DE CUERPOS. *En esta clase de procesos la parte demandante, además de probar plenamente los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persigue, debe ser inocente respecto de la causal de separación que alega.* Sentencia de 7 de marzo de 1978. Proceso abreviado de separación de cuerpos que suscitara Carmen Cecilia Arenas de Franco, frente a su legítimo marido, José Herbert Franco.

Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

RECURSO DE CASACION. *Carga procesal a cargo del recurrente.* Sentencia de 9 de marzo de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Proceso verbal. Notificación por estrados.* Sentencia de 9 de marzo de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

PRUEBA TRASLADADA. *Formalidades: aplicación. Lucro cesante. Concepto.* Sentencia de 14 de marzo de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Armenia en el proceso ordinario proferido por la sociedad "A Aristizábal y Compañía S. A.", contra "Transportadores Palmira S. A." y a José Antonio Fernández.

Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

TECNICA DE CASACION. *Error de hecho.* Sentencia de 14 de marzo de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, del proceso ordinario promovido por Mariela Aguirre de Herrera, contra los Ferrocarriles.

Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

ACCION DE PETICION DE HERENCIA. *Titulares de la acción.* Sentencia de 16 de marzo de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso ordinario iniciado por José Abel Martínez Duarte y otra contra los herederos de David Martínez y otros.

Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

TECNICA DE CASACION. *Causal primera. Proposición jurídica completa.* Sentencia de 16 de marzo de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Luis Carlos Palacios y Odilia Morales de Palacios, contra el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, "Incora".

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

COSA JUZGADA. *Excepciones y transacción.* Por ser sentencia la decisión mediante la cual se declara probada la excepción de cosa juzgada, procede contra ella el recurso de casación. Sentencia de 30 de marzo de 1979.

Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

Salvamento de voto de los Magistrados *Humberto Murcia Ballén y Alberto Ospina B.*, del fallo anterior.

RECURSO DE QUEJA. *Preclusión del término para recurrir en queja.* Auto de 3 de abril de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

TECNICA DE CASACION. *Error de derecho.* Sentencia de 3 de abril de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso ordinario de A. Jorge Gómez Zapata contra la Sociedad Julio y José Ramírez Jhons y Compañía S. A.

Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

LA DEMANDA. *El juez debe interpretar la demanda de conjunto y en forma razonada y lógica.* Sentencia de 4 de abril de 1978. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior, de pertenencia instaurado por Eulogio González Ocampo.

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

LESION ENORME. *Concepto. La lesión enorme no radica en factores subjetivos, sino en factores esencialmente objetivos.* Sentencia de 5 de abril de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el proceso ordinario de Josué Cristancho Naranjo y otros como herederos de Sagrario Naranjo de Cristancho, contra Alicia Cristancho Naranjo de Rojas.

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

REPRESENTACION LEGAL DE UNA SOCIEDAD. *Notificación en debida forma.* 5 de abril de 1978. Se decide el recurso extraordinario de revisión interpuesto por Jorge Hernán Vélez Galves, en el carácter de liquidador de la Sociedad Ganadera y Agrícola Villa Luz Limitada, contra la sentencia del 12 de marzo de 1975, proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el proceso abreviado de rendición de cuentas que promovió Luis Felipe Yepes, contra Hilario Sánchez.

Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

TECNICA DE CASACION. *Proposición jurídica completa.* Sentencia de 10 de abril de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Jorge E. Alonso Avila, contra el Fondo Rotatorio del Ejército Nacional.

Magistrado ponente: doctor *Ernesto Gamboa Alvarez.*

COMPETENCIA Y JURISDICCION. *Conflicto de competencia.* Sentencia de 11 de abril de 1978. Es el Juez Segundo Civil del Circuito de Vélez (Santander) el competente para conocer de este proceso de separación de bienes, iniciado por María Guillermina Jiménez, contra Roberto Luis Galeano.

Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

ACCION REIVINDICATORIA. *No puede haber reivindicación si el título es posterior a la posesión material del demandado.* Sentencia del 11 de abril de 1978. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso ordinario promovido por el Municipio de Melgar contra Horacio Martínez Mejía y Flor Osorio de Martínez y otros.

Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

RECURSO DE SUPLICA. *Procedencia.* Auto de 17 de abril de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

FILIACION NATURAL. *Presupuestos que integran la causal o presunción de paternidad natural por posesión notoria.* Sentencia de 17 de abril de 1978. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el proceso ordinario de Javier Ramírez o Jaramillo Ramírez contra Miguel Angel y César Jaramillo Rendón y Libarda Salazar González, como sucesores de Gonzalo Jaramillo Rendón.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

TECNICA DE CASACION. *Cargos en casación con apoyo en la causal primera. No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en este proceso ordinario promovido por León Sánchez Mesa, contra el Municipio de Medellín.
Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

PRESUPUESTOS PROCESALES. *Capacidad para ser parte. Capacidad procesal.* Sentencia de 20 de abril de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de las menores María Cristina y Sandra Suárez Sabogal, representadas por su madre natural María Beatriz Sabogal León, contra Daniel Gómez Barco.
Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

TECNICA DE CASACION. *Cuando se infringe la norma en forma directa.* Sentencia de 24 de abril de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal de Cali, en el proceso instaurado por Víctor Manuel Rodríguez Rivera y otra contra Gloria María Estela Garrido de Rodríguez.
Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

PRESCRIPCION Y PERENCION DEL PROCESO. *Requisitos.* Sentencia de 24 de abril de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Aracelli Navarrete S., contra Félix Gutiérrez Gutiérrez.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION. *El recurso extraordinario de casación es eminentemente formalista y dispositivo, por lo tanto debe llenar todos los requisitos de forma que ordena la ley.* Sentencia de 25 de abril de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

TERMINOS PROCESALES. *Prorrogabilidad e improrrogabilidad de los términos procesales.* Auto de 25 de abril de 1978.
Magistrado ponente: doctor ...

SEPARACION DE CUERPOS. Sube a la Corte en grado de consulta. Sentencia de 25 de abril de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

PROCESO DE PERTENENCIA. *Nulidad por falta de notificación en debida forma.* Sentencia de 27 de abril. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por el Instituto de Crédito Territorial contra Juan Gaitán Chaves y Rafael Gaitán.
Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*
Salvamento de voto del Magistrado doctor *Humberto Murcia Ballén,* del fallo anterior.

FILIACION NATURAL. *Posesión notoria del estado civil de hijo natural.* Sentencia de 11 de mayo de 1979. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el proceso ordinario promovido por Rafael Estorgio y Ana Silvia Serrano, contra María de los Angeles, María Gertrudia Serrano Caro, Flor Alba Martínez Serrano y los demás herederos determinados de Luis Serrano Caro.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

FILIACION NATURAL. *El ámbito procesal de la consulta es limitada.* Sentencia de 15 de mayo de 1978. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso ordinario que Romelio Zapata adelantó contra los herederos y la cónyuge sobreviviente de Rafael Antonio Mesa Ochoa.
Magistrado ponente: doctor ...

ACCION REIVINDICATORIA. *Los hechos afirmados en la demanda tienen el carácter de confesión.* Sentencia de 15 de mayo de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso de Arcadio Burgos Coy, contra Luis Bernal y Agripina Milke.
Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

RECURSO DE SUPLICA Y REPOSICION. *Diferencias.* Mayo 16 de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. *La separación de cuerpos solamente la puede solicitar quien no haya dado lugar a ella.* Sentencia de 16 de mayo de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION. *Admisión del recurso. Artículos 370 y 371 del Código de Procedimiento Civil.* Sentencia de 17 de mayo de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

PROCESO VERBAL. *En esta clase de procesos se debe recurrir oralmente en la audiencia n que se profiere el fallo.* Sentencia de 17 de mayo de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

FILIACION NATURAL. *Caducidad de la acción.* Sentencia de 29 de mayo de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso ordinario promovido por Ana Victoria Gómez Sanmiguel, en representación de su hijo Rafael Omar Gómez en contra de Emelina Cala viuda de Ortiz, esposa del causante Rafael Ortiz Ortiz.
Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

REGULACION DE PERJUICIOS. *Si los perjuicios son avaluados por los peritos en una cantidad superior a los estimados por la parte favorecida, es incuestionable, so pena de recurrir en ultra petita, que debe limitarse a la estimación hecha por ella.* Sentencia de 30 de mayo de 1978.
Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

FILIACIÓN NATURAL. *Error de derecho en la apreciación probatoria.* Sentencia de 30 de mayo de 1978. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso de Jaime Tamayo, contra los herederos de Lisandro Perdomo Pío.
Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Presupuestos del proceso. Legitimación en la causa.* Sentencia de 30 de mayo de 1978. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso abreviado instaurado por Lila Ordóñez de Sánchez en frente de su cónyuge Ramón Sánchez Rodríguez.
Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION. *Técnica de casación. Requisitos formales de la demanda.* Sentencia de 30 de mayo de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

ACCION REIVINDICATORIA. *Técnica de casación. Proposición jurídica completa. No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso ordinario de Diego Londoño Jaramillo, contra Carlos García.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *La separación de cuerpos, solamente la puede demandar el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que la motivan.* Sentencia de 31 de mayo de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

ACCION REIVINDICATORIA. *Error de hecho.* Sentencia de 5 de junio de 1978. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en este proceso ordinario de Marina Silva Piña de Mora y Leonilde Silva Peña, contra Leonidas Gómez Vargas.
Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

ACCION REIVINDICATORIA. *Causal tercera de casación. Acción reivindicatoria: concepto y elementos fundamentales. La hijuela puede ser suficiente título para demostrar el señorío.* Sentencia de 12 de junio de 1978. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en el proceso ordinario de Blanca Miryam Rodríguez de Calderón, contra Luis Francisco Frías León.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

FILIACION NATURAL. *Técnica de casación. Proposición jurídica completa.* Sentencia de 12 de junio de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Blanca Cecilia Rojas de Ramos, contra José Parra Rodríguez.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Nulidad por trámite inadecuado.* Sentencia de 13 de junio de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Cuidado de la prole.* Sentencia de 14 de junio de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Nulidad por trámite inadecuado.* Sentencia de 14 de junio de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION. *Requisitos formales de la demanda.* Sentencia de 14 de junio de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

PROCESO DE DECLARACION DE PERTENENCIA. *Técnica de casación. Proposición jurídica completa. En tratándose de una acusación por la causal primera, debe expresarse en forma precisa y clara el concepto de la violación.* Sentencia de 15 de junio de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso de declaración de pertenencia de Trinidad Bolívar Medina.
Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

TRANSACCION. *Concepto. Requisitos.* 20 de junio de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

COMPRAVENTA. *Nulidad absoluta y relativa. Concepto. Presupuestos esenciales para la eficacia de un acto jurídico.* Sentencia de 23 de junio de 1978. *Casa* la

proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en este proceso ordinario de Domingo Yepes Peña en frente de Elena Jaruffe Gutiérrez.
Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

EXEQUATUR. *Requisitos. Reciprocidad diplomática y legislativa.* Sentencia del 27 de junio de 1979.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Consulta. Presupuestos procesales.* Sentencia de 27 de junio de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Excepciones de inepta demanda. Trámite inadecuado.* Providencia de 17 de julio de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

ACCION REIVINDICATORIA. *Incongruencia por extra petita.* Sentencia de 17 de julio de 1977. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en este proceso ordinario promovido por Daniel Rubio Mojarrés, contra Miguel Gómez.
Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

EXEQUATUR. *Requisitos para la prosperidad de la petición. Improcedencia de la concesión de exequatur.* Sentencia de 17 de julio de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. *Admisibilidad de la demanda. Requisitos. Anexos.* Providencia de 17 de julio de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Nulidad del proceso por trámite inadecuado.* Sentencia de 17 de julio de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

CONTRATO DE RIFA. *Técnica de casación. Error de hecho.* Sentencia de 18 de julio de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en este proceso instaurado por Luis Eduardo Escobar, frente a Pedro Antonio Forero.
Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

NULIDADES PROCESALES. *Yerro in procedendo. Técnica de casación. Causal primera de casación.* Sentencia de 18 de julio de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario instaurado por la sociedad Flota Oro Negro Limitada y Flota Petrolera de Transportes Limitada, contra la Empresa Colombiana de Petróleos.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Grado de consulta. La tutela y la guarda no tienen cabida para personas que se hallan bajo potestad.* Sentencia de 19 de julio de 1978.
Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Recurso de apelación. Presupuestos del proceso. Separación de cuerpos y divorcio.* Sentencia de 24 de julio de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

CANCELACION DE MARCAS Y PATENTES. *Acumulación. Presupuestos necesarios y concurrentes para la prosperidad de la pretensión de cancelación.* Sentencia de 24 de julio de 1978. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en los procesos acumulados de cancelación de varias patentes, que los sucesores de Iván Arango Mejía han seguido contra la sociedad Barry Wehmiller Machinary Company.

NULIDAD DE UN ACTO JURIDICO. *Por rebasar el objeto social. De la buena fe. Error de hecho.* Sentencia de 27 de julio de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso ordinario de Luis Eduardo Angulo y la Compañía Ganadera El Edén Limitada, contra el Banco Ganadero.
Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Nulidad por trámite inadecuado.* Sentencia de 28 de julio de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Nulidad del proceso por trámite inadecuado.* Sentencia de 8 de agosto de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

PROMESA DE CONTRATO DE COMPRAVENTA. *Rescisión del contrato de compraventa. Dualidad de plazos para el cumplimiento de la promesa de contrato de compraventa.* Sentencia de 16 de agosto de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Gonzalo Murcia Arango y otro, contra Heliodoro Gómez Pachón.
Magistrado ponente: doctor *Ernesto Gamboa Alvarez.*

SEPARACION DE CUERPOS. *El proceso para su finalización normal debe cubrir todas las etapas procesales. Formas anormales que ponen fin a la relación procesal.* Sentencia de 16 de agosto de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION. *Requisitos para admitir este recurso extraordinario.* Sentencia de 16 de agosto de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

RECURSO DE QUEJA. *La providencia que declara la excepción de prescripción es una sentencia y al contrario si aquella no prospera, su decisión tendrá la naturaleza propia de un auto interlocutorio.* Sentencia de 21 de agosto de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

PERTENENCIA. *Prescripción extraordinaria. Presupuestos necesarios. Exigencias doctrinales para el buen suceso de la usucapión extraordinaria.* Sentencia de 21 de agosto de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

CONTRATO DE HIPOTECA. *Requisitos de este contrato. De la "reformatio in pejus".* Sentencia de 24 de agosto de 1978.
Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. *La demanda. Requisitos.* Sentencia de 24 de agosto de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Oportunidad del desistimiento.* Sentencia de 5 de septiembre de 1977.
Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Nulidad por trámite inadecuado.* Sentencia de 5 de septiembre de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Nulidad por trámite inadecuado. Necesidad de citar a audiencias de conciliación.* Providencia de 5 de septiembre de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

REVALIDACION DE PAPEL COMUN. Se declara desierto el recurso por no haber dado cumplimiento a la revalidación ordinaria. Auto de 5 de septiembre de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

RECURSO DE REVISION. *Requisitos para su admisión.* Auto de 5 de septiembre de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

SEPARACION DE CUERPOS. Grado de consulta. Nulidad del proceso por haberse omitido las audiencias de conciliación. Auto de 6 de septiembre de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Humberto Murcia Ballén.*

PRESUPUESTOS PROCESALES. *Demanda en forma. Requisitos.* Auto de 8 de septiembre de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

FILIACION NATURAL. *Técnica de casación. Proposición jurídica completa.* Sentencia de 8 de septiembre de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

SIMULACION. *Yerro de facto y de valoración. Diferencias. Error de hecho.* Sentencia de 11 de septiembre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Blanca Luz Quintero, contra Egidio Rodríguez Juzga y Elsa Rodríguez Q. de García.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

PERTENENCIA. *Interés jurídico en el recurrente. Términos para emplazamientos y publicaciones.* Sentencia de 15 de septiembre de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

CONFLICTO DE COMPETENCIA. *Domicilio contractual. Restricciones.* Providencia de 20 de septiembre de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. *Presunción de culpa cuando el daño se produce como consecuencia de una actividad tenida como peligrosa.* Sentencia de 20 de septiembre de 1978. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario por indemnización de perjuicios propuesto, entre otros, por Olga Vengoechea de Sarmiento, Edgardo Aurelio y Pedro Ricardo Sarmiento Vengoechea, en contra de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia.
Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

FILIACION NATURAL. *Prueba oficiosa. Reconocimiento del "adulterino" como hijo natural. Presupuestos para que este reconocimiento sea eficaz.* Sentencia de 20 de septiembre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso ordinario de Hernando Lozano y Rosa Moncaleano, contra los herederos de Elías Sabogal.
Magistrado ponente: ...

ACCION DE DOMINIO. *Elementos que estructuran la acción de dominio.* Sentencia de 20 de septiembre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso ordinario instaurado por Carlos Pabón Páez, contra Arturo Hernández, Enrique López, Gustavo Tafur y Alfonso Rodríguez.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

ACCION REIVINDICATORIA. *Elementos fundamentales de la acción. La hijuela puede ser título suficiente para demostrar el señorío o, según las circunstancias,*

requiere el complemento del título del causante. Sentencia de 20 de septiembre de 1978. *Confirma* la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION. *Técnica de casación.* Providencia de 21 de septiembre de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION. *Técnica de casación. Causales 2ª y 4ª.* Sentencia de 25 de septiembre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso ordinario instaurado por la sociedad "Almacén La Confianza Limitada", contra la sociedad "Oscar Villegas M. y Compañía Limitada".
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

SEPARACION DE CUERPOS. *La sociedad conyugal no puede subsistir cuando en proceso contencioso se ha decretado la separación de cuerpos.* Sentencia de 28 de septiembre de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

ACCION DE DOMINIO. *El registro se retrotrae a la fecha en que se otorga la respectiva escritura.* Sentencia de 28 de septiembre de 1978. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en este proceso ordinario de Gertrudis Galindo, contra Gilberto Galindo y Ana Elvira Carrera viuda de Galindo, en sus propios nombres y como herederos representantes del causante Toribio Galindo.
Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

JUEGO Y APUESTA. *En el concurso del 5 y 6 se celebran dos contratos: el de apuesta mutua entre todos los concursantes y el de mandato entre éstos y el hipódromo.* Sentencia de 28 de septiembre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario seguido por Héctor Quinche González, frente al "Hipódromo de Techo S. A.".
Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Nulidad por trámite inadecuado.* Providencia de 28 de septiembre de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

PROMESA DE CONTRATO. *Técnica de casación. Causal segunda, hipótesis dentro de los cuales tiene lugar esta causal. Causal primera: el quebranto de la ley sustancial puede ocurrir de dos modos distintos e inconfundibles: a) por vía directa, y b) por vía indirecta.* Sentencia de 29 de septiembre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso ordinario de Julio Abel Viancha Calderón, contra la Compañía de Inversiones Bogotá S. A.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

ACUMULACION DE PRETENSIONES. *Indebida acumulación de pretensiones en sentencia inhibitoria.* Sentencia de 31 de septiembre de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

DERECHOS HERENCIALES. *Derechos herenciales de los hijos naturales en concurrencia con hijos legítimos de matrimonios anteriores a la vigencia de la Ley 45 de 1936.* Sentencia de 8 de septiembre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso ordinario promovido por Balilia León de Jiménez y Roberto León, contra "Marco T. Buitrago y Compañía Limitada" y Marco Tulio Buitrago.
Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Causales de separación.* Sentencia de 9 de octubre de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

RECURSO DE REVISION. *Término para recurrir.* 9 de octubre de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

RECURSO DE REVISION. *Trámite.* 9 de octubre de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

FILIACION NATURAL. *Técnica de casación.* Sentencia de 10 de octubre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en este proceso ordinario promovido por Héctor López frente a los herederos de su presunto padre, Luis E. López.
Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Las nulidades son taxativas. Presupuestos procesales de demanda en forma.* Providencia de 9 de octubre de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Declaración de parte, valor probatorio.* Sentencia de 9 de octubre de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

DESISTIMIENTO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION. *Requisitos para su admisión.* 10 de octubre de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. *Técnica de casación. Proposición jurídica completa.* Sentencia de 10 de octubre de 1978. *No casa* la proferida por el

Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Jesús E. Falla, contra Expreso Bolivariano S. A. Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

NULIDAD DE TESTAMENTO POR VICIO DEL CONSENTIMIENTO. *Nulidad absoluta del testamento y petición de herencia. Derechos de los herederos.* Sentencia de 11 de octubre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín.
Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

VENTA POR CABIDA. *Cuándo debe entenderse la venta por cabida, y cuándo como cuerpo cierto.* Sentencia de 11 de octubre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en este proceso ordinario promovido por Luis Arcadio Bedoya S. contra Alicia Jaramillo de Cortés.
Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Consulta.* Providencia de 17 de octubre de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

MANDATO. *El mandatario oculto, concepto y obligaciones.* Sentencia de 18 de octubre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso ordinario promovido por Isabel Hurtado de Andrade, contra Alvaro Hurtado.
Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

PERTENENCIA. *Técnica de casación. Proposición jurídica completa.* Sentencia de 21 de octubre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en este proceso de declaración de pertenencia iniciado por Aníbal Ceballos Caffroni contra la Central de Hidratación de Barranquilla y personas indeterminadas.

CONTRATO DE TRANSACCION. *Concepto.* Sentencia de 24 de octubre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Alfonso Maris Medina, contra Carlos José Peraza.
Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

FILIACION NATURAL. *Prueba testimonial. Posesión notoria del estado de hijo natural.* Sentencia de 24 de octubre de 1978. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en este proceso ordinario suscitado por Pedro Barrios y otros frente a los herederos de Juan de Jesús Díaz Martínez.
Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

CONFLICTO DE COMPETENCIA. *Factor territorial del domicilio del demandado.* Providencia de 26 de octubre de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

NULIDAD DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA. *Nulidad por vicios del consentimiento. Causal 5ª de casación.* Sentencia de 30 de octubre de 1978. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Hermencia Cáceres viuda de Triana, Bertha Triana de Avila y Olga Triana de León contra Felipe Toro.
Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

FILIACION NATURAL. *Posesión notoria del estado de hijo natural. Factores que la configuran.* Sentencia de 6 de noviembre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el proceso ordinario promovido por Faride Manzur León, contra la cónyuge sobreviviente y a los hijos legítimos de Nicolás Manzur Rebage.
Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION. *Admisión de la demanda, requisitos de forma.* Sentencia de 6 de noviembre de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

OCUPACION DE HECHO DE CARACTER PERMANENTE, CON OCASION DE TRABAJOS PUBLICOS. *Competencia. Error de hecho.* Sentencia de 7 de noviembre de 1978. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el proceso promovido por José Antonio González G., Juan, Teófilo, Eusebio y Lino González demandaron al Municipio de Cartagena y a las Empresas Públicas Municipales de Cartagena.
Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

SIMULACION. *Error de hecho. Prueba pericial.* Sentencia de 8 de noviembre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el proceso ordinario que promovió Isabel Segura Cortés, contra Zulena Mejía de Hoyos.
Magistrado ponente: doctor *Hugo Vela Camelo.*

FILIACION NATURAL. *Petición de herencia. El error de hecho en la apreciación probatoria debe ser notoria y trascendente.* Sentencia de 8 de noviembre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el proceso ordinario de María Margarita Benavides contra los herederos de Manuel Erazo G.
Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

FILIACION NATURAL. *Petición de herencia. Cargo y causal. Concepto y diferencias.* Sentencia de 9 de noviembre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario de Margarita y Teodoro Aragón, contra los herederos de Jorge Elías Sabogal Perilla.
Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe*

SEPARACION DE CUERPOS. *Causal de separación. Trato cruel.* Sentencia de 10 de noviembre de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

SOCIEDAD DE HECHO. *Elementos necesarios. Técnica de casación.* Sentencia de 16 de noviembre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de San Gil, en el proceso ordinario promovido por Purificación Verano Lesles, contra Sixto Vargas Herrera.
Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

CONTRATO COMERCIAL. *Concepto. Consecuencias.* Sentencia de 14 de noviembre de 1978. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Obdulio Torres contra Gil María Riveros.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

RECURSO DE QUEJA. *Interés para recurrir en casación.* Sentencia de 16 de noviembre de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. *Prueba indiciaria.* Sentencia de 21 de noviembre de 1978. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el proceso ordinario promovido por Luis Muñoz Tong y Micaela Cueto de Muñoz demandaron por la vía ordinaria a "Francisco Jassir e Hijos", representada legalmente por Djmal, Reinaldo y Jerim Jassir.
Magistrado ponente: doctor *José María Esguerra Samper.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Consulta.* Noviembre 10 de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. *Actos comerciales y actos administrativos. Competencia.* Sentencia de 10 de noviembre de 1978. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el proceso ordinario promovido por Industrias Cronogalvánica Colombiana, Moisés Sredni y Compañía "Icromo", contra Empresa Puertos de Colombia-Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla.
Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

FILIACION NATURAL. *Vocación hereditaria. Error de hecho.* Sentencia de 14 de noviembre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso ordinario que adelantó Rafael Antonio Medina frente a los herederos de Eduardo González, su presunto padre natural.
Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

ACCION PAULIANA. *Elementos de la acción. Contrato de transacción, requisitos.* Sentencia de 22 de noviembre de 1978. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en este proceso ordinario de Marina Fernández viuda de Sánchez y otros representados, éstos, por su madre legítima, contra Argemiro Fernández Piedrahíta, Jaime y Januario Fernández Vargas.
Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

PATERNIDAD NATURAL. *Consulta. Cuándo procede la consulta.* Sentencia de 23 de noviembre de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

ACCION REIVINDICATORIA. *Error de hecho.* Sentencia de 23 de noviembre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en este proceso ordinario de Hermelina González de Perdomo, contra Lilia Casanova de Sandoval.
Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Nulidad.* Auto de 28 de noviembre de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

OBLIGACION CONTRACTUAL. *Acto jurídico. Unilateral y acto jurídico bilateral.* Sentencia de 28 de noviembre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este proceso ordinario de Lázaro Travecedo Ceballos contra Elvira Wiesner de Currie.
Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

FILIACION NATURAL. *Vocación hereditaria.* Sentencia de 28 de noviembre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Buga en el proceso ordinario promovido por Oscar Pérez, contra los herederos de Marino Arana Sánchez.
Magistrado ponente: doctor *Hugo Vela Camelo.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Causales de separación.* Sentencia de 29 de noviembre de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Hugo Vela Camelo.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Audiencias de conciliación.* Sentencia de 30 de noviembre de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

SIMULACION. *Técnica de casación. Proposición jurídica completa.* Sentencia de 30 de noviembre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá,

dentro del ordinario adelantado por Ana Tulia Marín frente a Celiano Jiménez y Gabriel Contreras.
Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

INVESTIGACION DE PATERNIDAD NATURAL. *Causales. Error de derecho. Técnica de casación. Presupuestos procesales.* Sentencia de 30 de noviembre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el proceso ordinario que promovió Rosa Jaramillo Benavides como representante de sus hijos menores contra María Pastora Eraso Eraso y otros.
Magistrado ponente: doctor *Hugo A. Vela Camelo.*

FILIACION NATURAL. *Presunción de paternidad. Plurium constupratorum.* Sentencia de 6 de diciembre de 1978. *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el proceso ordinario que Margarita Vanegas Montealegre como representante legal de su menor hija natural Alexandra Vanegas, promovió contra Isabel García de Ortiz y María Yamila Ortiz García, en su orden cónyuge supérstite la primera y las últimas herederas como hijas legítimas de Gustavo Ortiz Piedrahíta.
Magistrado ponente: doctor *Ricardo Uribe Holguín.*

SEPARACION DE CUERPOS. *Eficacia del allanamiento.* Sentencia de 12 de diciembre de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Germán Giraldo Zuluaga.*

PATERNIDAD NATURAL. *Prueba del estado civil de la persona. Error de derecho.* Sentencia de 12 de diciembre de 1978. *Casa* la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el proceso ordinario promovido por Gloria Isabel Uribe Cepeda, contra Luis Jairo Suárez Corredor.
Magistrado ponente: doctor *Héctor Gómez Uribe.*

CONFLICTO DE COMPETENCIA. *Es competente el juez de menores del lugar donde se encuentra el menor.* Sentencia de 12 de diciembre de 1978.
Magistrado ponente: doctor *Alberto Ospina Botero.*

EN LOS TALLERES EDITORIALES DE LA
IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
SE TERMINO LA IMPRESION DE ESTA
OBRA EN JUNIO DE 1984